

JMPMG JURÍDICO

Edição CAOPP • 2019
ISSN 1809-8673

Revista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

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



**NOTAS TÉCNICAS
CAOPP 2019.1**

ADMINISTRAÇÃO SUPERIOR

Antônio Sérgio Tonet
Procurador-Geral de Justiça

Paulo Roberto Moreira Cançado
Corregedor-Geral do Ministério Público

Maria Conceição de Assumpção Mello
Ouvidora do Ministério Público

Márcio Heli de Andrade
Procurador-Geral de Justiça Adjunto Jurídico

Helena Rosa Portes
Procurador-Geral de Justiça Adjunto Administrativo

Nedens Ulisses Freire Vieira
Procurador-Geral de Justiça Adjunto Institucional

Carlos Henrique Tôrres de Souza
Chefe de Gabinete

João Medeiros Silva Neto
Secretário-Geral

Clarissa Duarte Belloni
Diretora-Geral

CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL

Edson Ribeiro Baêta
Diretor do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional

Ana Rachel Brandão Ladeira Roland
Superintendente de Formação e Aperfeiçoamento

João Paulo de Carvalho Gavidia
Diretor de Produção Editorial

FICHA TÉCNICA

Coordenação da publicação: José Carlos Fernandes Júnior

Editoração: João Paulo de Carvalho Gavidia

Diagramação: Gilmar de Melo Souza Filho (estágio)

Conteúdo de responsabilidade do Cao Patrimônio Público

Produzido, editorado e diagramado pelo Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Estado de Minas Gerais (CEAF) em julho de 2019.

Sumário

04

Apresentação

07

Nota Técnica nº 01/2019 - Direitos Políticos. Capacidade Eleitoral Passiva. Lei Complementar n. 64/90. Lei Complementar n. 135/2010. Inelegibilidade. Inelegibilidade cominada. Repercussões. Moralidade Administrativa. Disposição expressa na Lei Orgânica Municipal. Inviabilidade de nomeação para cargo público de livre nomeação e exoneração.

17

Nota Técnica nº 02/2019 - Lei Municipal. Instituição de gratificação para servidores cedidos a outros órgãos a fim de fazer face à diferença de remuneração do cargo efetivo e do cargo comissionado ocupado no órgão de origem. Impossibilidade. Desvio de finalidade

21

Nota Técnica nº 03/2019 - Do instituto da doação. Doação de imóveis públicos pela Administração Pública a particulares. Lei Federal n. 8.666/1993. Interesse Público. Lei Municipal n. 5.176/2017. Necessidade de interpretação estrita. Impossibilidade de exclusão da cláusula de reversão.

31

Nota Técnica nº 04/2019 - Nota Técnica Conjunta CAO-PP/CAO-DH - Tragédia Socioambiental. Brumadinho. Rompimento da Barragem I da Mina do Córrego do Feijão. Das doações à Administração Pública: o Poder Público como donatário e as formalidades legais. Decreto Estadual nº. 47.611, de 23 de janeiro de 2019. Formalidades. Interpretação à luz do Princípio da Razoabilidade.

41

Nota Técnica nº 05/2019 - Breves considerações sobre contratos administrativos. Da técnica de formação de contratos e dos contratos de adesão. Contratos de adesão e a exegese do artigo 54, inciso I, alínea “a” da CR/88: a questão das cláusulas uniformes. Precedentes judiciais. Existência de margem de negociação de cláusulas dos contratos administrativos. Incidência da vedação.

50

Nota Técnica nº 06/2019 - Tragédia Socioambiental. Rompimento da Barragem de Fundão em Mariana/MG. Fundação Renova. Termo de Transação, Quitação e Exoneração de Responsabilidade. Antijuridicidade. Ilegitimidade.

64

Nota Técnica nº 07/2019 - Das modalidades de licenças concedidas ao servidor público estatutário: licença para acompanhar cônjuge ou companheiro e licença para tratar de assunto de interesse particular. Do Estatuto do Servidor Público do Município de Brasília de Minas. Inadmissibilidade da concessão de licença por tempo indeterminado. Ato discricionário. Critérios de conveniência e oportunidade da Administração Pública.

87

Nota Técnica nº 08/2019 - Nota Técnica Conjunta CAO-PP/CEAT - Subcontratação de serviços de publicidade. O contrato e as formas de remuneração da agência e prestadores de serviço no regime da Lei nº 12.232/2010. Normas-Padrão da Atividade Publicitária. Desconto-padrão. Previsão contratual de taxa de administração e comissão de mídia. Prejuízos potenciais à Administração Pública e imperiosa necessidade de planejamento formal, controle e fiscalização.

109

Nota Técnica nº 09/2019 - Fiscalização de trânsito. Poder de Polícia. Servidores Públicos Municipais. Carreiras Diversas. Impossibilidade. Falta de Legitimidade. Desvio de Função. Ratio Decidendi do RE 658.570/MG. Não Aplicabilidade ao Caso Concreto.

124

Nota Técnica nº 10/2019 - Concessão de direito real de uso de bem público. Decreto-Lei nº. 271/67. Construção de hangares em aeroporto municipal. Sucessão de leis no tempo prorrogando prazo de vigência das concessões. Inaplicabilidade. Traços de ilegalidade. Violação ao Procedimento Licitatório. Modulação dos efeitos.

137

Nota Técnica nº 11/2019 - Fomento ao Esporte de Alto Rendimento. Clube de Futebol Profissional. Possibilidade. Art.217 da CR/88. Subvenção e patrocínio. Observância dos Princípios da Administração Pública.

146

Nota Técnica nº 12/2019 - Integrantes da Comissão de Licitação. Servidor Público Estável e Comissionado. Gratificação. Possibilidade.

153

Parecer do CAOPP ao CSMP - Moralidade positiva e dever de probidade. Obrigação de ressarcir os cofres públicos como consequência patrimonial de comportamentos desviantes. Inteligência do recurso extraordinário n. 852.475/SP. Aplicação de regras hermenêuticas em favor da interpretação que mais privilegia o interesse público.

Apresentação

A Constituição Cidadã confiou ao Ministério Público a defesa dos direitos e interesses mais caros à sociedade, entre os quais, a defesa do patrimônio público, em suas plúrimas dimensões.

O eficaz cumprimento do múnus constitucional perpassa pela superação da tradição demandista, que deve ceder espaço ao modelo resolutivo, baseado em mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos que propiciem “o acesso a uma ordem jurídica realmente legítima e justa.”¹

Atento à necessidade de remodelação do Ministério Público visando à priorização do perfil resolutivo, de modo a conferir celeridade e efetividade à tutela dos direitos e interesses sob sua guarda, o Eg. CNMP editou a Resolução nº 118/2014, que “dispõe sobre a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público e dá outras providências”, estabelecendo o dever de “implementar mecanismos de autocomposição, como a negociação, a mediação, a conciliação, o processo restaurativo e as convenções processuais.” (art. 1º, § ún.)

Em reforço à Política Nacional de Fomento à Atuação Resolutiva, foi expedida a Recomendação CNMP nº 54/2017, consignando que “cada ramo do Ministério Público adotará medidas normativas e administrativas destinadas a estimular a atuação resolutiva dos respectivos membros”, entendendo-se como:

“atuação resolutiva aquela por meio da qual o membro, no âmbito de suas atribuições, contribui decisivamente para prevenir ou solucionar, de modo efetivo, o conflito, problema ou a controvérsia envolvendo a concretização de direitos ou interesses para cuja defesa e proteção é legitimado o Ministério Público.” (art. 1º, caput e § ún.)

Sob a mesma inspiração, a Resolução CNMP nº 179/2017 expressamente admitiu a solução autocompositiva em seara de

¹ ALMEIDA, Gregório Assagra de, *Direito Processual Coletivo Brasileiro – um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva. 2003. p. 512.

improbidade administrativa:

Art. 1º. (...) § 2º É 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

No âmbito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, a Resolução CSMP nº 03/2017 disciplinou o compromisso de ajustamento de conduta envolvendo hipóteses de improbidade administrativa.

Imbuído do espírito resolutivo, o Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Justiça de Defesa do Patrimônio Público (CAOPP/MPMG) vem buscando, nos limites de suas atribuições legais fomentar a atuação integrada dos órgãos de execução oficiais na defesa do patrimônio público – prestigiando a prevenção, o diálogo e a solução extrajudicial –, bem como a uniformização dos pronunciamentos ministeriais, respeitada, sempre, a independência funcional dos membros.

Pretende-se, com esta publicação, traçar breve panorama dos trabalhos desenvolvidos pelo CAOPP/MPMG no 1º semestre de 2019, na expectativa de prestar singela contribuição ao aprimoramento do sistema de defesa do patrimônio público.

Belo Horizonte, 12 de julho de 2019.

José Carlos Fernandes Júnior
Promotor de Justiça
Coordenador do CAOPP

Equipe de apoio do CAOPP

Anna Flavia Lehman Battaglia - Analista do MP
Michele Moreira Ferreira e Hauck Guimarães - Analista do MP
Patrícia Rodrigues da Costa - Analista do MP
Tatiana Jogaib Jardim - Analista do MP

Christiane Pereira Turner de Araújo - Oficial do MP
Sheila Muniz Villani - Oficial do MP
Veronice Soares Pereira - Oficial do MP

Samara Fernandes da Cruz Aguiar - Estagiária de Pós-Graduação (Direito)

Nota Técnica nº 01/2019

PAAF nº 0024.18.020600-5

Requerente: 2ª Promotoria de Justiça da Comarca de Carmo do Paranaíba.

Ementa: Direitos Políticos. Capacidade Eleitoral Passiva. Lei Complementar n. 64/90. Lei Complementar n. 135/2010. Inelegibilidade. Inelegibilidade cominada. Repercussões. Moralidade Administrativa. Disposição expressa na Lei Orgânica Municipal. Inviabilidade de nomeação para cargo público de livre nomeação e exoneração.

1) RELATÓRIO

Trata-se de consulta formulada pela 2ª Promotoria de Justiça da Comarca de Carmo do Paranaíba, por intermédio da Dra. Carolina Frare Lameirinha, em que requer orientação deste Centro de Apoio Operacional acerca de suposta irregularidade na nomeação para o cargo de Secretário Municipal de Obras.

De acordo com as informações prestadas, o atual Secretário Municipal de Obras, Sr. Lineu Braz Cardoso, respondeu a processo administrativo disciplinar, no qual restou aplicada sanção administrativa de destituição da Serventia onde atuava (Cartório de Registro Civil com atribuição notarial de Santa de Patos), em razão da prática, durante o oficialato, de atos de ofício fora do distrito para o qual recebeu delegação, violando os artigos 9º da Lei nº 8.935/94 e 146 do Provimento 260 da CGJ/2013. Houve recurso ao

TJMG (1.0000.15.076467-8/000), tendo o órgão colegiado confirmado a pena administrativa, com trânsito em julgado em 22/06/2016.

Ainda conforme os autos deste Procedimento de Apoio, nas eleições municipais de 2016, o Ministério Público Eleitoral de Carmo do Paranaíba ingressou com Ação de Impugnação de Registro de Candidatura (AIRC) de Lineu Braz Cardoso, que pretendia concorrer para o cargo de Prefeito Municipal, ao fundamento de que o candidato estava inelegível por força no disposto no art. 1º, inciso I, alínea “o”, da LC nº 64/90. O pedido foi julgado procedente e o registro de candidatura foi obstado, em razão da presença da causa de inelegibilidade mencionada.

Todavia, segundo informado, Lineu Braz Cardoso foi nomeado para o cargo de Secretário Municipal de Obras, razão pela qual o Ministério Público foi provocado a pronunciar-se sobre a legalidade de tal nomeação, diante dos elementos fáticos relatados.

Em síntese, é o relatório.

2) FUNDAMENTAÇÃO

2.1 – *Dos Direitos Políticos: do direito de participação e da capacidade eleitoral.*

Na tradicional doutrina concebida por Georg Jellinek, amplamente conhecida como “teoria dos quatro status de Jellinek”, a natureza de cada norma garantidora de direitos fundamentais pode ser determinada de acordo com a posição em que o cidadão se encontra perante o Estado. É, assim, um ponto de referência, conquanto não se confunda com o direito propriamente dito:

O direito fundamental, em toda a sua complexidade e completude, é um feixe de posições de diferentes conteúdos e estruturas. A utilização da “teoria dos status” como paradigma de uma teoria de posições globais abstratas justifica-se não apenas por sua importância histórica, mas, sobretudo, pela grande relevância como fundamento para as classificações dos direitos fundamentais. **Um status**

não se confunde com um direito. Dentre as diversas formas de descrever o que é um status, tem importância central sua caracterização como “uma relação com o Estado que qualifica o indivíduo”. Segundo a concepção de Jellinek, o direito tem como conteúdo o “ter” (ex.: aquisição de um terreno diz respeito apenas ao “ter”), ao passo que o status tem como conteúdo o “ser” (ex.: o direito de votar e o direito de livremente adquirir uma propriedade modifica o status de uma pessoa e com isso o seu “ser”).¹ (Destques nossos).

Rememorando as lições desse jusfilósofo, os direitos fundamentais podem ser categorizados conforme a posição jurídica ocupada pelo indivíduo em relação ao Estado:

(i) **status passivo (subjectionis)** (é a situação de sujeição do súdito aos poderes estatais absolutistas);

(ii) **status negativo (negativus ou libertatis)** (desponta com o advento do Estado Liberal, no sentido de conferir uma esfera de liberdade mínima imune à intervenção estatal; relaciona-se com os direitos civis e, por isso, se identifica com os “Direitos de Defesa”);

(iii) **status positivo (positivus ou civitatis)** (tipicamente relacionado ao Estado Social, o status positivo expressa a possibilidade que detêm os cidadãos de exigir do Estado a satisfação de certas necessidades, identificando-se com os “Direitos de Prestação”); e

(iv) **status ativo (activus)** (é a vertente que assegura à pessoa a possibilidade de participar da vontade política estatal. Relaciona-se ao Estado Democrático de Direito e também é cunhado de “Direitos de Participação”).

Nessa classificação, os direitos políticos alocam-se no status activus na qualidade de “direitos de participação”.

Por fim, o indivíduo se insere no status ativo (ou status da cidadania ativa) quando lhe são atribuídas capacidades que extrapolam sua liberdade natural

1 NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 269.

como, por exemplo, o direito de votar. Devem fazer parte do status ativo somente as competências que tenham como objeto uma participação nas atividades políticas do Estado, desenvolvida com o escopo de contribuir para a “formação da vontade estatal” (Jellinek). (...). **Os direitos de participação têm por finalidade garantir aos indivíduos a possibilidade de fazer parte da formação da vontade política da comunidade (status ativo ou status da cidadania ativa)**. O âmbito concreto desta categoria pode variar de acordo com o entendimento de cada autor. Estão compreendidos nesta espécie os direitos políticos (CF, art. 14), dotados de caráter negativo e positivo por exigirem dos poderes públicos, simultaneamente, um dever de abstenção – no sentido de não interferir na liberdade de escolha do povo – e um dever de atuação – como a realização de eleições periódicas, plebiscitos e referendos.² (Destaque nosso).

Com efeito, os direitos políticos são a plêiade de normas e relações jurídicas que conferem às pessoas a possibilidade de influir na vida política do Estado. De acordo com José Jairo Gomes, “denominam-se direitos políticos ou cívicos as prerrogativas e os deveres inerentes à cidadania. Englobam o direito de participar direta ou indiretamente do governo, da organização e do funcionamento do Estado”³.

De acordo com o eminente jurista José Afonso da Silva, “o núcleo fundamental dos direitos políticos substancia-se no direito eleitoral de votar e ser votado, embora não se reduza a isso, mesmo quando se toma a expressão em seu sentido mais estreito”⁴. Nessa perspectiva, é importante registrar que **os direitos políticos, ao serem titularizados, podem ser vislumbrados sob os aspectos da capacidade eleitoral ativa e capacidade eleitoral passiva**, a respeito das quais nos debruçaremos doravante.

A capacidade eleitoral ativa, conforme definições do Glossário Eleitoral Brasileiro (confeccionado pelo Tribunal Superior Eleitoral) é o **reconhecimento legal da qualidade de eleitor**⁵. Para obtê-la, é necessário o alistamento eleitoral, procedimento administrativo

2 NOVELINO, 2016, p. 270.

3 GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 4.

4 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. pag. 347.

5 Disponível em: <http://www.tse.jus.br/eleitor/glossario/termos-iniciados-com-a-letra-c>. Acesso em 22 de janeiro de 2019.

pelo qual se requer inscrição como eleitor para fins de emissão do título, documento fundamental para o exercício da cidadania.

Nesse aspecto, a capacidade eleitoral ativa é, a um só tempo, **direito e dever**, pois o alistamento e voto são obrigatórios para os brasileiros maiores de 18 (dezoito) anos e menores de 70 (setenta) anos, nos termos do Artigo 14, § 1º, inciso I c/c inciso II, alínea “b” da Constituição Federal.

Assim, 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.

De outra sorte, a capacidade eleitoral passiva é a suscetibilidade de ser votado ou mesmo de ser eleito. Aqueles que reúnem os requisitos de elegibilidade (art. 14, § 3º, da CR/88) e que, simultaneamente, não incorram nas causas de inelegibilidade disciplinadas na Constituição Federal e na legislação ordinária. Segundo José Jairo Gomes:

O substantivo feminino **elegibilidade** retrata as ideias de **cidadania passiva e capacidade eleitoral passiva. Conforme o sufixo da palavra indica, é a aptidão de ser eleito ou elegido.** Elegível é o cidadão apto a receber votos em um certame, que pode ser escolhido para ocupar cargos políticos eletivos. **Exercer a capacidade eleitoral passiva significa candidatar-se a tais cargos. Para isso, devem ser atendidas algumas condições previstas na Constituição Federal, denominadas condições de elegibilidade.** Em suma, é o direito público subjetivo atribuído ao cidadão de disputar cargos públicos eletivos. A elegibilidade integra o estado ou status político-eleitoral do cidadão.⁶ (Destaques nossos).

Destarte, a capacidade eleitoral passiva é a aptidão para ser votado, satisfeitos determinados requisitos que o regime jurídico eleitoral impõe. Significa isso que a capacidade eleitoral passiva, conquanto tenha conotação de direito subjetivo, resulta da conformação ao sistema normativo eleitoral, que impõe determinantes para o pleito e para a ocupação de cargo público eletivo.

Em quaisquer das hipóteses, é inegável que a Constituição da República de 1988 tutelou, de maneira mais robusta, o exercício dos direitos políticos (seja por intermédio da capacidade eleitoral ativa ou passiva), tanto é assim que é expressamente vedada a cassação de direitos políticos (art. 15 da CR/88).

Efetivamente, quis a norma constitucional propor a inclusão eleitoral e a integração popular gradativa na seara política da nação. Paulo Thadeu Gomes da Silva (Doutor em Direito, Professor da Escola Superior do Ministério Público da União e Procurador Regional da República em São Paulo) chega a afirmar que a inclusão eleitoral, na qualidade de espécie do gênero inclusão, constitui-se em “inclusão da inclusão”⁷.

Nada obstante o teor axiológico dos direitos políticos na hodierna arquitetura constitucional, é possível que a capacidade eleitoral passiva seja temporariamente suspensa, suprimindo a condição legal para investidura em cargos públicos de mandato eletivo e para os demais que a lei assim determinar.

É com esse olhar que passamos a verticalizar a repercussão da aplicação da sanção de inelegibilidade cominada por sentença judicial.

2.2 – Da repercussão das causas de inelegibilidade.

A elucidação do instituto da inelegibilidade requer seu confronto com o da elegibilidade, posto que somente se torna inelegível quem era, antes, elegível. É possível afirmar, nesse contexto, que a inelegibilidade é o obstáculo à elegibilidade. Em suma, a inelegibilidade é o impedimento temporário para o exercício da capacidade eleitoral passiva. De acordo com Walber de Moura Agra:

7 RAMOS, André de Carvalho (coord); KANAAN, Alice [et al.]. **Temas de Direito Eleitoral no Século XXI**. SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. *Inclusão eleitoral e efetivação dos direitos políticos*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2012. Disponível em: <http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/obras-avulsas/e-books/temas-de-direito-eleitoral-no-seculo-xxi>. Acesso em 22 de janeiro de 2019.

6 GOMES, 2014, p. 151.

1 <http://www.cnmp.mp.br/portal/noticias-cddf/11327-cnmp-apresenta-dados-relativos-a-desigualdade-de-genero-no-ministerio-publico>

2 CGMGInforma. Edição n. 9 – abril – 2018 Periódico da Corregedoria-Geral do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

As inelegibilidades só podem aparecer quando já forem concretizadas as condições de elegibilidade. Sem que elas tenham sido cumpridas, não há que falar em inelegibilidade. Estas atuam diretamente naquelas, cerceando o direito subjetivo de disputar eleições. **As primeiras são direitos subjetivos da coletividade, considerados como cláusulas pétreas, enquanto as segundas são situações jurídicas.** Por fim, as condições de elegibilidade são pressupostos imprescindíveis à formação de um direito, enquanto as inelegibilidades são situações jurídicas advindas da realidade fática, que se amoldam em tipologias normativas que estabelecem um risco de macular a lisura e isonomia das eleições. **Inelegibilidade é a impossibilidade de o cidadão ser eleito para cargo público, em razão de não poder ser votado, ceifando-o de exercer seus direitos políticos na forma passiva.** Em decorrência, fica vedado até mesmo o registro de sua candidatura; não obstante, sua cidadania ativa, o direito de votar nas eleições, permanece intacto.⁸ (Negrito nosso)

Como bem pontua o insigne autor, a inelegibilidade não elide a cidadania de modo integral, pois é preservada a capacidade de votar nos pleitos normalmente. A inelegibilidade gera cerceamento apenas quanto ao exercício de cargos públicos, pois o cidadão não apresenta temporariamente legitimidade necessária para representar seus pares nas esferas de poder. Assim, por representar limitação à soberania popular, as inelegibilidades são normatizadas exclusivamente por normas constitucionais ou por lei complementar.

Nesse cenário, em virtude de seu viés restritivo, é imprescindível que se confira à inelegibilidade interpretação estrita, abstraindo-se o exegeta, tanto quanto possível, de ampliar as restrições que dela decorre, sob pena de transformá-las em verdadeiros instrumentos tautológicos, idôneos a ferir de morte direitos e as garantias fundamentais dos cidadãos. Nada obstante, há consequências inarredáveis que exsurtem com a declaração de inelegibilidade.

Inicialmente, é importante esclarecer que, de acordo com a doutrina de José Jairo Gomes⁹, toda inelegibilidade apresenta um fundamento

8 AGRA, Walber de Moura. A taxionomia das inelegibilidades. Estudos Eleitorais, Brasília, DF, v. 6, n. 2, p. 29-51, maio/ago. 2011. Disponível em: http://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/bitstream/handle/bdtse/414/taxionomia_inelegibilidades_agra?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em 23 de janeiro de 2019.

9 Nesse sentido, vide: GOMES, José Jairo. **Direito**

ou uma causa específica. Enquanto algumas são consequência de sanção, outras se fundamentam na mera situação jurídica em que o cidadão se encontra no momento de pedido de registro de candidatura.

No primeiro caso, é imposta ao agente a sanção de inelegibilidade como consequência da prática de abuso do poder econômico ou político, em detrimento da liberdade de voto. Trata-se, portanto, da responsabilidade eleitoral, havendo penalização pela prática de atos ilícitos ou auferimento de benefícios que desses decorrem. É a respeito dessa modalidade de inelegibilidade (também conhecida por “inelegibilidade cominada”) que a análise deste expediente versará.

Com efeito, depreende-se que a logicidade hermenêutica da inelegibilidade recai sobre a manutenção da ética e da probidade administrativa, com o propósito de preservar o regime democrático e seu funcionamento pleno, bem como na tutela do princípio da isonomia e da forma de governo republicana.

A inelegibilidade cominada decorre da conduta que, por violar tais valores tão caros à sociedade brasileira, é reputada por ilícita, de modo a se enquadrar na tipologia subsuntiva da Lei Complementar n. 64/90. Para sua configuração, além da tipificação jurídica, é necessário pronunciamento judicial ou administrativo.

Tratando sobre a tipificação jurídica da inelegibilidade cominada, nos termos da Lei Complementar n. 64/90, é inconcebível deixar de aludir à Lei Complementar n. 135, de 4 de junho de 2010, conhecida por “Lei da Ficha Limpa”, cujo projeto originou-se por iniciativa popular e alterou substancialmente os casos de inelegibilidade infraconstitucional e os prazos da respectiva cessação.

A Lei da Ficha Limpa é um marco fundamental para a democracia brasileira e para o combate à corrupção. Fruto de iniciativa popular (art. 61, § 2º, da Constituição da República), o projeto foi encabeçado por entidades que fazem parte do Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral (MCCE), mobilizando vários setores da sociedade brasileira, entre os quais se destacam a Associação Brasileira de Magistrados, Procuradores e Promotores Eleitorais eleitoral. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 166-169.

(Abramppe), a Central Única dos Trabalhadores (CUT) e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), além de várias organizações não governamentais. Em apoio ao projeto, foram concedidas mais de 1 milhão e 600 mil assinaturas¹⁰.

Nesse contexto, vislumbra-se que a Lei Complementar n. 135/2010 representa, com maior intensidade, o desígnio popular, culminando não somente reflexões no âmbito social, político e técnico, mas principalmente fortalecendo o Estado Democrático de Direito.

Assim, é verossímil concluir que a mensagem deontológica da Lei Complementar n. 135/2010 traduz um novo pensamento político, engendrado pela sociedade brasileira, no qual a relação entre ética e política torna a possuir destaque. Trata-se robustecimento da *accountability*¹¹ na democracia brasileira.

10 A respeito, vide: “A Lei Complementar nº 135, de 2010, mais conhecida como Lei da Ficha Limpa, é uma legislação nacional que foi emendada à Lei das Condições de Inelegibilidade ou Lei Complementar nº 64, de 1990. Essa lei, em sua versão anterior, dispunha sobre as condições, os motivos e as situações em que uma pessoa não poderia se eleger para um cargo público. **Para a emenda de 2010 acontecer, uma iniciativa popular, iniciada em 2008, coletou mais de 1,3 milhão de assinaturas para levá-la ao Congresso Nacional. Porém, o sucesso da proposta, de aumentar a idoneidade dos candidatos, foi tão grande que os organizadores atingiram 1,6 milhão de assinaturas.** Em entrevista à Rádio USP, o juiz e professor Fernando da Fonseca Gajardoni, da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP) da USP, contou que no último levantamento feito pelo Tribunal Superior Eleitoral, no fim de setembro, aproximadamente 125 pessoas tiveram as candidaturas barradas pela efetividade da lei. Além disso, segundo opinião do professor, a Ficha Limpa vem se mostrando efetiva nas últimas eleições. O magistrado lembra que a pessoa não perde seus direitos políticos, continua podendo votar, o que ela perde é a possibilidade de se candidatar a cargos eletivos”. Disponível em: <https://jornal.usp.br/atualidades/lei-da-ficha-limpa-mostra-efetividade-nas-eleicoes/>. Acesso em 23 de janeiro de 2019.

11 “Pode-se entender a *accountability* como um processo de avaliação e responsabilização permanente dos agentes públicos (que abrange tanto os eleitos quanto os nomeados ou os de carreira) em razão dos atos praticados em decorrência do uso do poder que lhes é outorgado pela sociedade. Será institucional quando esse processo de avaliação e responsabilização for praticado no âmbito do próprio aparato estatal, ou social quando praticado fora dos limites estatais. Em outras palavras, é saber o que os agentes públicos estão fazendo, como estão fazendo, que consequências resultam das suas ações e como estão sendo responsabilizados. Daí a necessidade de um fluxo de informações amplo e aberto, capaz de subsidiar e incentivar a discussão e o debate em torno das questões públicas. **No plano geral, a *accountability* se realiza no processo eleitoral, com o eleitor exercendo o**

A par dessa perspectiva, plausível afirmar que a investidura em cargo público comissionado ou a atribuição de função de confiança àqueles regularmente declarados inelegíveis, por força da Lei Complementar n. 64/90, com redação alterada pela Lei Complementar n. 135/2010, afronta o Princípio da Moralidade, previsto no caput do artigo 37 da Constituição da República.

Esse, inclusive, foi o entendimento exarado pela 6ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, ao indeferir o pedido de efeito suspensivo em agravo de instrumento, interposto contra decisão interlocutória que, antecipando os efeitos da tutela, determinou a suspensão do ato de nomeação de ex-deputada estadual para o exercício do cargo de superintendente do IBAMA – Instituto Brasileiro do Meio Ambiente de Recursos Naturais Renováveis. A propósito, em razão da didática utilizada na decisão, colaciona-se o texto praticamente em sua integralidade:

Agravo de instrumento interposto por Vanessa Damo Orosco contra a decisão que deferiu antecipação de tutela em ação popular para o fim de determinar a suspensão dos efeitos da Portaria nº 286/2016, por meio da qual a requerida, ora agravante, foi nomeada pelo Excelentíssimo Senhor

seu poder de premiar e punir, pela eleição ou exclusão, os seus governantes e representantes. Porém mais importante, ela também se realiza no plano específico do desempenho das atividades dos agentes e organizações públicas no dia a dia da sua atuação. E ela ocorre não só a partir das diferentes instâncias de controle no interior da estrutura do Estado (controle institucional), mas também através do controle exercido pela imprensa, pelas organizações e associações da sociedade civil e pelos próprios cidadãos, cujas ações, de alguma forma, resultem algum tipo de constrangimento ou sanção (controle social). Nesse sentido, O'Donnell (1998, p. 40) destaca que a *accountability* horizontal se realiza quando da ‘existência de agências estatais que têm o direito e o poder legal e que estão de fato dispostas e capacitadas para realizar ações, que vão desde a supervisão de rotina a sanções legais ou até o impeachment contra ações ou omissões de outros agentes ou agências do Estado que possam ser qualificadas como delituosas’. **Como corolário, é inegável que o conceito de *accountability* é central para a administração pública a sua existência como processo é fundamental à formação do espaço público democrático. Todavia, a compreensão do que é *accountability* não é tão simples quanto parece, pois deve abranger as manifestações oriundas de uma cidadania ativa e uma sociedade articulada (DENHARDT e DENHARDT, 2003) ou, em outras palavras, contém variadas dimensões, as quais devem ser reconhecidas para que possamos, de fato, compreendê-la**”. ROCHA, Arlindo Carvalho. *Accountability na Administração Pública: a Atuação dos Tribunais de Contas*. XXXIII Encontro da ANPAD. São Paulo – 19 a 23 de setembro de 2009. Disponível em: <http://www.anpad.org.br/admin/pdf/APS716.pdf>. Acesso em 23 de janeiro de 2019.

Presidente da República Michel Temer para o exercício do cargo de Superintendente do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente de Recursos Naturais Renováveis.

No caso, consta que a agravante teve cassado seu diploma de deputada estadual por decisão unânime do Tribunal Superior Eleitoral, sendo que no âmbito do Tribunal Regional Eleitoral a agravante foi declarada inelegível até o ano de 2020, por abuso de poder econômico e uso indevido dos meios de comunicação social.

A decisão agravada foi lançada nestes termos:

“(…). É o relatório. Decido. Nos termos do artigo 300 do Código de Processo Civil, presentes os elementos que evidenciem a probabilidade do direito, bem como perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, requisitos necessários à concessão da medida ora pleiteada. Pretende o autor a obtenção de provimento que determine a suspensão dos efeitos da Portaria nº 286/2016, por meio da qual foi a corrê Vanessa Damo Orosco foi nomeada para exercer o cargo de Superintendente do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente de Recursos Naturais Renováveis (fl. 15), sob o fundamento de que a ausência de trânsito em julgado de decisão proferida pelo Tribunal Superior Eleitoral não impede a produção de efeitos da declaração da inelegibilidade, nos termos do disposto no artigo 1º, inciso I, d da LC nº 64/90. (...). Feitas essas considerações, passo à análise da legalidade do ato de nomeação da corrê Vanessa Damo Orosco para o cargo de Superintendente do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente de Recursos Naturais Renováveis, por meio da Portaria nº 286/2016. **Estabelece o artigo 5º, inciso II da Lei nº 8.112/1990: ‘Art. 5º São requisitos básicos para investidura em cargo público: (...) II – o gozo dos direitos políticos’. De acordo com os documentos que instruíram a inicial, verifica-se que, nos autos das ações de investigação judicial eleitoral nºs. 584-49 e 582-79 foi declarada a inelegibilidade da corrê Vanessa Damo Orosco. Nesse sentido, a Constituição Federal estabelece, dentre as condições de elegibilidade, o pleno exercício dos direitos políticos e prevê, em seu parágrafo 9º, a possibilidade de outros casos de inelegibilidade, a serem previstos por meio de Lei Complementar: ‘Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: (...) 3º São condições de elegibilidade, na forma da lei: (...) II – o pleno exercício dos direitos políticos; (...) 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação,**

a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.’ Dessa forma, a Lei Complementar nº 64/1990 estabelece em seu artigo 1º, inciso I, d: ‘Art. 1º São inelegíveis: I – para qualquer cargo: (...) d) os que tenham contra sua pessoa representação julgada procedente pela Justiça Eleitoral, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado, em processo de apuração de abuso do poder econômico ou político, para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes. (...)’. No mesmo sentido estabelece o artigo 15, com redação dada pela Lei Complementar nº 135/2010: ‘Art. 15. Transitada em julgado ou publicada a decisão proferida por órgão colegiado que declarar a inelegibilidade do candidato, ser-lhe-á negado registro, ou cancelado, se já tiver sido feito, ou declarado nulo o diploma, se já expedido.’ Considerando-se que um dos requisitos legais para a investidura em cargo público é o gozo dos direitos políticos e que o dispositivo acima mencionado estabelece que a incidência da inelegibilidade para qualquer cargo pode ocorrer em razão de decisão transitada em julgado ou por decisão proferida por órgão colegiado, a existência de ações de investigação judicial eleitoral nºs. 584-49 e 582-79, com acórdãos proferidos pelo E. Tribunal Regional Eleitoral, a Portaria nº 298/2016 e a Recomendação nº 57/2016, ambas do Ministério Público Federal, demonstram a probabilidade do direito alegado. Registre-se que a declaração de inelegibilidade da corrê Vanessa Damo Orosco impede a nomeação para o exercício do cargo de Superintendente do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente de Recursos Naturais Renováveis porque, temporariamente, perdeu parte de seus direitos políticos; portanto, ausente um dos requisitos essenciais, previsto na legislação de regência. Por conseguinte, o deferimento da medida somente ao final da presente ação poderá causar possíveis riscos à Administração Pública e ao meio ambiente, o que caracteriza a presença do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo. Diante do exposto, presentes os requisitos do artigo 300 do Código de Processo Civil/2015, DEFIRO O PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA, para determinar a suspensão dos efeitos da Portaria nº 286/2016, por meio da qual a corrê Vanessa Damo Orosco foi nomeada para o

exercício do cargo de Superintendente do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente de Recursos Naturais Renováveis. Int.”

Nas razões recursais a agravante afirma, em resumo, que elegibilidade e inelegibilidade são circunstâncias do pretense candidato que somente são avaliadas para fins de registro de candidatura, sendo institutos jurídicos distintos, não se podendo dizer que a incidência de uma causa de inelegibilidade vá afastar uma condição de elegibilidade (gozo dos direitos políticos), pois os conceitos não se misturam. Sustenta em que a causa de inelegibilidade é circunstância avaliada exclusivamente pela Justiça Eleitoral e tão somente para fins de registro de candidatura, e apenas impede o indivíduo de ocupar cargo eletivo, não tendo efeito para outros cargos não eletivos do Poder Público.

Destaca que o art. 5º, inciso II, da Lei nº 8.112/90 (Estatuto do Servidor Civil Federal) exige, como requisito para nomeação a cargo público federal, que o indivíduo esteja no gozo de seus direitos políticos. Assim, o fato de a Justiça Eleitoral ter decretado a inelegibilidade da agravante não implica que ela tenha perdido seus direitos políticos, nem que estes tenham sido suspensos.

Reitera que as causas de inelegibilidade possuem previsão própria nos §§ 4º a 9º, do art. 14 da Constituição Federal e na Lei Complementar nº 64/90, não se confundindo com as hipóteses de perda ou suspensão dos direitos políticos descritas no art. 15 da Carta Magna. Afirma a agravante que está no gozo de seus direitos políticos, conforme certidão de quitação eleitoral expedida em seu nome pela Justiça Eleitoral, de modo que está autorizada a participar dos processos de tomada de decisões pelo Estado, votar em eleições, plebiscito, referendo, estar filiada a partido político etc.

Assim, conclui que a decisão agravada merece reforma, visto que aplicou de maneira equivocada o conceito de inelegibilidade como se fosse hipótese de perda ou de suspensão dos direitos políticos. Reitera que o reconhecimento de causa de inelegibilidade no processo em que a agravante postulou seu registro para a candidatura a Deputada Estadual não afeta seus direitos políticos, inexistindo impedimento para que ela continue a exercer o cargo para o qual foi nomeada. Argumenta ainda que a destituição da agravante do cargo não trará prejuízos só a ela, porém trará complicações a toda a estrutura do IBAMA em São Paulo, obrigando remanejamento de recursos e pessoas.

Faz-se razoável a manutenção da estrutura da autarquia até decisão final da demanda. Em seu pedido específico a agravante requer a atribuição de efeito ativo para que seja reformada a decisão recorrida e restabelecidos os efeitos da Portaria nº 286/2016 do Ministério do Meio Ambiente.

Decido.

(...). **Na singularidade do caso entendo que a concorrência das condições contidas no parágrafo único do art. 995 não foi suficientemente demonstrada.**

Com efeito, a r. decisão recorrida está excelentemente fundamentada e bem demonstra a implausibilidade do direito invocado pela parte autora – pelo menos “initio litis”. Seus fundamentos ficam aqui explicitamente acolhidos “per relationem” (STF: Rcl 4416 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 15/03/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-118 DIVULG 08-06-2016 PUBLIC 09-06-2016).

Deveras, se a autora se encontra na condição de inelegível, é claro que não pode ser nomeada para cargo público porque esse efeito não encontra eco no inc. II do art. 5º da Lei nº 8.112/90. Na verdade a possibilidade de nomeação e investidura em cargo público comissionado e a atribuição de função de confiança a brasileiros em condição de inelegibilidade afronta o princípio da moralidade insculpido no art. 37 da CF/88.

Ante o exposto, indefiro o pedido de efeito suspensivo.

Comunique-se.

À contraminuta.

Após, ao Ministério Público Federal.

Intimem-se.

TRF 3ª. Agravo de Instrumento n. 5002191-49.2016.4.03.0000. 6ª Turma. Relator Des. Fed. Johansom Di Salvo. Publicação: 09/11/2016.

Nada obstante os exímios argumentos dessa decisão interlocutória, o agravo de instrumento restou prejudicado, pois o processo originário (ação popular agravada) fora extinto sem resolução do mérito. É a parte final da sentença:

Analisando a pretensão do autor, verifico que a situação que motivou a instauração do processo deixou de existir, tendo em vista a publicação da Portaria n.º 172, de 05 de maio de 2017, do Ministério do Meio Ambiente, que **exonerou** Vanessa Damo Orosco do cargo em comissão de Superintendente, código DAS 101.4, da Superintendência do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis no Estado de São Paulo. Assim, fica caracterizada a carência superveniente do direito de ação, por falta de interesse de agir, ou seja, pela desnecessidade de intervenção judicial, no que se convencionou chamar de perda do objeto da ação.

Prevalece, todo modo, a fundamentação de lavra do i. Desembargador Federal Johansom Di Salvo. O Princípio da Moralidade, que é um dos vetores informativos de toda atuação da Administração Pública, traduz-se na exigência de atuação ética dos agentes da Administração.

Amparado-se nas lições de Maurice Hauriou, Hely Lopes Meirelles pontifica que esse princípio determina que agente público deve ser guiado pela ética, pela honestidade e pela lisura, não se limitando a “decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas também entre o honesto e o desonesto”¹².

A moralidade administrativa constitui, hoje em dia, pressuposto de validade de todo ato da Administração Pública (CF, art. 37, caput). Não se trata – diz Hauriou, o sistematizador de tal conceito – da moral comum, **mas sim de uma moral jurídica**, entendida como “conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração”. Desenvolvendo sua doutrina, explica o mesmo autor que o agente administrativo, como ser humano dotado da capacidade de atuar, deve, necessariamente, distinguir o Bem do Mal, o honesto do desonesto. E, ao atuar, não poderá desprezar o elemento ético de sua conduta. **Assim, não terá que decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas também entre o honesto e o desonesto. Por considerações de Direito e de Moral, o ato administrativo não terá que obedecer somente à lei jurídica, mas também à lei ética da própria instituição, porque nem tudo que é legal é honesto, conforme já proclamavam os romanos: “non omne quod licet honestum est”. A**

moral comum, remata Hauriou, é imposta ao homem para sua conduta externa; **a moral administrativa é imposta ao agente público para sua conduta interna, segundo as exigências da instituição a que serve e a finalidade de sua ação: o bem comum.** (...). O certo é que a moralidade do ato administrativo juntamente com a sua *legalidade* e *finalidade*, além da sua adequação aos demais princípios, constituem pressupostos de validade sem os quais toda atividade pública será ilegítima. Já disse notável Jurista luso – António José Brandão – que “a atividade dos administradores, além de traduzir a vontade de obter o máximo de eficiência administrativa, **terá ainda de corresponder à vontade constante de viver honestamente, de não prejudicar outrem e de dar a cada um o que lhe pertence – princípios de Direito Natural já lapidadamente formulados pelos jurisconsultos romanos. À luz dessas ideias, tanto infringe a moralidade administrativa o administrador que, para atuar, foi determinado por fins imorais ou desonestos como aquele que desprezou a ordem institucional e, embora movido por zelo profissional, invade a esfera reservada a outras funções, ou procura obter mera vantagem para o patrimônio confiado à sua guarda. Em ambos os casos, os seus atos são infiéis à ideia que tinha de servir, pois violam o equilíbrio que deve existir entre todas as funções, ou, embora mantendo ou aumentando o patrimônio gerido, desviam-no do fim institucional, que é o de concorrer para a criação do bem comum**”.¹³ (itálicos nos original; negrito nosso)

Ora, se o agente não reúne legitimidade necessária para ocupar um cargo público eletivo, legitimado pelo exercício efetivo do sufrágio, como então justificar sua nomeação para um cargo público de livre nomeação e exoneração (seja de natureza política ou administrativa), alicerçada na relação de confiança deste com a autoridade nomeante? Absolutamente desarrazoado.

2.3 – Da análise casuística.

No caso concreto, o Sr. Lineu Braz Cardoso, conforme já narrado, encontra-se inelegível, nos termos do art.1º, I, “o” da Lei Complementar nº 64/90 (alterado pela Lei Complementar nº 135/2010 – Lei da Ficha Limpa), estando, portanto, com sua

12 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 94.

13 *Idem*, p. 94-95.

capacidade eleitoral passiva suspensa, em razão da sanção de demissão do serviço público, aplicada em Processo Administrativo Disciplinar e judicialmente confirmada (trânsito em julgado em 22/06/2016).

Tal inelegibilidade, inclusive, obstou o registro de candidatura do Sr. Lineu Braz Cardoso para o cargo de Prefeito Municipal de Carmo do Paranaíba nas eleições municipais de 2016.

Não obstante tal situação, o Sr. Lineu Braz Cardoso foi nomeado para o cargo de Secretário Municipal de Obras do município de Carmo do Paranaíba, em total afronta ao ordenamento jurídico.

A propósito, o Tribunal de Justiça de São Paulo foi provocado a resolver demanda semelhante, em que pessoa declarada inelegível fora nomeada secretária. Vide:

Trata-se de Ação Popular com pedido de tutela antecipada movida por Ricardo Amim Abrahão Nacle em face da Prefeitura Municipal de Mauá e Vanessa Damo Orosco, por meio da qual alega a parte autora, em síntese, que a corré Vanessa Damo Orosco foi declarada inelegível até o ano de 2.020, por decisão proferida por órgão colegiado, entretanto, em contrariedade a legislação que rege a matéria, a corré teria sido nomeada ao cargo de Secretária das Relações Institucionais da Prefeitura de Mauá, por força da Portaria PORT/GGDRH/Nº 56.071, de 17 de abril de 2018.

Aduz que a corré era Deputada Estadual e teve seu mandato cassado, por unanimidade, pelo Tribunal Superior Eleitoral, no âmbito de recurso contra a expedição de diploma (RCED) nº 8015-38.2014.6.26.0000/SP. Além disso, sustenta que, por força de decisão proferida pelo Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo, nas ações de investigação eleitoral (AIJE) nºs 582-49 e 584-49, foi a corré declarada inelegível até 2.020, por abuso de poder econômico e uso indevido dos meios de comunicação social, tendo ambas as ações sido julgadas procedentes para cominar à corré a sanção de inelegibilidade para as eleições a se realizarem nos oito anos subsequentes à eleição de 2012, sendo que, em face das referidas decisões, a corré manejou os recursos cabíveis, todos desprovidos pelo TRE/SP, o mesmo ocorrendo em relação ao TSE.

Por fim, sustenta que a Lei Orgânica do Município, em seu artigo 65, dispõe, como um dos requisitos para o cargo de Secretária, que ostenta a corré, o exercício dos direitos políticos, entre os quais, está a elegibilidade.

Requer, assim, o deferimento da tutela antecipada para que sejam suspensos os efeitos da Portaria que nomeou a corré Secretária de Relações Institucionais do Município, bem como para impedir que frequente as instalações da Prefeitura Municipal de Mauá, pois o cargo de chefe do Poder Executivo municipal vem sendo exercido, interinamente, pela mãe da corré. Ao final, requer a procedência do pedido, para invalidar a portaria que nomeou a corré Vanessa Damo como Secretária Municipal de Relações Institucionais.

É a síntese.

Decido. (...).

Realizadas tais ponderações, passo à análise da legalidade do ato de nomeação da corré Vanessa Damo Orosco ao cargo de Secretária de Relações Institucionais do Município de Mauá.

A Lei Orgânica do Município, no artigo 65, caput, dispõe que: “Os Secretários Municipais serão escolhidos dentre os brasileiros maiores de 21 (vinte e um) anos no exercício dos direitos políticos”.

Valiosas as lições de José Afonso Da Silva acerca dos Direitos Políticos, in verbis: O núcleo fundamental dos direitos políticos consubstancia-se no direito eleitoral de votar e ser votado, embora não se reduza a isso, mesmo quando se toma a expressão em seu sentido mais estreito. (SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. pag. 347).

Consiste, pois, estar no exercício dos direitos políticos, na capacidade de votar (capacidade eleitoral ativa) e de ser votado (capacidade eleitoral passiva).

No caso em tela, à corré foi cominada, por sentença, no bojo das investigações eleitorais nº. 584/79 e 584-49, a sanção de inelegibilidade pelo prazo de 08 (oito) anos, decisões mantidas pelos acórdãos proferidos pelo E. Tribunal Regional Eleitoral (fls. 50/61; 62/72).

Logo, ante os documentos colacionados aos autos, não possui a corré condição legal para investidura e o consequente exercício do cargo de Secretária de Assuntos Institucionais, pois, declarada inelegível pela Justiça Eleitoral, não está

no exercício pleno de seus direitos políticos, já que não possui capacidade eleitoral passiva, a saber, não pode ser votada.

Não se pode deixar de mencionar, outrossim, a previsão do artigo 1º, inciso I, alínea “d”, da Lei Complementar nº 64, de 18 de março de 1990, com redação dada pela Lei 135/2010, conhecida como “Lei da Ficha Limpa”: (...).

Como se depreende da leitura do dispositivo acima, considera-se inelegível para qualquer cargo pessoa com representação julgada procedente pela Justiça Eleitoral, em decorrência de decisão transitada em julgado ou por decisão proferida por órgão colegiado, em processo de apuração de abuso do poder econômico ou político, o que se verifica no caso em concreto.

Com efeito, por sentenças proferidas pela Justiça Eleitoral foram julgadas procedentes duas investigações eleitorais (AIJE) movidas em face da corré Vanessa Damo Orosco, com aplicação à corré da sanção de inelegibilidade por oito anos, em decorrência de abuso do poder econômico. Tais sentenças foram mantidas pelo Tribunal Regional Eleitoral (Recursos Eleitorais nº 582-79.2012.6.26.0217 (fls. 50/61) e nº 584.49.2012.6.26.0217 fls. 62/72).

Tem-se, pois, que, mediante decisão colegiada, manteve-se a aplicação de inelegibilidade à autora pelo prazo de 08 anos, por abuso de poder econômico, sendo certo, assim, que a corré também, sob a ótica da legislação citada, não poderia ter sido nomeada Secretária de Relações Institucionais do Município.

Assim, quer em razão da aplicação de sanção de inelegibilidade por 08 (oito) anos o que fez com que a corré perdesse parte de seus direitos políticos, repise-se, requisito para a ocupação do cargo de Secretária, nos termos do artigo 65 da Lei Orgânica do Município, quer em decorrência de representação julgada procedente pela Justiça Eleitoral e mantida, por decisão colegiada, em virtude de por abuso de poder econômico, presente se faz a probabilidade do direito referente ao pedido de suspensão da portaria por contrariedade do ato à legislação que rege a matéria.

(...)

Diante do exposto, DEFIRO O PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA, para determinar a suspensão dos efeitos dos atos praticados pela corré Vanessa Damo Orosco, enquanto Secretária

de Assuntos Institucionais, desde sua nomeação pela Portaria PORT/GGDRH/Nº 56.071 (fls. 06), na linha do disposto no artigo 297 do CPC. (...).

TJSP. Processo de autos n. 1004818-74.2018.8.26.0348. 3ª Vara Cível – Foro de Mauá. Data da Decisão: 30 de maio de 2018.

Em 29 de novembro de 2018 foi julgado procedente o pedido formulado nos autos da ação popular n. 1004818-74.2018.8.26.0348, reiterando as razões expostas e tornando definitiva a medida liminar, extinguindo-se a demanda com apreciação de mérito, nos termos do art. 487, inciso I, do Código de Processo Civil.

Para além desse fato, por si só já suficiente para impedir a nomeação do Sr. Lineu Braz Cardoso para qualquer cargo público, é imperioso ainda registrar que a Lei Orgânica do Município de Carmo do Paranaíba dispõe, em seu artigo 91:

Art. 91. O Secretário Municipal e/ou Diretor de Departamento Municipal será escolhido dentre brasileiros maiores de 21 (vinte e um) anos de idade e no **exercício dos direitos políticos** e está sujeito, desde de a posse, aos mesmos impedimentos do vereador e dos servidores públicos em geral. (...). (Grifamos).

3) CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, sem caráter vinculante e respeitada a independência funcional do Promotor Natural, conclui o CAOPP pela inadmissibilidade de pessoa considerada inelegível, em qualquer das hipóteses previstas na Lei Complementar n. 64/90, ser nomeada para cargo público de livre nomeação e exoneração, seja ele de natureza política (p. ex. Secretário Municipal) ou administrativa (p. ex. Chefe de Gabinete do Prefeito Municipal).

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

Registre-se e cumpra-se.

Nota Técnica nº 02/2019

PAAF nº 0024.18.020879-5

Belo Horizonte, 23 de janeiro de 2019.

Requerente: Dra. Ludmila Costa Reis –
Promotora de Justiça da Comarca de Betim/MG.

JOSÉ CARLOS FERNANDES JUNIOR

Promotor de Justiça

Coordenador do CAO – Patrimônio Público

Ementa: Lei Municipal. Instituição de gratificação para servidores cedidos a outros órgãos a fim de fazer face à diferença de remuneração do cargo efetivo e do cargo comissionado ocupado no órgão de origem. Impossibilidade. Desvio de finalidade

1) RELATÓRIO

O presente Procedimento de Apoio à Atividade Fim foi instaurado em decorrência de consulta realizada pela Promotora de Justiça da Comarca de Betim/MG, Dra. Ludmila Costa Reis. A questão se relaciona à (ir)regularidade de pagamento de gratificação a servidores cedidos pelo município a outros órgãos públicos e que ocupavam, na municipalidade, cargos em comissão.

De acordo com a consulente, o inquérito civil contém indícios de que a Lei Municipal n.º 6.403/2018 foi elaborada com o único intuito de beneficiar duas servidoras que já trabalhavam no fórum local, mas tiveram que ser exoneradas do cargo comissionado que ocupavam por força de decisão judicial transitada em julgado. Acrescenta, ainda, que com a referida lei as servidoras puderam permanecer onde estavam, recebendo os mesmos valores.

No feito consta o inteiro teor do diploma legal questionado, qual seja:

Lei n.º 6.403, de 24 de julho de 2018

Dispõe sobre a cessão de servidores públicos para desenvolvimento de projetos em outros órgãos públicos

O Povo do Município de Betim, por seus representantes aprovou e eu, Prefeito Municipal, sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Fica o município de Betim autorizado a realizar cessão anualmente de até 2 (dois) servidores efetivos com graduação em curso superior e devidamente aprovado em estágio probatório para desenvolver projetos em outros órgãos públicos.

Parágrafo único. Os projetos desenvolvidos pelos servidores cedidos terão duração máxima de 2 (dois) anos, prorrogável por igual período.

Art. 2º Fica estabelecido que os servidores efetivos investidos em cargo em comissão, cedidos para realizarem o desenvolvimento de projetos em outros órgãos públicos, farão jus ao recebimento de gratificação para participação em projetos.

Parágrafo único. A gratificação de que trata o caput deste artigo foi estabelecida com o objetivo de compensar o valor recebido no cargo em comissão anteriormente exercido e terá o valor da diferença entre a remuneração do cargo efetivo e o auferido no cargo em comissão.

Art. 3º Fica destinada dotação orçamentária específica para o atendimento do disposto nesta Lei.

Art. 4º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

É o breve relatório.

2) FUNDAMENTAÇÃO

Despiciendo discorrer sobre a ilegalidade e inconstitucionalidade da cessão de servidores ocupantes de cargos comissionados a outros órgãos, tendo em vista que há incompatibilidade entre os pressupostos justificadores de uma e outra.

De fato, como dispõe a Constituição da República, em seu art. 37, os cargos em comissão, de livre nomeação e exoneração, são destinados ao exercício de funções de direção, chefia e assessoramento. Tais nomeações pressupõem a necessidade de um vínculo de confiança entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado.

Fundado nesse uníssono entendimento, não se justifica a nomeação de servidor para cargo em comissão, cujo pressuposto é a relação de confiança entre este e a autoridade nomeante, e, posteriormente, a cessão deste servidor para o exercício de atividades em outros órgãos.

Tanto o é que, visando o reconhecimento da irregularidade da situação da cessão de servidores comissionados pelo Município de Betim, foi ajuizada ação civil pública que culminou em decisão judicial transitada em julgado, através da qual condenou-se o Município a exonerar os servidores cedidos dos cargos em comissão que ocupavam. Segue a transcrição da ementa do acórdão:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - DIREITO ADMINISTRATIVO - SERVIDOR PÚBLICO OCUPANTE DE CARGO EM CONFIANÇA - ATRIBUIÇÕES DE DIREÇÃO, CHEFIA E ASSESSORAMENTO - CESSÃO - DESVIRTUAMENTO - DETERMINAÇÃO GENÉRICA - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO PROVIDO EM PARTE.

- A nomeação para cargo em comissão sem o devido exercício das atribuições específicas a ele correlatas em razão da cessão do servidor a outro órgão público ofende o princípio da moralidade, da razoabilidade, da finalidade, do interesse público, e, potencialmente, até mesmo a regra constitucional do concurso público, mormente considerando que tais funções, pela natureza distinta e de responsabilidade destacada, em regra, são muito mais bem remuneradas que aquelas de natureza meramente administrativa e burocrática.

- Ao Poder Judiciário cumpre apenas o controle de legalidade no caso concreto, e não a expedição de determinações comissivas ou proibitivas genéricas, prerrogativa precípua do Poder Legislativo.

- Recurso provido em parte. (TJMG - Apelação Cível 1.0027.14.019921-0/002, Relator(a): Des. (a) Adriano de Mesquita Carneiro (JD Convocado) , 3ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 14/12/2017, publicação da súmula em 23/01/2018)

Nesse mesmo sentido, cita-se jurisprudência do Tribunal de Contas da União:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de denúncia de responsabilidade dos Srs. (...), formulada ante a existência de irregularidades no Tribunal Regional Eleitoral da Paraíba. Considerando que, após a realização de inspeção no Tribunal Regional Eleitoral da Paraíba – TRE/PB, foi confirmada a existência de impropriedades na área de pessoal daquela Corte;

Considerando que foram designados para o exercício de funções comissionadas no TRE/PB servidores requisitados que não comprovaram ocupar cargo efetivo em seus órgãos/entidades de origem, desobedecendo o comando insculpido no art. 12, § 3º, da Lei nº 8.868/94;

(...);

(...);

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, ante as razões expostas pelo Relator, em:

8.1. (...);

8.2 (...);

8.3 (...);

8.4. determinar ao Tribunal Regional Eleitoral da Paraíba que:

8.4.1. (...);

8.4.2. observe, rigorosamente, no ato de nomeação para funções comissionadas de servidores requisitados de outros órgãos ou entidades a existência de vínculo efetivo com a administração pública, em conformidade com o disposto no art. 5º, § 3º, da Lei nº 8.868/94;¹⁴ (grifos acrescentados)

Também o TRF da 4ª Região tem decidido nos mesmos moldes:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. SERVIDOR PÚBLICO. CARGO EM COMISSÃO. IMPOSSIBILIDADE DE CESSÃO. .

O agravo de instrumento não permite o exame do mérito da ação que o originou. Situação em que deve ser privilegiada a segurança jurídica, no sentido

de manter a decisão liminar proferida pelo Relator originário. O preceito normativo de cessão de servidores perante requisição se aplica somente ao servidor nomeado para cargo de provimento efetivo. Não é possível a cessão ou a colocação à disposição de outro órgão ou ente público o servidor nomeado para cargo em comissão, pois tal cargo pressupõe um vínculo intersubjetivo e de confiança entre o agente nomeante e o servidor nomeado, o que não se verifica na hipótese de cessão a outro órgão. Prequestionamento estabelecido pelas razões de decidir. Agravo de instrumento improvido.¹⁵ (grifos acrescentados)

Ocorre que, com o claro fim de contornar a decisão judicial já citada e prolatada nos autos da Apelação Cível 1.0027.14.019921-0/002, Relator(a): Des.(a) Adriano de Mesquita Carneiro (JD Convocado), 3ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 14/12/2017, publicação da súmula em 23/01/2018, em franca desobediência às suas determinações, foi encaminhado à Câmara de Vereadores de Betim/MG projeto de lei que, aprovado, passou a garantir aos servidores cedidos exonerados de seus cargos em comissão a mesma remuneração percebida quando ocupavam tais cargos. O meio utilizado para tanto foi a instituição de gratificação àqueles “servidores efetivos investidos em cargo em comissão, cedidos para realizarem o desenvolvimento de projetos em outros órgãos públicos”.

A intenção de burlar a determinação judicial é cristalina, restando evidente da leitura do teor do parágrafo único do art. 2º da Lei nº 6.403/2018:

Parágrafo único. A gratificação de que trata o caput deste artigo foi estabelecida com o objetivo de **compensar** o valor recebido no cargo em comissão anteriormente exercido **e terá o valor da diferença entre a remuneração do cargo efetivo e o auferido no cargo em comissão.** (grifo e negrito nossos)

14 Acórdão nº 176/2000 – Plenário, Relator Ministro Benjamin Zymler, Sessão de 09.08.2000, DOU de 22.08.2000

15 AG 0 SC 0004566-91.2010.404.0000 – Rel. Desemb. MARINA VASQUES DUARTE DE BARROS FALCÃO – DJU 13/08/2010

Ora, a perda financeira nos vencimentos de servidor efetivo que, para ser cedido a outro órgão, tenha que ser exonerado do cargo em comissão que ocupa, não é fato gerador apto a fazer nascer o direito a uma gratificação como forma de compensação dessa perda.

De acordo com a definição de Hely Lopes Meirelles, os adicionais e gratificações são recompensas, por exemplo, pelo tempo de serviço do servidor, pelo desempenho de funções especiais ou compensações por serviços executados em condições anormais¹⁶. Ao tratar do tema, leciona a administrativista Odete Medauar:

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

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

As 'gratificações' mais usuais são as seguintes:
a) gratificação de gabinete, para quem presta serviços em órgãos de alto escalão; b) gratificação pelo exercício de cargo ou função de chefia, direção, assessoramento; c) gratificação natalina, que é o décimo terceiro salário, d) gratificação por dedicação exclusiva; e) gratificação por tempo integral.¹⁷

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

Os 'adicionais' decorrem do tempo de serviço ('ex facto temporis') ou da exigência de conhecimentos especializados ou um regime próprio de trabalho ('ex facto officii). Os primeiros decorrem da só prestação do serviço. Os demais, da recompensa por circunstâncias de desempenho em funções especiais. Na sempre precisa lição de Hely Lopes Meirelles 'o que caracteriza o adicional e o distingue da gratificação é o ser aquele uma recompensa ao

tempo de serviço do servidor, ou uma retribuição pelo desempenho de funções especiais que refogem da rotina burocrática, e esta, uma compensação por serviços comuns executados em condições anormais para o servidor, ou uma ajuda pessoal em face de certas situações que agravam o orçamento do servidor.

Como se percebe, a gratificação é uma recompensa remuneratória àquele servidor que irá exercer as funções decorrentes de seu cargo em condições especiais. E, para que se justifique, deve haver motivação suficiente que dê respaldo à concessão desta recompensa. Adicionais e gratificações são concedidos aos servidores que, por algum motivo, desempenhem suas funções em condições diversas daquelas em que se encontram os demais servidores, condições estas que justifiquem o 'plus' em sua remuneração. Fernanda Marinela afirma a respeito do tema:

Gratificações e adicionais são retribuições pagas ao servidor em contraprestação a um determinado requisito preenchido pelo mesmo e prevista na legislação. Geralmente essas retribuições lhe são pagas em virtude de uma determinada função exercida (ex. função de chefia); de um tempo em que o mesmo está no serviço público (ex. quinquênios) ou em virtude de uma nova qualificação adquirida (ex. uma especialização).¹⁸

No caso em análise, a motivação para a concessão da gratificação não é bastante: o simples fato de exercer as funções atribuídas a seu cargo no âmbito do órgão cessionário não traz para o servidor a prerrogativa de acréscimo remuneratório. Ao contrário, ordinariamente o exercício das funções no órgão cessionário é mais interessante para o servidor do que o exercício das funções em seu órgão de origem, ou seja, o órgão cedente. Assim, não há substrato jurídico que justifique o acréscimo à remuneração.

Por outro lado, há que se considerar que a legislação municipal em questão padece claramente do vício de desvio de finalidade. Ora, a finalidade das leis é estabelecer direitos e deveres nos planos

16 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 389.

17

18 MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 4ª edição. Niterói: Impetus, 2010. P. 658.

geral e abstrato, visando o bem comum. No caso presente, a lei municipal tem efeitos concretos direcionados especificamente ao benefício de particular e não ao interesse público. Assim, diante do claro desvio de finalidade, inconstitucional se revela a norma em apreço.

O que se observa no caso em apreço é a evidente tentativa de se burlar a decisão judicial já citada e obtida pelo MPMG, assegurando-se vantagem financeira indevida exatamente para compensar a diferença entre o vencimento do servidor cedido e aquele que receberia se estivesse exercendo um cargo em comissão no órgão cedente (de origem).

3) CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, respeitada a independência funcional do Douto Promotor de Justiça Natural e sem caráter vinculante, conclui o Centro de Apoio Operacional pela ilegalidade da gratificação em apreço, prevista na Lei Municipal 6.403/2018, manifestamente danosa ao erário do Município de Betim/MG.

Remeta-se cópia, via e-mail, ao órgão de execução ministerial solicitante, bem como à Douta Coordenadoria da Procuradoria de Justiça de Controle de Constitucionalidade, com posterior arquivamento do presente feito.

Registre-se e cumpra-se.

Belo Horizonte, 25 de janeiro de 2019.

José Carlos Fernandes Junior

Promotor de Justiça

Coordenador do CAO – Patrimônio Público

Nota Técnica nº 03/2019

PAAF nº 0024.18.013032-0

Requerente: 3ª Promotoria de Justiça da Comarca de Formiga.

Ementa: Do instituto da doação. Doação de imóveis públicos pela Administração Pública a particulares. Lei Federal n. 8.666/1993. Interesse Público. Lei Municipal n. 5.176/2017. Necessidade de interpretação estrita. Impossibilidade de exclusão da cláusula de reversão

1) RELATÓRIO

Trata-se de consulta formulada pela Promotora de Justiça da Comarca de Formiga, Dra. Clarissa Gobbo dos Santos, em que requer orientação deste Centro de Apoio Operacional acerca da possibilidade de se aplicar ou não a Lei Municipal n. 5176/2017, que reestrutura o Programa de Incentivo ao Desenvolvimento Econômico do Município de Formiga, para tornar definitivas as doações de imóveis implementadas por aquele município à empresa Porto Mineiro de Grãos, nos anos de 2005, 2007 e 2009.

Anexas à consulta vieram os textos da Leis Municipais n. 3.702/2005, 4.009/2007, 4.238/2009, 5.176/2017 e 5.235/2018, bem como o Of. Gab. 0676/2018 e requerimentos da empresa Porto Mineiro de Grãos direcionados ao Município.

Em síntese, é o relatório.

2) FUNDAMENTAÇÃO

2.1 – Doação de imóveis públicos pela Administração Pública a particulares.

Este Centro de Apoio Operacional já analisou os aspectos jurídicos referentes a doação de imóveis públicos pela Administração Pública a particulares por ocasião da Nota Jurídica n. 20/2017¹, merecendo destaque as seguintes conclusões, dentre outras:

a) **Não se permite doação de bens imóveis públicos para particulares sem a previsão de encargos de interesse público a serem cumpridos pelo donatário com prazo determinado em lei, sob pena de reversão ou retrocessão do bem ao poder público;**

b) A doação de bens imóveis públicos pura e simples somente pode ocorrer quando o donatário for outro órgão ou entidade da Administração (Art. 17, I, b, Lei nº. 8.666/93);

c) A simples disponibilização precária e informal de um imóvel público para uso de um particular, não seguida da edição de autorização legislativa, da lavratura da respectiva escritura pública e de seu devido registro no Cartório de Registro de Imóveis, é insuficiente para assegurar ao mínimo a existência de uma doação de bem imóvel público a particular, considerando-se, neste caso, inexistente qualquer ato de transferência da propriedade do imóvel pelo ente público ao particular;

Como sabido, a Administração Pública pode fazer doações de bens imóveis públicos desafetados, fazendo-o comumente para fomentar atividades particulares de interesse coletivo. Para tanto, necessária a observância das condições elencadas pelo artigo 17 da Lei n. 8.666/93, interpretado com as ponderações exaradas na decisão liminar proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADI-MC 927-3/

RS² ³ ⁴. De acordo com José dos Santos Carvalho Filho⁵, são requisitos para a doação de bens imóveis públicos: (a) autorização legal; (b) avaliação prévia; (c) interesse público justificado.

Pela natureza do negócio jurídico, a doação, como regra, é objeto de dispensa de licitação tanto para bens móveis como para bens imóveis (art. 17, I e II, Lei nº 8.666/1993). No entanto, a doação com encargo deve ser precedida de licitação, além de ser exigido que no respectivo instrumento convocatório constem, obrigatoriamente, os encargos, o prazo de cumprimento e a cláusula de reversão do bem ao patrimônio público; a ausência de tais elementos provoca a nulidade do ato. A Lei, todavia, dispensa a licitação no caso de *interesse público devidamente justificado*. A ressalva, segundo alguns, é inconstitucional por ofensa ao art. 37, XXI, da CF, pelo qual somente a lei terá idoneidade de ressaltar os casos de dispensa de licitação, exigindo-se, pois, a edição de lei própria editada pelos entes federativos. Não abonamos, com a devida vênia, tal entendimento. Na verdade, a lei a que se refere o texto constitucional é a própria Lei nº 8.666/1993 e a esta coube indicar a hipótese de dispensa em foco, delegando à Administração a função de avaliar a

2 “O tribunal deferiu, em parte, a medida cautelar, para suspender, até a decisão final da ação, quanto aos estados, ao distrito federal e aos municípios, a eficácia da expressão ‘permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da administração pública, de qualquer esfera de governo’, contida na letra b do inciso I do art. 17, da lei federal nº 8.666, de 21.6.93, vencido o min. Paulo Brossard, que a indeferia (...)”.

3 Doação – eficácia suspensa

Nota: o STF deferiu, em parte, a medida cautelar para suspender, até a decisão final da ação, quanto aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a eficácia da letra “b” do inciso I do art. 17 da Lei n. 8.666, de 21.06.1993.

Doação – incentivo a atividade econômica

Nota: o STF entendeu que é possível a doação de terrenos, por parte do município ou empresa pública municipal, visando a incentivar a implantação ou expansão industrial, de acordo com o dispositivo em comento, posto que foi suspensa a eficácia do caráter exclusivo da doação a órgãos governamentais, através de ação direta de inconstitucionalidade impetrada no STF. O dispositivo está suspenso, por força de liminar do STF. FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Vade-mecum de licitações e contratos**: legislação selecionada e organizada com jurisprudência, notas e índices. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 310.

4 Até a conclusão desta Nota Técnica, o último movimento processual é a admissão do Distrito Federal na condição de *amicus curiae* em 17/05/2011. Vide em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1570900>.

5 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 1197.

1 Confira <https://intranet.mpmg.mp.br/intranetmpmg/atividade-fim/defesa-do-cidadao/patrimonio-publico/notas-juridicas/>

conveniência e justificar expressa e detidamente sua opção; se abuso houver, apurar-se-ão as devidas responsabilidades⁶.

A lei que autoriza a doação, não obstante seus caracteres formais, possui natureza material de ato administrativo. Destarte, referida autorização é expressão do sistema de “freios e contrapesos” (checks and balances) e corolário do princípio da separação dos poderes, da qual emanam efeitos concretos. De acordo com Hely Lopes Meirelles:

Por leis e decretos de efeitos concretos entendem-se aquelas que trazem em si mesmos o resultado específico pretendido, tais como as leis que fixam limites territoriais, as leis que aprovam planos de urbanização, as que criam municípios ou desmembram distritos, as que concedem isenções fiscais; as que proíbem atividades ou condutas individuais; os decretos que desapropriam bens, os que fixam tarifas, os que fazem nomeações e outros dessa espécie. **Tais leis ou decretos nada têm de normativos; são atos de efeitos concretos, revestindo a forma imprópria de lei ou decreto, por exigências administrativas.** Não contêm mandamentos genéricos, nem apresentam qualquer regra abstrata de conduta; atuam concreta e imediatamente como qualquer ato administrativo de efeitos individuais e específicos (...). **Tais leis só o são em sentido formal**, visto que materialmente se equiparam aos atos administrativos e por isso mesmo são atacáveis por ação popular ou por mandado de segurança, conforme o direito ou o interesse por elas lesado.⁷ (Destacamos).

Assim, trata-se a autorização legislativa que versa sobre a doação de bem integrante do patrimônio público de **ato administrativo de efeitos concretos**, posto que é dotada de concretude e singularidade, características diametralmente opostas àquelas comumente atribuídas às leis (em sentido material), quais sejam, a abstração e generalidade.

Por outro lado, a avaliação prévia é requisito para qualquer que seja a alienação (entendida enquanto gênero) promovida pelo Poder Público,

6 CARVALHO FILHO, 2013, p. 1198.

7 MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança, Ação Popular e Ação Civil Pública**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 40; 135.

inclusive as doações. Marçal Justen Filho⁸ afirma que “a avaliação poderá ser produzida através da atividade dos próprios agentes administrativos ou, mesmo, pelo concurso de terceiros” e que “o avaliador ficará pessoalmente responsável pela idoneidade de suas conclusões”.

Pertinente ressaltar que o **interesse público** não se trata de mero requisito, mas de verdadeiro pressuposto para a prática de quaisquer transações no bojo da Administração Pública. Como sabido, o interesse público é a pedra basilar do Regime Jurídico Administrativo, antecedente fundamental e finalidade última de tutela estatal que deve ser concretizado pela Administração Pública, inclusive nas decisões sobre doar certo bem componente do Erário. Assim, o sopesamento entre os benefícios sociais oriundos da doação e o ônus que dela decorre deve ser feito pelo agente público investido de legitimidade para a análise, observado o limite da legalidade que ladeia o mérito administrativo.

Em arremate, além desses requisitos, merece prestígio a doutrina que considera que a doação de imóveis públicos a particulares somente pode se aperfeiçoar se implementada na forma de doação modal (com encargos), estabelecida sob a forma de condição resolutiva (instituição de cláusula de reversão), considerando que esses instrumentos (encargo e cláusula de reversão) são os mais adequados a manter a finalidade pública que justificou o ato de liberalidade.

Neste particular, a respeito da necessidade de estipulação de gravame para atos de liberalidade destinados a particulares, afirma Davi Ferreira Botelho⁹:

(...) É regra pacificamente adotada a de que não pode haver doação de imóveis públicos sem a previsão de encargos de interesse público a serem cumpridos pelo donatário com prazo determinado em lei, sob pena de reversão ou retrocessão do bem ao poder público. Faz-se salutar esclarecermos

8 JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 260.

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

que a doação pura e simples somente pode ocorrer quando o donatário for outro órgão ou entidade da Administração (art. 17, I, b, Lei nº 8.666/93).

Ora, as doações de bens públicos pela Administração Pública, mormente quando o donatário é particular, devem ser acauteladas por instrumentos que viabilizem o retorno do bem ao patrimônio público se deixarem de existir as razões de interesse público que a justificavam, sendo certo que doação pura e simples somente pode ocorrer quando o donatário for outro órgão ou entidade da Administração (art. 17, inc. I, alínea b, da Lei n. 8666/93).

2.2 – Considerações sobre a Reestruturação do Programa de Incentivo ao Desenvolvimento Econômico de Formiga implementada pela Lei n. 5.176, de 10 de julho de 2017.

Dispõe a Lei Municipal n. 5.176/2017 que:

CAPÍTULO I

DA POLÍTICA DE INCENTIVOS

Art. 1º. O Programa de Incentivo ao Desenvolvimento Econômico de Formiga – PRÓ-FORMIGA terá como objetivo conceder incentivos a empresas industriais, agroindustriais, comerciais e prestadoras de serviço que venham se **instalar** ou **ampliar** suas atividades no Município de Formiga.

Art. 2º. Para implementação do Programa previsto no artigo primeiro, o Poder Executivo Municipal **poderá**:

I – **Criar Distrito Industrial, de Logística e de Serviços**, com a finalidade de promover a atração de investimentos no município, a ser implementado em área pública ou que vier a ser adquirida por desapropriação ou por outra forma legal, dotando o local de infraestrutura que compreenda o sistema viário, as redes de água, de esgoto e de energia elétrica;

II – **Adquirir**, por desapropriação ou por outra forma legal, **para doação, terreno** destinado ao funcionamento de empresas interessadas em instalar ou ampliar suas atividades no Município.

Parágrafo único. **Nos limites dos recursos alocados no orçamento e das disponibilidades financeiras**, o Poder Executivo Municipal poderá ainda:

I – Manter entendimento junto a instituições financeiras estaduais e federais, para **obtenção de crédito** para as empresas que vierem a se instalar em Formiga;

II – **Pleitear**, em conjunto com as empresas, a realização de **cursos especializados**, objetivando a qualificação de mão-de-obra [sic];

III – **Doar projetos de engenharia** destinados à implantação de **microempresas** em conformidade com a classificação adotada pela Receita Federal;

IV – **Incentivar** as **entidades empresariais representativas de classe** visando seu fortalecimento;

V – Dotar de **infraestrutura básica** os terrenos adquiridos e destinados à implantação ou ampliação de empresas.

CAPÍTULO II

Art. 3º. A doação de áreas situadas em distrito industrial ou outras que forem adquiridas também para doação a empresas, será precedida de **chamamento público** realizado segundo o disposto nesta lei.

§ 1º. Sociedades empresárias com no mínimo 01 (um) ano de existência que manifestem interesse de instalação em Formiga ou, **se já instaladas na cidade, manifestarem interesse de ampliação das atividades ou de transferência da atividade para o Distrito Industrial**, deverão encaminhar ao Prefeito Municipal requerimento fundamentado da pretensão do qual conste o seguinte:

I – Relatório ou memorial identificando e descrevendo o empreendimento a ser implantado no imóvel pretendido;

II – Indicação da área necessária ao empreendimento;

III – Cópia autenticada dos documentos e contratos relativos à sua constituição, bem como, dos documentos pessoais dos sócios;

IV – Cópia do Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica – CNPJ;

V – Certidão Negativa Conjunta de Débitos (CND) relativos a Tributos Federais e à Dívida Ativa da União e Seguridade Social-INSS, expedida pela Receita Federal do Brasil, com prazo de validade em vigência;

VI – Certidão de Regularidade referente ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS, com prazo de validade em vigência;

VII – Certidão Negativa de Tributos Mobiliários, relativos ao Município sede, com prazo de validade em vigência e, na hipótese da proponente não ser cadastrada como contribuinte no Município de Formiga, deverá apresentar também declaração firmada por seu representante legal ou procurador, sob as penas da lei, de que não está cadastrada e de que não se encontra em mora ou em débito junto à municipalidade;

VIII – Certidão negativa de débitos trabalhistas, quanto às obrigações estabelecidas em sentença condenatória transitada em julgado ou em acordos judiciais trabalhistas, inclusive no concernente aos recolhimentos previdenciários, a honorários, a custas, a emolumentos ou a recolhimentos determinados em Lei, ou decorrentes de execução de acordos firmados perante o Ministério Público do Trabalho ou Comissão de Conciliação Prévia, expedida pelo Poder Judiciário – Justiça do Trabalho, com prazo de validade em vigência;

§2º. Na descrição do empreendimento o proponente fará constar, de forma fundamentada, os seguintes aspectos a serem avaliados:

a) Quanto à geração de **empregos diretos** no empreendimento;

Número de empregos	Pontos
De 80 a 99	150
De 50 a 79	130
De 30 a 49	110
De 20 a 29	90
De 10 a 19	70
Até 09 empregos	50
Acima de 100 empregos	40

b) Quanto à destinação do imóvel:

Destinação	Pontos
Instalação de novo empreendimento, ampliação ou criação de filiais de empresas existentes no Município.	50
Transferência de empreendimento já estabelecido no Município para o Distrito Industrial por razões de natureza ambiental.	40
Transferência de empreendimento já estabelecido no Município, sem conotação ambiental	20

c) Quanto à situação financeira da empresa deverá apresentar demonstração contábil contendo o Índice de Liquidez Corrente:

Índice de Liquidez Corrente	Pontos
Igual ou superior a 1,35	100
De 1 a 1.34	70
Menor que 1	20

d) Quanto ao tempo de constituição da Sociedade Empresária proponente:

Tempo de Constituição	Pontos
De 1 a 2 anos	20
Mais de 2 anos e até 4 anos	30
Mais de 4 anos e até 6 anos	50
Mais de 6 anos e até 8 anos	70
Mais de 8 anos	100

Art. 4º. A avaliação dos projetos apresentados será efetuada pelo Conselho Municipal de Planejamento e Desenvolvimento Econômico (CODECON).

§1º. O CODECON atribuirá, segundo os critérios previstos nas alíneas do § 2º, do art. 3º, desta lei, pontos ao projeto apresentado.

§2º. O total mínimo de pontos para classificação, somados os pontos obtidos em cada uma das alíneas do § 2º, do art. 3º, desta lei é de 150 (cento e cinquenta) pontos.

§3º. O projeto que receber pontuação inferior a 150 (cento e cinquenta) pontos será desclassificado, sem direito a adequação.

CAPÍTULO III

Art.5º. Após atribuir pontos ao projeto, o Conselho Municipal de Planejamento e Desenvolvimento Econômico (CODECON) determinará a realização de **chamamento público** elaborando Edital por intermédio do qual tornará público o projeto, a avaliação respectiva e a individualização da área a ser doada. (...).

CAPÍTULO IV

Art. 13. Concluído o chamamento público, o resultado será homologado pelo Prefeito Municipal que encaminhará projeto de Lei ao Legislativo Municipal solicitando autorização para a formalização da doação.

Art. 14. Autorizada a doação pelo Legislativo Municipal, será lavrada escritura pública, **com as cláusulas e condições seguintes:**

I – O donatário terá até 90 (noventa) dias de prazo, contados da publicação da lei que autorizar a doação, para providenciar a lavratura da escritura de doação do terreno e proceder ao seu registro no Cartório de Registro de Imóveis competente, apresentando o documento junto ao setor de cadastro imobiliário da Secretaria Municipal de Planejamento, Coordenação e Regulação Urbana.

II – O donatário fica obrigado a protocolizar, perante a Secretaria Municipal competente para o licenciamento, projeto de construção do empreendimento no prazo de 6 (seis) meses contados da data do registro da escritura pública de doação da área, prorrogáveis por igual período, por decisão fundamentada do Secretário Municipal de Desenvolvimento Econômico.

III – O donatário fica obrigado a iniciar a construção das instalações do empreendimento no prazo máximo de 30 (trinta) dias contados da data de expedição do alvará que licenciar a construção, devendo concluir a construção no prazo de 1 (um) ano contado da data de início das obras, podendo este prazo ser prorrogado por decisão fundamentada do Secretário Municipal de Desenvolvimento Econômico.

IV – O donatário fica obrigado a manter, permanentemente, a destinação do imóvel no desenvolvimento da atividade econômica inicialmente prevista, salvo na hipótese de alteração previamente autorizada pelo Poder Público Municipal;

V – Reversão da doação e consequente retomada do bem pelo Município, acrescido das benfeitorias, na hipótese de extinção da empresa ou sociedade, de cessação das atividades instaladas, bem como em decorrência do descumprimento, pelo donatário, de qualquer das condições estabelecidas nesta Lei;

VI – Impossibilidade de oneração, hipotecária ou outra, do imóvel doado, em garantia de financiamento para edificação, instalação ou quaisquer outras finalidades, sob pena de incidência da cláusula de reversão.

§1º. No caso de reversão da doação com reincorporação do imóvel ao patrimônio municipal, nas hipóteses previstas nesta lei, a empresa inadimplente não terá direito a qualquer indenização ou retenção das benfeitorias realizadas.

§2º. No caso de alienação do imóvel a terceira pessoa ou de sucessão comercial, os sucessores ficarão sujeitos às condições previstas neste artigo.

§3º. As despesas notariais com escritura e registro serão de responsabilidade dos donatários

§ 4º. O descumprimento de quaisquer das condições previstas nesta Lei pelo donatário implicará, **além da reversão da propriedade doada sem indenização ou direito de retenção por benfeitorias**, na incidência de multa consistente no pagamento de soma em dinheiro no montante equivalente a 10 (dez) Unidades Fiscal da Prefeitura Municipal de Formiga (UFPMF) por mês, contados da data da decisão administrativa que impuser a reversão da doação, até a devolução efetiva da área limitada a multa ao período equivalente a 24 (vinte e quatro) meses. (...).

CAPÍTULO V

Art. 15. Será considerado inexigível o chamamento público por inviabilidade de competição quando a sociedade empresária requerente estiver pleiteando a ampliação de suas atividades e isto, comprovadamente, somente se afigure possível se abranger área disponível e contígua ao local onde estiver instalada.

Parágrafo único. A doação, nesta hipótese, depende da apresentação de projeto com os requisitos previstos no art. 3º desta lei, sendo desclassificado o projeto que, na avaliação do CODECON, receber pontuação inferior a 150 (cento e cinquenta) pontos.

CAPÍTULO VI

Art. 16. Fica **reestruturado** o CONSELHO DE [sic] MUNICIPAL DE PLANEJAMENTO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (CODECON), órgão deliberativo, consultivo e de assessoramento ao Poder Executivo, nas questões relativas à política de apoio, incentivo e desenvolvimento econômico do Município de Formiga.

Parágrafo único. O CODECON fica vinculado à estrutura da Secretaria Municipal de Desenvolvimento Econômico ou da que vier a sucedê-la.

Art. 17. Compete ao CODECON: (...)

V – instaurar os procedimentos de doações de terrenos procedendo ao chamamento público nos termos desta Lei e Legislação complementar que for editada, bem como instaurar e acompanhar os processos de reversão; (...).

CAPÍTULO VII

DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 20. Não será concedida mais de uma doação a uma única empresa, salvo nos casos estritamente necessários à sua expansão.

Art. 21. O Poder Público Municipal procederá, mediante autorização legislativa específica, à doação definitiva do imóvel ao destinatário extinguindo-se a cláusula de reversão quando, cumulativamente, for constatado, pelo CODECON:

I – A execução física do projeto pelo empreendedor beneficiário da doação;

II – A geração do número de empregos prevista no projeto;

III – A consolidação do empreendimento pelo transcurso de 10 (dez) anos de operação das atividades empresariais, contados do início efetivo das atividades e;

IV – A construção de benfeitorias que excedam, no mínimo, ao dobro do valor de mercado do terreno.

2.2.1 – As disposições gerais da Lei n. 5.176/2017 tem escopo de aplicação restrito às doações celebradas a partir de sua vigência.

Como é possível perceber, a Lei n. 5.176/2017 determina um procedimento específico para as doações celebradas pelo Município de Formiga em razão da reestruturação do Programa de Incentivo ao Desenvolvimento Econômico: os potenciais beneficiários devem apresentar a documentação pertinente em sede de chamamento público, a fim de que seja devidamente avaliada e pontuada pelo órgão de assessoramento do Poder Executivo local (Conselho Municipal de Planejamento e Desenvolvimento Econômico – CODECON).

Nesse sentido, as sociedades empresárias que manifestarem interesse de instalação ou de ampliação das atividades ou ainda de transferência da atividade para o Distrito Industrial da cidade devem encaminhar o requerimento da pretensão instruído com a documentação de habilitação jurídica, regularidade fiscal e trabalhista (art. 3º, § 1º da Lei n. 5.176/2017), além de apresentar, de forma fundamentada, os empregos diretos gerados pelo empreendimento, a destinação que será dada ao imóvel doado e a higidez econômica da sociedade, comprovada por meio da demonstração contábil contendo o índice de liquidez corrente e o tempo de constituição da proponente (art. 3º, § 2º da Lei n. 5.176/2017). O total mínimo de pontos para classificação é de 150 (cento e cinquenta) pontos, na forma do artigo 3º, § 2º, da Lei n. 5.176/2017.

A legislação anterior – Lei Municipal n. 3.788, de 10 de abril de 2006 – que dispunha sobre o Programa de Incentivo ao Desenvolvimento Econômico de Formiga (PRÓ-GERAIS), não determinou nenhum procedimento específico tal como vigora atualmente, limitando-se a preceituar que:

Art. 3º. A empresa interessada, através de seus sócios, deverá apresentar **projeto**, contendo, no mínimo, o seguinte:

I – cópia autenticada dos documentos e contratos relativos à sua constituição, bem como, dos documentos pessoais dos sócios;

II – projeto técnico de construção, ou de ampliação, com o cronograma de execução físico-financeira;

III – plano das atividades e serviços que serão implementados na área construída ou ampliada, bem como a previsão de faturamento anual e o projeto de viabilidade econômico-financeira do empreendimento;

IV – número de empregos que serão gerados no Município, observado o mínimo previsto em regulamento;

V – laudo de impacto ambiental, nos termos da lei. (Destaque nosso).

Assim, lançando mão do método sistemático¹⁰ de interpretação, resta-nos concluir que as disposições gerais da Lei Municipal n. 5.176/2017 **não** podem ser aplicadas aos fatos ocorridos antes de sua vigência.

10 Quanto aos meios, a interpretação pode ser gramatical, lógica, histórica e **sistemática**. (...). Na quarta, finalmente, o intérprete compara a lei com a anterior, que regulava a mesma matéria, confronta-a com outros textos, de sorte a harmonizá-la com o sistema jurídico em vigor. O intérprete não deve olvidar-se de que um diploma legal não é simples aglomerado de textos, mas uma unidade lógica, um todo harmonioso, em que presumidamente não existem incoerências nem contradições. MONTEIRO, Washington de Barros. **Da interpretação das leis**. Periódicos da Universidade de São Paulo (USP). Disponível em: <http://www.periodicos.usp.br/rfdusp/article/download/66399/69009/>. Acesso em 24 de outubro de 2018.

Ora, as disposições gerais integram o texto legal e normalmente se consubstanciam em medidas para implementação das normas de conteúdo substantivo. Bem por isso, estão umbilicalmente relacionadas e dependem diretamente da parte normativa que veicula a matéria regulada propriamente dita.

Nesse contexto, é certo que a “mens legis” (definição exegética do sentido que resulta objetivamente do texto da lei) é no sentido de robustecer os critérios de doação de imóveis na municipalidade. Assim, cabe ao intérprete equacionar essas premissas para alcançar, com precisão, a hermenêutica apropriada.

Ademais, extrai-se do artigo 114 do CC/02 que os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente. A doação, como já registrado anteriormente, é uma espécie de negócio jurídico benéfico e portanto deve ser interpretada estritamente. Com maior razão, deve-se interpretar estritamente as doações feitas pela Administração Pública.

2.2.2 – Inadmissibilidade de exclusão da cláusula de reversão.

Por ocasião da expedição da Nota Jurídica n. 20/2017 este Centro de Apoio Operacional verticalizou a análise sobre doação de imóveis públicos pela Administração Pública a particulares concluindo que **não se permite doação de imóveis públicos para particulares sem a previsão de encargos de interesse público a serem cumpridos pelo donatário**, sob pena de reversão ou retrocessão do bem ao poder público.

Nesse contexto, a disposição do artigo 21 da Lei Municipal n. 5.176/2017 não pode ser admitida para quaisquer doações, sejam aquelas celebradas antes ou durante sua vigência. A cláusula de reversão do bem público doado não pode ser extinta, sob pena de ofender, ainda que reflexamente, as disposições da legislação federal, incorrendo em crise de legalidade.

A doação de bens públicos imóveis é regulada pelo art. 17, da Lei 8.666/1993, que a permite se cumpridas algumas formalidades: interesse público devidamente justificado, avaliação do imóvel, autorização legislativa, licitação na modalidade concorrência e doação modal (com encargos ou obrigações) e condicional resolutive (com cláusula de reversão). A Lei restringe a dispensa de licitação para a doação a casos de interesse social. Qualquer doação de bem público pressupõe interesse público, a regra legal impõe à Administração que verifique se a doação consiste na melhor opção. Utiliza-se a doação de bens públicos sempre que o interesse público puder indicar ser essa a modalidade de transferência da propriedade mais vantajosa que alguma outra, o que muitas vezes se torna dificultoso, mas não deixa de ser frequente, como no caso de doação de lotes públicos a particulares, pessoas físicas ou jurídicas, em distritos industriais, com encargos de edificação e funcionamento de indústrias, mesmo que tributariamente incentivados, tudo visando oferecer empregos à população local, desenvolvimento da atividade econômica e, ao longo do tempo, propiciar aumento da arrecadação tributária. **É regra pacificamente adotada a de que não pode haver doação de imóveis públicos sem a previsão de encargos de interesse público a serem cumpridos pelo donatário com prazo determinado em lei, sob pena de reversão ou retrocessão do bem ao poder público.** Faz-se salutar esclarecermos que a doação pura e simples somente pode ocorrer quando o donatário for outro órgão ou entidade da Administração (Art. 17, I, b, Lei nº. 8.666/93).¹¹

A doação pura é aquela em que o doador não antepõe nenhum encargo entre o bem doado e sua percepção pelo donatário. Já a doação modal, ou com encargo, é aquela em que, ao aceitar a doação, o donatário assume o ônus de executar uma prestação ou realizar uma atividade determinada que, uma vez descumprida, será sancionada com revogação da doação. O § 1.º do art. 17 da Lei 8.666/1993 determina que cessadas as razões que justificaram a sua doação, reverterão ao patrimônio da pessoa jurídica doadora, vedada a sua alienação pelo beneficiário. Tal norma não foi suspensa pelo STF no julgamento da ADIn 927. Esta ação apenas suspendeu a expressão “permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da administração pública, de qualquer esfera de governo”. **Dessa forma, a exigência de uma finalidade pública expressa e de cláusula de reversão em caso de**

descumprimento continua em vigor. Tal exigência decorre da própria disciplina da doação de bem público. Somente se pode admitir a doação de patrimônio da Administração Pública se houver um interesse público relevante a ser atendido com a referida “liberalidade”. Toda doação deve assegurar que o fim a que visava a Administração ao fazer uma doação continuará a ser cumprido. Não se pode admitir que o donatário de um bem público, a seu talante, decida cessar a atividade que foi considerada de interesse público após o recebimento da doação e não sofra qualquer consequência. O instrumento mais adequado para manter a finalidade pública que fundamentou a doação é a instituição da cláusula de reversão. Sem esta, o donatário poderia cessar a atividade de interesse público e, até mesmo, alienar o bem recebido da Administração. Com a instituição da cláusula de reversão, ocorre a vinculação do bem ao interesse público que justificou a doação, conforme lição de Di Pietro: “a doação é feita para que o donatário utilize o imóvel para fins de interesse público; se deixar de haver essa utilização, o bem volta para o patrimônio do doador... a ideia evidente é a de manter o bem vinculado ao fim de interesse público que justificou a doação. Se deixar de atender a esse objetivo, o bem volta ao patrimônio público.” Em decorrência do § 1.º do art. 17 da Lei 8.666/1993, toda doação feita pelo Estado deve conter um encargo de interesse público a ser cumprido pelo donatário, sob pena de reversão da doação. Tal encargo deve consistir, no mínimo, em uma destinação específica do bem. Dessa forma, podemos concluir que a Administração Pública não pode fazer doações puras; somente pode fazer doações modais.¹²

A conservação das cláusulas de reversão nos contratos de doação de bens públicos viabiliza a extinção do negócio jurídico por perda superveniente da sua eficácia, nas hipóteses de inexecução do encargo nos contratos de doação celebrados entre Administração Pública e particulares.

11 BOTELHO, Davi Ferreira. **Doação de Bens Imóveis e Bens Móveis pela Administração Pública**. Disponível em: <http://conaci.org.br/wp-content/uploads/2014/02/Davi-Ferreira-Botelho.pdf>. Acesso em 24 de outubro de 2018.

12 NAKAMURA, André Luiz dos Santos. **Doação de bens imóveis pela Administração Pública**. Revista dos Tribunais. v. 945/2014. Jul/2014. p. 1-34. Disponível em: <https://pt.slideshare.net/AndrNakamura4/doacao-de-bens-imoveis-pela-administracao-publica>. Acesso em 24 de outubro de 2018.

3) CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este Centro de Apoio Operacional já analisou os aspectos jurídicos referentes a doação de imóveis públicos pela Administração Pública a particulares por ocasião da Nota Jurídica n. 20/2017, quando se concluiu que **não** se permite doação de bens imóveis públicos para particulares sem a previsão de encargos de interesse público a serem cumpridos pelo donatário, sob pena de reversão ou retrocessão do bem ao poder público.

Buscou-se demonstrar, no decorrer desta Nota, que o interesse público nas doações celebradas pela Administração Pública não se trata de mero requisito, mas de verdadeiro pressuposto para sua prática. Com efeito, o interesse público é a pedra basilar do Regime Jurídico Administrativo, antecedente fundamental e finalidade última de tutela estatal que deve ser concretizado pela Administração Pública, inclusive nas decisões sobre doar certo bem componente do Erário. Assim, o sopesamento entre os benefícios sociais oriundos da doação e o ônus que dela decorre deve ser feito pelo agente público investido de legitimidade para a análise, observado o limite da legalidade que ladeia o mérito administrativo.

Conclui-se que **não** é possível extinguir, nos contratos de doação de bem imóvel público, a cláusula de reversão. Conforme delimitado, a conservação das cláusulas de reversão nos contratos de doação de bens públicos viabiliza a extinção do negócio jurídico por perda superveniente da sua eficácia, nas hipóteses de inexecução do encargo nos contratos de doação celebrados entre Administração Pública e particulares.

Ora, a doação de imóveis públicos somente pode se aperfeiçoar se implementada na forma de doação modal (com encargos), estabelecida sob a forma de condição resolutiva (instituição de cláusula de reversão), considerando que esses instrumentos (encargo e cláusula de reversão) são os mais adequados a manter a finalidade pública que justificou o ato de liberalidade. As doações de bens públicos pela Administração Pública, mormente quando o donatário é particular, devem ser acauteladas por instrumentos que viabilizem o retorno do bem ao patrimônio público se sucumbir as razões de interesse social que a justificavam, sendo certo que doação pura e simples somente

pode ocorrer quando o donatário for outro órgão ou entidade da Administração (art. 17, inc. I, alínea b, da Lei n. 8666/93).

Assim, é imprescindível que a Lei Municipal n. 5.176/2017 seja interpretada de modo sistemático e estritamente. As disposições gerais integram o texto legal e normalmente se consubstanciam em medidas para implementação das normas de conteúdo substantivo, estando umbilicalmente relacionadas e diretamente dependentes da parte normativa que veicula a matéria regulada propriamente dita. A “mens legis” (definição exegética do sentido que resulta objetivamente do texto da lei) é no sentido de robustecer os critérios de doação de imóveis na municipalidade.

Nesse contexto, a disposição do artigo 21 da Lei Municipal n. 5.176/2017 não pode ser admitida para quaisquer doações, sejam aquelas celebradas antes ou durante sua vigência. A cláusula de reversão do bem público doado não pode ser extinta, sob pena de ofender, ainda que reflexamente, as disposições da legislação federal, incorrendo em crise de legalidade.

São essas as conclusões deste Centro de Apoio Operacional, sem caráter vinculante e respeitada a independência funcional do Promotor Natural.

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

Registre-se e cumpra-se.

Belo Horizonte, 06 de fevereiro de 2019.

JOSÉ CARLOS FERNANDES JUNIOR

Promotor de Justiça

Coordenador do CAO – Patrimônio Público

Nota Técnica Conjunta CAO-PP/CAO-DH nº 04/2019

PAAF nº 0024.19.002131-1

Requerente: Procurador-Geral de Justiça
Adjunto Institucional

Ementa: Tragédia Socioambiental. Brumadinho. Rompimento da Barragem I da Mina do Córrego do Feijão. Das doações à Administração Pública: o Poder Público como donatário e as formalidades legais. Decreto Estadual nº. 47.611, de 23 de janeiro de 2019. Formalidades. Interpretação à luz do Princípio da Razoabilidade

1) RELATÓRIO

O presente expediente decorre de provocação do Douto Procurador-Geral de Justiça Adjunto Institucional, enquanto integrante da força-tarefa instituída pela Portaria PGJ nº 187, de 28 de janeiro de 2019, buscando o pronunciamento do CAO-PP e do CAO-DH acerca do recebimento pelo Instituto Médico Legal de materiais e insumos, imprescindíveis à prestação do serviço público essencial e específico advindo do desastre causado pelo rompimento da barragem da Minas do Córrego do Feijão, no município de Brumadinho, disponibilizados pela Empresa Vale.

Conforme esclarecido pelo Sr. Superintendente do IML, em decorrência do sinistro em questão foram apresentadas listas de recursos materiais à Vale (em anexo), que se disponibilizou custeá-los.

Ressalte-se que, infelizmente, em razão do funesto rompimento daquela barragem, centenas de corpos e segmentos de corpos aportaram e vão aportar por tempo ainda indeterminado no IML, demandando resposta urgente quanto à identificação dos mesmos. Alguns equipamentos já foram entregues ao setor e, consoante informou o Sr. Superintendente do IML, todos passarão pelo fluxo e procedimento padrão com preenchimento do respectivo controle de recebimento e termo de doação para que sejam integrados ao patrimônio da Polícia Civil do Estado de Minas Gerais.

Some-se a tudo isso a situação de penúria e carência do IML constatada há anos pela Promotoria de Justiça de Controle Externo da Capital, motivando inclusive a instauração dos Inquéritos Cíveis nº MPMG-0024.14.012.934-7 e nº. MPMG-0024.13.002.953-1.

Em síntese, é o relatório.

2) FUNDAMENTAÇÃO

2.1 – Breve exposição do contexto fático.

As tragédias socioambientais decorrentes dos processos de mineração, experimentadas especialmente a partir da segunda metade do século XX, têm sujeitado inúmeras pessoas a vivenciar uma amplitude de infortúnios descomunais que extrapola a ordem puramente material. A perda de vidas humanas, o aniquilamento da identidade coletiva, os prejuízos ao meio ambiente e o proeminente risco à saúde são algumas das várias repercussões pós-desastres que, a toda evidência, não deixa ninguém indiferente.

Entre os anos de 1957 e 1964, a American Exploration & Mining Co., subsidiária da canadense Placer Development Ltda., iniciou um projeto de exploração de processamento primário do cobre na ilha de Marinduque, nas Filipinas, fazendo operar a

mina Tapian até os idos de 1991. Ao longo de 10 anos, essa mina recebeu cerca de 16 mil toneladas de rejeitos. Em 24 de março de 1996, o plugue de concreto da barragem falhou catastróficamente e se rompeu, gerando a liberação de resíduos estimados entre 1,5 e 3 milhões de metros cúbicos nos rios Boac e Makulapnit, os quais foram considerados biologicamente mortos. O colapso do depósito de rejeitos isolou cerca de 3.500 habitantes do resto da ilha de Marinduque e muitos vilarejos foram isolados¹³.

Semelhantemente, é possível relembrar ao menos três ocorrências em terras mineiras nos últimos 19 anos – e, com elas, seus respectivos e assombrosos prejuízos sociais, ambientais, culturais e econômicos.

Em 29 de março de 2003, no município de Cataguases, em Minas Gerais, a barragem de um dos reservatórios da Indústria Cataguases de Papel Ltda. liberou cerca de 1 bilhão de litros de lixívia negra (também conhecido por “licor negro”, resíduo líquido proveniente do processo de cozimento da madeira para extração da celulose). O derramamento atingiu os rios Pomba e Paraíba do Sul, afetando a população da Zona da Mata mineira. A mancha tóxica liberada se expandiu rapidamente, afetando três estados e deixando cerca de 600 mil pessoas sem água potável¹⁴.

Em 10 de janeiro de 2007, também no município de Cataguases, uma barragem da mesma empresa rompeu e despejou aproximadamente 2 milhões de metros cúbicos de bauxita pela cidade e por outros municípios (Muriaé, Patrocínio de Muriaé, Laje de Muriaé e Itaperuna, no Rio de Janeiro). Mais de 6 mil moradores ficaram desalojados e, em Muriaé, a lama atingiu cerca de 1.200 casas¹⁵.

13 SANTOS, Rodrigo Salles. **Filipinas**: “catástrofe” ambiental, sociedade civil e coalização anti-mineral. Disponível em: https://fase.org.br/wp-content/uploads/2015/03/Filipinas_DIFERENTES-FORMAS-DE-DIZER-NAO.pdf. Acesso em 07 de fevereiro de 2019. p. 166 e ss.

14 Para mais informações, vide: <http://www.educacaopublica.rj.gov.br/biblioteca/meioambiente/0040.html>. Acesso em 06 de fevereiro de 2019.

15 De acordo com Centro de Tecnologia Mineral (CETEM), unidade de pesquisa do Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação (MCTI). Disponível em: <http://verbetes.cetem.gov.br/verbetes/ExibeVerbete.aspx?verid=107>. Acesso em 06 de fevereiro de 2019.

O maior desastre que se tem notícia na história da mineração brasileira, porém, ocorreu em novembro de 2015 com o rompimento da barragem de Fundão, situada no Complexo Industrial de Germano, no Município de Mariana, e de propriedade da Samarco, uma joint venture das mineradoras brasileira Vale e anglo-australiana BHP Billiton.

No dia 5 de novembro de 2015, por volta das 15h30, a estrutura da barragem do Fundão rompeu-se e ocasionou a imediata liberação de aproximadamente 40 milhões de metros cúbicos de rejeitos de minério de ferro e sílica, além de outros 16 milhões de metros cúbicos que continuaram escoando lentamente. O material liberado logo após o rompimento formou uma grande onda de lama, que além do desastre ambiental, dizimou 19 vidas.

O curso natural dos Córregos de Fundão e Santarém foram destruídos. Grande parte do distrito de Bento Rodrigues, localizado a 6 km da barragem de Santarém, foi soterrada, deixando mortos e desalojando inúmeras famílias. Várias localidades rurais próximas foram atingidas pela onda de rejeitos que, ao alcançar o rio do Carmo, afetou as comunidades de Paracatu de Baixo, Camargos, Águas Claras, Pedras, Ponte do Gama, Gesteira, além dos municípios mineiros de Barra Longa, Rio Doce e Santa Cruz do Escalvado. Estima-se que cerca de 643 quilômetros de rios e córregos foram cobertos pela lama, aproximadamente 1.469 hectares de vegetação destruída, 600 famílias desabrigada e 250 edificações destruídas em Bento Rodrigues.¹⁶

Como se percebe, a origem de tais tragédias está umbilicalmente relacionada ao modelo de “mega-mineração” implementado ao redor do mundo. O Brasil, país de dimensões continentais e rico em recursos naturais, cujo potencial tem sido explorado por séculos, é o segundo maior produtor de ferro¹⁷ do mundo, não obstante a ocorrência (reiterada) de desastres venham maculando esse status com lama e sangue.

16 Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/575851-infografico-tragedia-de-mariana-entenda-os-impactos-ambientais-causados-pelo-desastre>. Acesso em 06 de fevereiro de 2019.

17 De acordo com a U. S. Geological Survey e a UNCTAD (Conferência das Nações Unidas para o Comércio e o Desenvolvimento). Dados veiculados pela Instituto Brasileiro de Mineração – IBRAM. Disponível em: <http://www.ibram.org.br/sites/1300/1382/00004035.pdf>. Acesso em 07 de fevereiro de 2019.

É sob essa ótica que se adentra ao contexto fático subjacente a esta Nota Técnica.

Em 25 de janeiro de 2019, a Barragem I da Mina do Córrego do Feijão, situada em um afluente do rio Paraopeba, na bacia do Rio São Francisco, rompeu-se desencadeando a liberação de cerca de 13 milhões de metros cúbicos de lama e rejeitos de minério de ferro em Brumadinho, região metropolitana da grande Belo Horizonte, arrasando parte do município e ceifado mais de uma centena de vidas.

A mina pertenceu a Ferteco Mineração S.A., incorporada pela Vale S.A. em 2001. Segundo esta mineradora, a barragem era a mais antiga da Mina Córrego Feijão, construída em 1976, classificada como uma estrutura de pequeno porte, com baixo risco de acidentes, mas alto potencial de danos¹⁸. Embora a barragem não recebesse material desde 2015, o volume armazenado era de 11,7 milhões de metros cúbicos. O licenciamento ambiental aparentava regularidade e a estabilidade^{19,20} estava

18 Segundo o cadastro nacional de barragens elaborado pela Agência Nacional de Águas (ANA) e com informações repassadas pela Agência Nacional de Mineração (ANM), autarquias vinculadas aos ministérios do Desenvolvimento Regional e o de Minas e Energia e Energia. O portal de notícias G1 publicou explicativa matéria a respeito da classificação do risco das barragens, que pode ser encontrada no seguinte endereço eletrônico: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2019/01/30/pais-tem-quase-200-barragens-de-mineracao-com-alto-potencial-de-dano.ghtml>. Importante lembrar que a Lei 12.334/10, que estabelece a Política Nacional de Segurança de Barragens destinadas à acumulação de água para quaisquer usos, à disposição final ou temporária de rejeitos e à acumulação de resíduos industriais, dispõe que o risco é calculado “em função das características técnicas, do estado de conservação do empreendimento e do atendimento ao Plano de Segurança da Barragem” (Art. 7º, § 1º). Já o dano potencial se refere ao “potencial de perdas de vidas humanas e dos impactos econômicos, sociais e ambientais decorrentes da ruptura da barragem” (Art. 7º, § 2º).

19 Embora a efetividade dessa “estabilidade” seja objeto de intenso debate. A propósito, vide: <https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2019/02/06/vale-ja-sabia-de-problemas-nos-sensores-da-barragem-de-brumadinho-dois-dias-antes-do-rompimento.ghtml>. Acesso em 07 de fevereiro de 2019.

20 Em entrevista ao portal EXAME, Júlio Grillo, superintendente do Ibama (Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis) afirmou “[O] Ibama é sempre voto vencido nas reuniões com a Vale. (...) A engenharia de barragens daqui é a pior que existe. Escolhem esse tipo de operação porque é a mais barata que tem. Não mudou nada desde Fundão, o que se tem são só cortinas de fumaça”. Entrevista disponível em: <https://exame.abril.com.br/brasil/ibama-minas-gerais-responde-por-25-do-rompimento->

garantida por laudo técnico elaborado em agosto de 2018. De acordo com a Vale²¹, a barragem possuía Declarações de Condição de Estabilidade emitidas pela empresa TUV SUD do Brasil, empresa internacional especializada em Geotecnia.

Com o rompimento da Barragem I, as estruturas das Barragens IV e IV-A, da Mina do Córrego de Feijão, foram atingidas pelos rejeitos e transbordaram²², atingindo a área administrativa da empresa (havia no local cerca de 300 funcionários e colaboradores), bem como a zona residencial e uma pousada da cidade. Até a expedição desta Nota, o número de pessoas mortas chega a 150, dentre as quais 134 já foram identificadas. Permanecem desaparecidas 182 pessoas.

Ademais, em razão da vultosa quantidade de rejeitos e da velocidade com a qual foram liberados, grande parte da vegetação local foi destruída. Conforme nota divulgada pelo Instituto Estadual de Florestas (IEF), a área total ocupada pelos rejeitos é de 292,27 hectares (o que representa aproximadamente 2,9 milhões de metros quadrados). Desse total, a área da vegetação impactada representa 150,07 hectares²³.

de-barragens-no-mundo/. Acesso em 07 de fevereiro de 2019.

21 Informação disponível em: <http://www.vale.com/brasil/PT/investors/information-market/press-releases/Paginas/Vale-atualiza-informacoes-sobre-o-rompimento-da-barragem-de-Brumadinho.aspx>. Acesso em 07 de fevereiro de 2019.

22 Vide os infográficos elaborados pelo portal G1 disponíveis em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2019/01/28/mina-que-abriga-barragem-em-brumadinho-responde-por-2-da-producao-da-vale-veja-raio-x.ghtml>. Acesso em 07 de fevereiro de 2019.

23 Nota de Esclarecimento 12 – Desastre Barragem B1. IEF Mapeia Área de Vegetação Impactada pelos Rejeitos. Disponível em: <http://www.ief.mg.gov.br/noticias/1/2587-nota-de-esclarecimento-12-desastre-barragem-b1>. Acesso em 07 de fevereiro de 2019.

O deslocamento de várias forças-tarefas e ajudas humanitárias de diversas espécies foram dirigidas a Brumadinho. Instituições de outros estados da federação²⁴ e até mesmo de outros países²⁵ se mobilizaram.

Diante desse cenário lamentável, também o Ministério Público de Minas Gerais está empenhando todos os esforços no intuito de investigar as causas do desastre, bem como apurar responsabilidades e postular, perante o Poder Judiciário, as medidas primaciais e de reparação aos danos causados às pessoas atingidas e ao meio ambiente. Com efeito, dentre as providências adotadas até então, destacam-se:

1) Instauração de procedimentos de investigação:

- Procedimento Investigatório Criminal (PIC) **MPMG-0090.19.000013-4**, para fins de apuração da responsabilidade pelo rompimento da barragem Córrego do Feijão;

- Inquérito Civil **MPMG-0090.19.000012-6**, cujo objeto é o levantamento do número de vítimas e as possíveis providências para salvaguarda de seus respectivos direitos;

- Inquérito Civil **MPMG-0024.19.001433-2**, destinado a investigação das repercussões, decorrentes do rompimento da barragem de rejeitos, no âmbito dos Direitos Humanos;

- Inquérito Civil **MPMG-0090.19.000011-8**, deflagrado para apuração dos fatos que resultaram no rompimento da barragem de rejeitos minerários localizada na Mina Córrego do Feijão, bem como para identificação dos responsáveis pelo fato e providências cabíveis para salvaguarda dos recursos naturais e das vítimas, além da responsabilização do(s) administrador(es) do empreendimento.

2) Propositura de ações judiciais:

24 Corpo de Bombeiros Militar de Santa Catarina auxilia nas buscas em Brumadinho. Vide em: <https://portal.cbm.sc.gov.br/index.php/sala-de-imprensa/noticias/institucionais/3692-forca-tarefa-do-corpo-de-bombeiros-militar-de-santa-catarina-e-empregada-para-buscas-em-brumadinho>. Acesso em 07 de fevereiro de 2019.

25 O governo de Israel ofereceu ajuda para vítimas em Brumadinho: <https://veja.abril.com.br/brasil/israel-oferece-ajuda-para-vitimas-em-brumadinho/>. Acesso em 07 de fevereiro de 2019.

- Processo de autos n. **0001835-46.2019.8.13.0090** – Trata-se de ação tutela antecipada em caráter antecedente com pedido liminar em face da Vale S.A. para o bloqueio de R\$ 5 bilhões da mineradora, visando garantir a adoção de medidas emergenciais e a reparação de danos ambientais. A Justiça do Estado de Minas Gerais determinou o bloqueio de R\$ 4.308.034.614,37 (quatro bilhões, trezentos e oito milhões, trinta e quatro mil, seiscentos e quatorze reais, trinta e sete centavos) nas contas bancárias da requerida;

- Processo de autos n. **0001827-69.2019.8.13.0090** – O processo judicial tem por escopo garantir o abrigamento das famílias removidas pela Defesa Civil de suas moradias em imóveis, hotéis e pousadas, bem como o bloqueio de mais R\$ 5 bilhões da mineradora;

3) Atuação na seara extrajudicial, com a expedição de recomendações:

- Recomendação para que a Vale elaborasse um plano emergencial de localização, resgate e cuidado de animais atingidos pelo derramamento da lama;

- Recomendação para que a Vale incluía, dentre as providências a serem adotadas doravante, ações de contenção, recolhimento e neutralização dos resíduos gerados no acidente, bem como medidas para a recuperação das áreas impactadas e preservação do patrimônio cultural, histórico e turístico (atuação conjunta da Promotoria de Justiça de Defesa do Patrimônio Cultural de Brumadinho e da Coordenadoria Estadual das Promotorias de Defesa do Patrimônio Cultural e Turístico);

- Recomendação expedida à Vale e ao Instituto Estadual de Florestas (IEF) admoestando a proibição de pesca, monitoramento no Paraopeba e fornecimento de água para animais atingidos pela lama da Vale (Recomendação Cedef 03/2019).

Ocorre que é inegável que o momento requer especial atenção e engajamento de todos os setores da sociedade, inclusive do Poder Público, para que providências em apoio a Brumadinho sejam efetivadas o quanto antes. Nessa perspectiva, a doação de equipamentos à Administração Pública pode representar, neste momento de consternação, a porta para o cumprimento satisfatório dos serviços públicos em maior escala agora em diante demandados.

2.2 – Das doações à Administração Pública. O Poder Público como donatário e as formalidades legais.

Desde o rompimento da Barragem I da Mina do Córrego do Feijão, em Brumadinho, em 25 de janeiro deste ano, o Governo de Minas Gerais já despendeu a quantia de R\$ 13.447.891,50 (treze milhões, quatrocentos e quarenta e sete mil, oitocentos e noventa e um reais e cinquenta centavos)²⁶ com as operações de resgate de vítimas e localização de corpos. A devastação causada pelo rompimento da barragem, como se percebe, representa gravame execrável também aos cofres públicos, mormente se considerarmos a crise fiscal experimentada pelo Estado de Minas Gerais há alguns anos.

Nesse contexto, aporta-nos o crítico estado do Instituto de Criminalística e o Instituto Médico-Legal, unidades vinculadas à Superintendência de Polícia Técnico-Científica da Polícia Civil de Minas Gerais. É que, com a tragédia ocorrida em Brumadinho, as indigitadas unidades foram extremamente sobrecarregadas, em detrimento às graves deficiências na área de recursos humanos e materiais já vivenciadas.

De acordo com o Ofício PCMG/SPTC nº. 242/2019, expedido pela Polícia Civil do Estado de Minas Gerais, a Vale S.A. se disponibilizou a custear os recursos materiais indispensáveis, sem prejuízo de complementação futura, sendo que alguns equipamentos já foram entregues com o respectivo controle de recebimento. O expediente foi apresentado ao Ministério Público mineiro para ciência e manifestação, considerando, inclusive, o Decreto nº. 47.611, de 23 de janeiro de 2019, que regulamenta, em âmbito estadual, o recebimento de doação de bens móveis e serviços, sem ônus ou encargos, e o recebimento de bens em comodato pela Administração Pública direta, autárquica e fundacional do Poder Executivo.

Inicialmente, cumpre aduzir que a doação é o negócio jurídico animado pelo propósito de beneficência ou liberalidade por meio do qual uma das partes cede voluntariamente para outra bens ou vantagens de seu patrimônio. Trata-se

26 Dados colhidos do termo de audiência celebrada em 06 de fevereiro de 2019, perante a 6ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias de Belo Horizonte, juntada ao processo de autos do n. 5070709-36.2019.8.130024 sob o nº 61189100.

de um instituto típico do Direito Civil, a respeito do qual a doutrina classifica como negócio típico, nominado, benéfico, unilateral, gratuito e solene. Entre as possíveis espécies, tem-se: doação pura (simples ou sem encargo), doação a termo, doação contemplativa (ou meritória), doação com condição (condicional) e a doação com encargo (modal). Entre todas, para fins desta Nota, interessa-nos a doação sem encargo para a Administração Pública.

A doação simples é a modalidade de transferência voluntária em que o doador não recebe quaisquer vantagens econômicas. Como se pretende demonstrar, essa modalidade de doação é juridicamente viável quando o particular é o doador e o Poder Público é o donatário, sendo que, nesse caso, a doação pode ser ultimada com esteio regime de Direito Privado, em que pese incidir inevitáveis derivações irradiadas do Direito Público.

No que diz respeito as doações para a Administração Pública, importa lembrar que a Lei nº. 8.666/1993 estabelece regras para doações quando o Poder Público é o doador, mantendo-se silente sobre a hipótese em que o ente público é o donatário. Com efeito, quando a Administração Pública é a receptora das doações, sem quaisquer encargos, esta é lícita e livre ao poder público, não havendo a necessidade de procedimento seletivo, conforme pontifica o Procurador do Ministério Público de Contas de Goiás, Dr. Fabrício Motta:

No que nos interessa mais diretamente, a doação de bens e serviços voltados à preservação e melhora do espaço público deve obedecer às regras e princípios do direito público. A doação sem qualquer tipo de encargo ao poder público é livre. Desta forma, quando não há qualquer tipo de contraprestação que se reverta em vantagem (sobretudo econômica) para o doador ou terceiro não há necessidade de qualquer tipo de procedimento seletivo em razão da inviabilidade de competição.²⁷

Naturalmente que, em respeito aos princípios que norteiam a Administração Pública, dentre eles em destaque os da Moralidade, da Publicidade e da Impessoalidade, que se exige o regular registro desse liberalidade em favor do Poder Público.

27 Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-fev-09/interesse-publico-parceria-poder-publico-mesmo-custo-requer-cuidado-transparencia>. Acesso em 05 de fevereiro de 2019.

Nessa conjuntura, o Decreto Estadual nº. 47.611, de 23 de janeiro de 2019, regulamenta o recebimento de doação de bens móveis e serviços, sem ônus ou encargos, e o recebimento de bens em comodato pela Administração Pública Direta, Autárquica e Fundacional do Poder Executivo, dispondo a necessidade de procedimento próprio para registro da liberalidade. A propósito:

Decreto Estadual nº. 47.611/2019 – Art. 4º. Os interessados em doar bens ou serviços ou oferecer bens em comodato, nos termos deste decreto, **deverão encaminhar suas propostas à Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão – Seplag.**

Parágrafo único. As propostas recebidas diretamente por órgãos e entidades da Administração Pública estadual deverão ser encaminhadas para avaliação da Seplag.

Art. 5º As propostas de doação ou de comodato deverão conter, no mínimo, as seguintes informações ou documentos:

I – identificação e qualificação do subscritor da proposta;

II – descrição do bem ou serviço, com suas especificações, quantitativos, prazo de vigência ou execução, quando for o caso, e outras características necessárias à definição do objeto da doação ou comodato;

III – valor de mercado do bem ou serviço oferecido em doação ou comodato;

IV – nota fiscal ou documento que comprove a propriedade do bem e declaração de que em relação a ele não existem demandas administrativas ou judiciais;

V – declaração de qualificação técnica para prestação do serviço ofertado.

Parágrafo único. O proponente poderá indicar o programa, projeto ou ação a que se destina a proposta de doação ou comodato.

Art. 6º As propostas recebidas serão submetidas à apreciação e manifestação de interesse **dos órgãos e entidades da Administração Pública direta, autárquica e fundacional do Poder Executivo, observado o seguinte:**

I – relação da proposta com as atribuições institucionais do órgão ou entidade;

II – responsabilidade pela execução de programas, projetos ou ações a que a doação ou comodato se dirigem.

§ 1º Os órgãos ou entidades da Administração Pública direta, autárquica e fundacional do Poder Executivo deverão manifestar seu interesse à Seplag, no prazo de cinco dias úteis.

§ 2º Havendo necessidade de modificações das características ou especificações da proposta apresentada para adequá-las ao interesse da administração pública, o órgão ou entidade deverá apresentar as sugestões de ajustes e alterações necessárias para apreciação do proponente.

§ 3º Não sendo aceito ou não havendo manifestação expressa do proponente em relação aos ajustes e alterações propostas, a Seplag deliberará sobre a proposta, com posterior comunicação ao proponente acerca dos motivos da decisão.

Art. 7º Inexistindo interesse no recebimento da doação ou do comodato ofertado, a Seplag comunicará ao proponente os fundamentos da decisão final da Administração Pública.

Art. 8º Havendo interesse no recebimento da doação ou do comodato ofertado, a Seplag publicará comunicado no Diário Oficial do Estado, a fim de receber eventuais manifestações de outros interessados em doar bens e serviços similares, oferecer em comodato bens congêneres ou apresentar eventual impugnação a proposta apresentada, no prazo de cinco dias úteis.

§ 1º Não serão conhecidas as impugnações que não apresentarem fundamentos de fato e de direito que obstem o recebimento do bem ou serviço em doação ou comodato.

§ 2º Da decisão sobre a impugnação, caberá pedido de reconsideração no prazo de cinco dias úteis, contado da data de sua publicação no Diário Oficial do Estado.

Art. 9º Apresentadas, no prazo do comunicado a que se refere o art. 8º, outras propostas de doações e comodatos de bens e serviços similares, caberá a Seplag receber, avaliar e escolher, de forma objetiva e motivada, a proposta mais adequada aos interesses da Administração Pública.

§ 1º Em caso de interesse da Administração Pública, a Seplag poderá receber todos os bens e serviços ofertados em doação ou comodato.

§ 2º Não havendo condições de se definir, de forma objetiva, qual a proposta mais adequada, a sua escolha dar-se-á mediante **sorteio** a ser realizado em sessão pública previamente agendada com dois dias úteis de antecedência. (Negritamos).

Para mais, a norma local define o procedimento de Chamamento Público na forma da Seção III:

Decreto Estadual nº. 47.611/2019 – **Art. 10. A Seplag, de ofício ou mediante provocação de órgãos e entidades da Administração Pública direta, autárquica e fundacional do Poder Executivo, realizará chamamento público geral ou específico com o objetivo de incentivar a sociedade a contribuir para programas, projetos e ações de interesse público, ressalvada a hipótese prevista no art. 4º.**

Art. 11. O edital de chamamento público geral ou específico conterá, no mínimo:

I – a forma de recebimento das propostas;

II – os requisitos da proposta, observado os requisitos mínimos referidos no art. 5º;

III – as condições para participação e a exigência de apresentação de nota fiscal ou documento que comprove a propriedade do bem ou declaração de qualificação técnica para prestação dos serviços ofertados, quando for o caso;

IV – o procedimento para o recebimento das doações e bens em comodato;

V – outros documentos exigidos, de acordo com o caso concreto;

VI – as datas e os critérios de seleção e julgamento das propostas;

VII – as vedações;

VIII – anexo contendo a relação dos bens e serviços, com a indicação dos respectivos órgãos ou entidades interessados, quando for o caso;

IX – minuta de termo de doação ou de termo de comodato.

Art. 12. O edital de chamamento público será divulgado, na íntegra, em página do sítio eletrônico oficial da Seplag, facultada sua divulgação também

em página do sítio eletrônico oficial do órgão ou entidade interessada no recebimento das doações e bens em comodato.

Parágrafo único. Deverá ser publicado aviso de abertura do chamamento público geral ou específico no Diário Oficial do Estado, com a antecedência mínima de cinco dias úteis da data de recebimento das propostas, nos termos previstos no edital.

Art. 13. Atendidas as condições e os requisitos exigidos no edital, deverá ser iniciado processo eletrônico com os documentos apresentados, com posterior remessa para avaliação do órgão ou entidade interessada, que apresentará, em dois dias úteis, manifestação motivada quanto ao interesse no recebimento da doação ou do bem ofertado em comodato.

Parágrafo único. Havendo mais de um órgão ou entidade interessada e não havendo indicação, pelo proponente, do órgão ou entidade específica para o qual se dirige a proposta, caberá à Seplag decidir.

Art. 14. As propostas serão analisadas e julgadas em sessão pública por uma comissão previamente designada pela Seplag.

§ 1º Havendo necessidade de análise técnica das propostas, a sessão poderá ser suspensa e retomada em prazo não superior a três dias úteis.

§ 2º Finda a sessão pública, a comissão elaborará ata relatando os atos praticados e justificando a escolha.

§ 3º Na hipótese de empate quando da avaliação das propostas, a escolha dar-se-á mediante sorteio a ser realizado em sessão pública previamente agendada com dois dias úteis de antecedência.

§ 4º O extrato da ata da sessão pública será publicado no Diário Oficial do Estado e sua íntegra disponibilizada em página do sítio eletrônico oficial da Seplag, facultada sua disponibilização também em página do sítio eletrônico oficial do órgão ou entidade interessada no recebimento das doações e de bens em comodato.

§ 5º As pessoas físicas, pessoas jurídicas privadas e os organismos internacionais que participaram do chamamento público terão cinco dias úteis para interpor recurso, que deverá ser direcionado à Seplag.

§ 6º Recebido o recurso, a Seplag terá cinco dias úteis para decidir, dando publicidade da decisão nos mesmos moldes previstos no § 4º.

Art. 15. A homologação do resultado do chamamento público e a autorização para o recebimento da doação ou do bem em comodato serão efetivadas por ato do Secretário de Estado de Planejamento e Gestão, procedendo-se a sua publicação no Diário Oficial do Estado. (Destques nossos).

Assim, as doações e comodatos deverão, doravante, ser formalizados por termo, ao qual serão anexados os documentos exigidos nos termos do Decreto e do Edital, cujo extrato deverá ser publicado no Diário Oficial do Estado, bem como ser disponibilizado, na íntegra, pelo órgão ou entidade beneficiada em seus respectivos sítios eletrônicos oficiais (artigo 19).

Interessante destacar, enfim, as vedações e conflito de interesse que impedem a admissão de propostas de doação:

Art. 20. Não serão admitidas propostas de doação ou de oferecimento de bens em comodato nas seguintes hipóteses:

I – quando apresentadas por pessoas físicas condenadas por ato de improbidade administrativa, por crime contra a fé pública ou contra a Administração Pública;

II – quando apresentadas por pessoas jurídicas declaradas inidôneas, suspensas ou impedidas de licitar e contratar com a administração pública, condenadas por ato de improbidade administrativa ou condenadas em processo de apuração de responsabilidade pela prática de atos lesivos contra a administração pública, nos termos da Lei Federal nº 12.846, de 1º de agosto de 2013;

III – quando caracterizado conflito de interesses;

IV – quando o recebimento gerar obrigação futura de contratação para fornecimento de bens, insumos e peças de marca exclusiva, e de serviços por inexigibilidade de licitação;

V – quando o recebimento do bem ou serviço, pela específica situação em que se encontra, gerar despesas extraordinárias, presentes ou futuras, que tornem antieconômico o ajuste.

§ 1º No caso de doação de serviços que exijam ou somente possam ser aproveitados mediante o desenvolvimento de sistema eletrônico, este deverá estar incluído na doação.

§ 2º Na hipótese de doação de “software”, deverá estar incluído na doação o respectivo código fonte.

No atual quadro juspolítico contemporâneo, é louvável a iniciativa do Chefe do Poder Executivo Estadual Mineiro em conferir à temática regulamentação normativa, em homenagem aos princípios inspiradores da Administração Pública, na forma do artigo 37, caput, da Constituição da República de 1988. Sem embargo, no que pertine às doações promovidas nos últimos dias pela Vale S.A. ao Instituto de Criminalística e o Instituto Médico-Legal (unidades vinculadas à Superintendência de Polícia Técnico-Científica da Polícia Civil de Minas Gerais), por força do famigerado rompimento de barragem ocorrido em Brumadinho, é imperioso que se analise a legitimidade das doações à luz do Princípio da Razoabilidade, conforme passa-se a expor.

2.3 – Da análise do caso à luz do Princípio da Razoabilidade.

O Postulado da Razoabilidade é um conceito jurídico indeterminado, cujo núcleo axiológico, não obstante variável no tempo e no espaço, baseia-se nos critérios de justiça, prudência e bom senso regidos pela razão humana. Na seara do Direito Administrativo, a Razoabilidade é empregada como método para balizar o exercício da competência discricionária na Administração Pública.

Conquanto não se encontre expressamente previsto sob essa epígrafe na Constituição da República de 1988, a doutrina brasileira é cônsona quanto à força normativa desse princípio, que pode ser contemplado implicitamente nas entrelinhas do sistema constitucional pátrio.

De modo geral, a razoabilidade é a magnitude principiológica que determina o agir moderado e sensato, inspirado por critérios oriundos do senso

comum, contrapondo-se à arbitrariedade. De acordo com Willis Santiago Guerra Filho²⁸, a razoabilidade tem função negativa, significando a máxima de “não ultrapassar o limite do juridicamente aceitável”. Celso Antônio Bandeira de Mello comunga do mesmo entendimento, afirmando que:

Enuncia-se com este princípio que a Administração, ao atuar no exercício de discricção, terá de obedecer a **critérios aceitáveis do ponto de vista racional**, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitadas das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida. Vale dizer: pretende-se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas e, portanto, jurisdicionalmente invalidáveis, as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discricção manejada²⁹. (Negrito nosso).

Segundo o eminente jurista e professor Humberto Ávila, a razoabilidade é uma máxima plurívoca, destacando-se, em sentido técnico-jurídico, três acepções principais:

Primeiro, a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto, quer mostrando sob qual perspectiva a norma deve ser aplicada, quer indicando em quais hipóteses o caso individual, em virtude de suas especificidades, deixa de se enquadrar na norma geral. Segundo, a razoabilidade é empregada como diretriz que exige a vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual elas fazem referência, seja reclamando a existência de um suporte empírico e adequado a qualquer ato jurídico, seja demandando uma relação congruente entre a medida adotada e o fim que ela pretende atingir. Terceiro, a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação de equivalência entre duas grandezas.³⁰

28 GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001, p. 69.

29 MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 108.

30 ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 103.

Nessa esteira, a razoabilidade como dever de equidade provoca duas interferências, quais sejam: (i) a presunção de que as particularidades do caso concreto se enquadram nos padrões de normalidade; e (ii) se tais particularidades se revelam extraordinárias, o aspecto individual suplanta a previsão legal genérica. Em outras palavras, o dever de equidade determina o ajustamento do direito abstratamente concebido ao caso concreto.

Em primeiro lugar, a razoabilidade impõe, na aplicação das normas jurídicas, a consideração daquilo que normalmente acontece. (...) A razoabilidade atua como instrumento para determinar que as circunstâncias de fato devem ser consideradas com a presunção de estarem dentro da normalidade. A razoabilidade atua na interpretação dos fatos descritos em regras jurídicas. A razoabilidade exige determinada interpretação como meio de preservar a eficácia de princípios axiologicamente sobrejacentes. Interpretação diversa das circunstâncias de fato levaria à restrição de algum princípio constitucional, como o princípio do devido processo legal, nos casos analisados. Em segundo lugar, a razoabilidade exige a consideração do aspecto individual do caso nas hipóteses em que ele é sobremodo desconsiderado pela generalização legal. **Para determinados casos, em virtude de determinadas especificidades, a norma geral não pode ser aplicável por se tratar de caso anormal.** (...) Essas considerações levam à conclusão de que a razoabilidade serve de instrumento metodológico para dizer que a incidência da norma é condição necessária, mas não suficiente para sua aplicação. Para ser aplicável, o caso concreto deve adequar-se à generalização da norma geral. A razoabilidade atua na interpretação das regras gerais como decorrência do princípio da justiça (preâmbulo e o art. 3º da Constituição Federal).³¹ (Destacamos).

De outra sorte, a razoabilidade enquanto dever de congruência reclama a existência de um liame entre a norma jurídica e a realidade social subjacente, de modo que para sua esmerada interpretação é imprescindível a execução de um confronto com os parâmetros que lhes são extrínsecos. O mesmo autor explica que, como dever de congruência, a razoabilidade acarreta a necessária existência de vínculo entre a norma jurídica e o mundo ao qual ela faz referência:

31 *Idem*, p. 103; 105.

A razoabilidade como dever de harmonização do Direito com suas condições externas (dever de congruência) exige a relação das normas com suas condições externas de aplicação, quer demandando um suporte empírico existente para a adoção de uma medida, quer exigindo uma relação congruente entre o critério de diferenciação escolhido e a medida adotada.³² (Negrito nosso).

Por fim, a razoabilidade na qualidade de dever de equivalência demanda a justa simetria entre a providência a ser empregada e o fim que é pretendido. Para Ávila, o dever de equivalência designa a inafastável proporção entre a medida adotada e o critério que a dimensiona, sendo medida e critério, nessa relação, grandezas necessariamente vinculadas. O exemplo mais comum na literatura para essa tipologia é a dosimetria da pena em relação a culpabilidade do agente: o *quantum* da pena deve corresponder à culpa aferida.

Pois bem! A devastação causada pelo rompimento da barragem que ocorreu em Brumadinho, com a provocação de centenas de mortes, evento que impactou significativamente a demanda de serviço pelo Instituto de Criminalística e o Instituto Médico-Legal, é fator que autoriza a flexibilização do rigor técnico da norma estadual, com fundamento no Princípio da Razoabilidade, sob pena de retardo abismal na concretização das doações e efetivo emprego dos bens doados em prol da superação da calamidade pública que se instalou, agravando, ainda mais, a penúria dos que choram a perda de seus entes queridos.

3) CONCLUSÃO

Por todo exposto, sem caráter vinculante e respeitada a independência funcional do Promotor Natural, o Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Justiça de Defesa do Patrimônio Público (CAO-PP) e o Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Justiça de Defesa de Direitos Humanos e Apoio Comunitário (CAO-DH), concluem que a tragédia socioambiental ocorrida em Brumadinho descortina cenário suscetível de afastar, de modo pontual e excepcional, considerado o princípio da Razoabilidade, o formalismo

32 *Ibidem*, p. 110.

insculpido pelo Decreto Estadual nº. 47.611, de 23 de janeiro de 2019, de modo que as doações (desde que sem encargos/ônus) sejam ultimadas ao Poder Público sem a necessidade de instaurar, na forma dessa norma, o procedimento ali disciplinado.

Naturalmente que, a excepcionalidade vivenciada no momento não dispensa a regular documentação³³ das doações já implementadas pela Vale e que, por ventura, venham a se dar nos próximos dias, assegurando-se a transparência que se impõe, de modo que se permita o fluxo administrativo próprio para que os bens doados sejam regularmente incorporados ao patrimônio público estadual, inclusive com o ordinário acompanhamento dos órgãos de controle interno da administração pública.

Remeta-se cópia da presente nota técnica à Douta Procuradoria-Geral de Justiça Adjunta Institucional, à Promotoria de Justiça de Controle Externo da Atividade Policial de Belo Horizonte, bem como à Controladoria-Geral do Estado e à Chefia da Polícia Civil do Estado de Minas Gerais.

Registre-se e arquite-se.

Belo Horizonte, 07 de fevereiro de 2019.

JOSÉ CARLOS FERNANDES JUNIOR

Promotor de Justiça

Coordenador do CAO – Patrimônio Público

CLÁUDIA SPRANGER E SILVA LUIZ MOTTA

Promotora de Justiça

Coordenadora CAO - Direitos Humanos

33 a) identificação do agente/órgão público que solicitou a doação e do agente/órgão público que recebeu os bens, b) relação dos bens doados, c) declaração do doador de que cede voluntariamente tais bens ao Estado de Minas Gerais, sem qualquer encargo/ônus, d) comprovante de que o doador é o proprietário dos bens doados.

Nota Técnica nº 05/2019

PAAF nº 0024.18.021522-0

Requerente: 5ª Promotoria de Justiça da Comarca de Sete Lagoas.

Ementa: Breves considerações sobre contratos administrativos. Da técnica de formação de contratos e dos contratos de adesão. Contratos de adesão e a exegese do artigo 54, inciso I, alínea “a” da CR/88: a questão das cláusulas uniformes. Precedentes judiciais. Existência de margem de negociação de cláusulas dos contratos administrativos. Incidência da vedação

1) RELATÓRIO

Trata-se de consulta formulada pela 5ª Promotoria de Justiça da Comarca de Sete Lagoas, solicitando orientação deste Centro de Apoio Operacional acerca de suposta irregularidade na celebração de contrato de permissão para prestação de serviços de transporte público rodoviário de passageiros.

De acordo com as informações prestadas, o Ministério Público determinou a instauração do Inquérito Civil n. MPMG-0672.09.000228-4, tendo em vista a notícia de que o vereador Marcelo Pires Rodrigues, eleito no pleito de 2009, recebera no ano de 2002 permissão para explorar uma das linhas de transporte público alternativo, outorgada em razão da concorrência pública nº 001/2002. Após as diligências de praxe, expediu-se recomendação sugerindo a rescisão do contrato, em razão dos impedimentos constitucionais e legais afetos à matéria. Referida recomendação fora acatada,

havendo a rescisão unilateral do contrato, com fulcro no artigo 78, inciso XVII, da Lei nº 8.666/93, acarretando o arquivamento do feito.

Ainda conforme os autos do presente Procedimento de Apoio à Atividade Fim, em 20 de abril do ano de 2018, a Administração Pública Municipal reviu aquele ato rescisório e tornou a permitir que o aludido vereador voltasse a explorar a antiga linha de transporte alternativo, sob a alegação de que, nos termos do artigo 40 da Lei n. 8.987/95, tal contrato configuraria “contrato de adesão”, pelo que não incidiriam as vedações contidas nos textos constitucionais e na lei orgânica municipal.

Diante desse cenário, questiona o órgão de execução ministerial se os contratos firmados entre permissionários de transporte público coletivo são considerados, de fato, contratos de adesão e se sobre tais contratos incidiriam as vedações contidas no artigo 54, inciso I, alínea “a”, da Constituição Federal e no artigo 175, § 3º, da Constituição do Estado de Minas Gerais.

É, em síntese, o relatório.

2) FUNDAMENTAÇÃO

2.1 – Breves considerações sobre contratos administrativos. Da técnica de formação de contratos e do contrato de adesão.

Na concepção de Marçal Justen Filho³⁴ existe certa propensão à contratualização da atividade administrativa em virtude do alargamento e da expansão dos limites do conceito de Estado Democrático de Direito. Efetivamente, verifica-se

34 “A doutrina aponta uma tendência à contratualização da atividade administrativa como reflexo da ampliação dos limites do conceito de Estado Democrático de Direito. Como todo poder emana do povo, o exercício das competências públicas torna-se cada vez mais sujeito à negociação com a comunidade. Assiste-se a um fenômeno muito peculiar, consistente na organização da sociedade civil. (...). Os poderes públicos deixam de ser exercitados autoritariamente e a democracia manifesta-se como concordância das decisões públicas com os interesses concretos da comunidade. (...). Daí a crescente importância do instrumento contratual, que tende a substituir amplamente as figuras unilaterais.” (itálicos no original) JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 155.

como uma das tendências na Gestão Pública Contemporânea a crescente importância dos contratos que, paulatinamente, assumem caráter estratégico na consecução dos objetivos de interesse público.

Nesse contexto, cumpre-nos aduzir, inicialmente, que há uma importante dicotomia a ser lembrada. Trata-se da distinção entre contrato administrativo e contratos privados da Administração (ou, simplesmente, contrato da Administração).

A expressão Contratos da Administração, conforme pontifica Maria Sylvia Zanella di Pietro, “é utilizada, em sentido amplo, para abranger todos os contratos celebrados pela Administração Pública, seja sob o regime de direito público, seja sob o regime de direito privado”³⁵. Toca, portanto, a um gênero que compreende quaisquer contratos pactuados pela Administração Pública.

Com efeito, é importante dar nota de que ao Estado é permitido celebrar pactos que não lhe proporcionarão o gozo das prerrogativas de Poder Público, tais como os contratos de compra e venda e os contratos de locação. Por certo, haverá influências oriundas do Direito Público nesses negócios, conquanto predomine as normas de Direito Privado (a propósito, lembremo-nos que os contratos da administração, ainda que privados, devem respeitar as regras de licitação).

De outra sorte, alguns outros contratos, por constituírem forma de promoção direta do interesse público, legitimam o advento e a concretização de um conjunto de prerrogativas em favor do Estado contratante. Nesse aspecto, a maioria da doutrina tem sustentado que o Contrato Administrativo (em sentido estrito) é uma espécie de contrato da administração, dotado de caráter singular e exorbitante do direito comum, apto a atrair a disciplina jurídica diferenciada a essa categoria contratual.

Alexandre Mazza, sintetizando os conceitos conferidos pela doutrina clássica, dispõe que contrato administrativo é “**o ajuste estabelecido entre a Administração Pública, agindo nessa qualidade, e terceiros, ou somente entre entidades**

administrativas, submetido ao regime jurídico-administrativo para consecução dos objetivos de interesse público”³⁶.

Assim, os contratos administrativos são as manifestações de vontade entre, de um lado, o Poder Público e, de outro, uma ou mais pessoas, tendo em vista a celebração de um negócio jurídico cujo propósito maior é a efetivação de um fim coletivo. Para tanto, defere-se à Administração Pública atuar com todas as prerrogativas que derivam da Supremacia do Interesse Público sobre o Interesse Privado. Bem por isso, “aplicam-se ao contrato administrativo todas as considerações realizadas a propósito do ato administrativo, atinentes à vontade funcionalizada do exercente da atividade administrativa”³⁷.

Com efeito, dispõe o art. 54 da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, que:

Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

§ 1º Os contratos devem estabelecer com clareza e precisão as condições para sua execução, expressas em cláusulas que definam os direitos, obrigações e responsabilidades das partes, em conformidade com os termos da licitação e da proposta a que se vinculam. (...).

Assim, o Regime Jurídico aplicável aos contratos administrativos é diferenciado, uma vez que é regido, primacialmente, pelos preceitos de Direito Público, embora incidam, em caráter supletivo, as disposições do Direito Privado.

O regime jurídico dos contratos entre particulares é completamente diferente do regime jurídico dos contratos celebrados pela Administração Pública. Enquanto os particulares podem fazer tudo aquilo que a lei não proíbe, a Administração somente pode fazer aquilo que a lei determina. Os interesses privados são disponíveis,

35 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 260.

36 MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 425.

37 JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 435.

mas os interesses públicos são indisponíveis. Os particulares escolhem livremente seus contratantes, **mas a Administração não tem liberdade de escolha**. Os particulares negociam livremente os termos contratuais, **mas a Administração somente pode contratar nos termos da licitação que precedeu o contrato e com estrita observância dos termos e condições contratuais estabelecidos em lei**.³⁸ (Destques nossos).

De modo geral, no que tange às características e classificação dos contratos administrativos, a doutrina autorizada declara que os contratos administrativos são formais (como regra, devem ser escritos), personalíssimos (em regra, são celebrados *intuitu personae*, em virtude da necessária existência de “confiança recíproca” entre os contratantes), bilaterais (há obrigações para ambas as partes), comutativo (normalmente existe equivalência entre as obrigações das partes contratantes), mutáveis (afastando-se do preceito “*pacta sunt servada*”, a legislação autoriza a Administração Pública a modificar unilateralmente os contratos). Por fim, a **doutrina** considera que os contratos administrativos se enquadram na categoria dos denominados contratos de adesão, em razão do princípio da Supremacia do Interesse Público. Leon Frejda Szklarowsky explica que:

Os contratos públicos, entre os quais se destacam os celebrados com a Administração Pública, dadas as prerrogativas desta, que impõe as condições e cláusulas unilateralmente, caracterizam-se como verdadeiros contratos de adesão. Sílvio Rodrigues registra que, nesses contratos, a fase inicial de debates e transigência fica eliminada, pois que “uma das partes impõe à outra, como um todo, o instrumento inteiro do negócio que esta em geral não pode recusar”. Washington de Barros Monteiro, abeberando-se em Josserand, discursa, com real grandeza, que, nos contratos de adesão, não ocorre a liberdade de discussão das cláusulas, predominando apenas a igualdade jurídica. Uma das partes impõe a sua vontade à outra. Em seu magistério, sentencia que “há neles uma espécie de contrato-regulamento, previamente redigido por uma das partes, e que a outra aceita ou não; trata-se de um clichê contratual, segundo as normas de rigorosa standardização, elaborado em série” (...).³⁹

38 DALLARI, Adilson Abreu. **Contrato regido por Cláusulas Uniformes**. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/45738/47290>. Acesso em 13 de fevereiro de 2019.

39 SZKLAROWSKY, Leon Frejda. **Interpretação dos**

Para a Administração Pública, o termo de contrato é a formalização, a explicitação e a sistematização de algo já contido na licitação e na lei. Na prática, usualmente, os órgãos e entidades da Administração Pública, no momento da redação dos termos de contratos, com quaisquer contratantes, costumam valer-se de um modelo ou minuta padrão, uma fórmula preestabelecida, em síntese, um virtual “formulário” cujos claros são preenchidos com os dados específicos de cada contrato, com rigorosa observância daquilo que resultou da licitação. Nem os claros são preenchidos livremente. O mais importante, porém, é que os termos e condições do contrato administrativo são necessariamente aqueles determinados pela lei. Confira-se o disposto no Decreto-lei nº 2.300/86, cujo art. 45 já determina quais são as cláusulas necessárias a todos os contratos administrativos, e cujo art. 48 já descreve quais são as prerrogativas da Administração, as quais são imediatamente eficazes, independentemente de terem sido ou não referidas no instrumento de contrato.⁴⁰ (Negrito nosso).

A princípio, é imperioso gizar que o contrato de adesão **não** é tipo ou espécie contratual autônoma. Trata-se, efetivamente, de técnica de formação de contrato, aplicável a quaisquer categorias de contratos, desde que presentes as seguintes características: (i) predisposição das cláusulas (ii) unilateralidade e (iii) rigidez. Nos contratos de adesão o poder de negociação de uma das partes é consideravelmente relativizado. Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald⁴¹, citando Ana Prata, explicam que

O contrato de adesão [é] aquele cujo conteúdo clausular é unilateralmente definido por um dos contraentes que o apresenta à contraparte, não podendo esta discutir qualquer das suas cláusulas: ou aceita em bloco a proposta contratual que lhe é feita, ou a rejeita e prescinde da celebração do contrato.

contratos administrativos. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/543/r144-15.PDF?sequence=4>. Acesso em 13 de fevereiro de 2019.

40 DALLARI, Adilson Abreu. **Contrato regido por Cláusulas Uniformes**. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/45738/47290>. Acesso em 13 de fevereiro de 2019.

41 FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: contratos I**. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 103.

Examinando sob essa ótica, depreende-se o porquê da doutrina administrativista classificá-lo como contrato de adesão: considera-se, além da posição preponderante da Administração Pública, que todas as cláusulas contratuais são fixadas prévia e unilateralmente de modo a inexistir possibilidade para que o contratado negocie inovações. É dizer: o contrato administrativo armazena, em seu núcleo, cláusulas uniformes.

Vale ressaltar que esse é o posicionamento da doutrina. Nada obstante, é possível colher da jurisprudência considerações outras, mais cirúrgicas e verticalizadas, em maior grau consentâneas ao quadro juspolítico contemporâneo, como se verá mais adiante.

2.2 – Contratos de adesão e exegese do artigo 54, inciso I, alínea “a” da CR/88.

Todo comportamento humano prescrito ou proibido por uma norma jurídica somente assim o é em razão de um objetivo a ser alcançado ou de um valor a ser realizado. Dessa maneira, interpretar a lei não é simplesmente conhecer suas palavras, mas sim seu espírito.

Nessa perspectiva, a incompatibilidade negocial dos parlamentares é inculpada pelo artigo 54 da Constituição da República de 1988, que determina:

Art. 54. Os Deputados e Senadores não poderão:

I – desde a expedição do diploma:

a) **firmar ou manter contrato com pessoa jurídica de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviço público, salvo quando o contrato obedecer a cláusulas uniformes;**

b) aceitar ou exercer cargo, função ou emprego remunerado, inclusive os de que sejam demissíveis “ad nutum”, nas entidades constantes da alínea anterior;

II – desde a posse:

a) ser proprietários, controladores ou diretores de empresa que goze de favor decorrente de contrato com pessoa jurídica de direito público, ou nela exercer função remunerada;

b) ocupar cargo ou função de que sejam demissíveis “ad nutum”, nas entidades referidas no inciso I, “a”;

c) patrocinar causa em que seja interessada qualquer das entidades a que se refere o inciso I, “a”;

d) ser titulares de mais de um cargo ou mandato público eletivo. (Negrito nosso).

O impedimento de firmar ou manter contrato com pessoa jurídica de direito público, salvo quando o contrato obedecer a cláusulas uniformes, tem por finalidade inibir que o parlamentar seja, de alguma maneira, beneficiado com vantagens ou com condições distintas daquelas ordinariamente dirigidas a outras pessoas. Justamente por isso o constituinte incisivamente determinou:

Art. 27. O número de Deputados à Assembleia Legislativa corresponderá ao triplo da representação do Estado na Câmara dos Deputados e, atingido o número de trinta e seis, será acrescido de tantos quantos forem os Deputados Federais acima de doze.

§ 1º Será de quatro anos o mandato dos Deputados Estaduais, **aplicando-se-lhes as regras desta Constituição sobre sistema eleitoral, inviolabilidade, imunidades, remuneração, perda de mandato, licença, impedimentos e incorporação às Forças Armadas.** (Destacamos).

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

IX – proibições e incompatibilidades, no exercício da vereança, similares, no que couber, ao disposto nesta Constituição para os membros do Congresso Nacional e na Constituição do respectivo Estado para os membros da Assembleia Legislativa; (Renumerado do inciso VII, pela Emenda Constitucional nº 1, de 1992). (Destacamos).

Prevalece o entendimento de que a vedação tem fundamento na incompatibilidade lógica entre a típica função fiscalizadora desempenhada pelo Poder Legislativo e a concomitante condição de parte em contratos celebrados com a Administração Pública, sobre a qual recai reportada função de fiscalização.

Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: (...)

X – fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os **atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta.** (Grifo nosso).

Qual o significado de “cláusula uniforme”? **Uniforme é o conteúdo contratual que deixa pouquíssimo espaço à manifestação da autonomia privada negocial dos contratantes.** Assim, quando o indivíduo celebra contrato de financiamento dirigido à aquisição de moradia própria, o contrato que assina não difere em nada dos milhares de centenas de contratos subscritos por diversas outras pessoas. Vedar-se-ia, no caso, a parlamentar a celebração do mencionado contrato? É óbvio que não. O telos da norma constitucional se propõe a impedir que Deputado e Senador, prevalecendo-se de tal condição, direcionem o conteúdo do contrato para incorporar cláusulas que originem alguma espécie de benefício que, de ordinário, não é destinado aos demais contratantes.⁴² (Destaque nosso).

Pois bem!

Exatamente por serem admitidos pela doutrina como contrato de adesão, que há posições no sentido de que os contratos administrativos equivaleriam aos “contratos com cláusulas uniformes”, haja vista que suas disposições seriam predeterminadas e idênticas para quaisquer contratantes. Respeitosamente, não parece ser essa a logicidade hermenêutica do dispositivo.

Ora, se partimos da premissa de que todo contrato administrativo obedece a cláusulas uniformes, forçosamente seremos levados à conclusão de que qualquer parlamentar poderá celebrar, com a Administração Pública que ele

próprio deve fiscalizar, contrato administrativo para prestação de serviços ou fornecimento de bens, desde que precedido de licitação.

Contudo, é exatamente neste cerne que se mostra providencial a seguinte indagação: **tal conclusão não estaria a contrariar a inteligência que inspirou a vedação insculpida no artigo 54, I, da CR/88?**

Conquanto a redação do artigo 54, I, da CR/88 não seja tão zelosa em relação ao alcance do comando, mormente no que diz respeito à definição da expressão “cláusulas uniformes”, é imprescindível que a exegese conferida pelo intérprete não torne **infecunda** a razão de ser desse citado preceito constitucional, como se passa a expor.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina brilhantemente já enfrentou a celeuma, construindo uma das melhores reflexões já produzidas sobre a temática. Vejamos.

O Grupo de Câmaras de Direito Público do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em decisão uniformizadora e vinculante, proferida no Incidente de Assunção de Competência n. 0300316-12.2017.8.24.0256/50000, definiu a proibição de participação de empresa que tenha parlamentar como sócio em processo licitatório com a Administração Pública. De acordo com a Corte, existe uma margem negocial, ainda que limitada, entre o licitante e a administração pública, no preço e no prazo, nos contratos firmados em processos licitatórios. É a ementa do precedente:

INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA. RESTRIÇÃO AOS PARLAMENTARES EM CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. EXCEÇÃO PREVISTA NA PARTE FINAL DO ART. 54, I, 'A', DA CF/88. INTERPRETAÇÃO DA RESSALVA QUANTO AOS CONTRATOS QUE OBEDECEM A CLÁUSULAS UNIFORMES. EFETIVO DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL E DOUTRINÁRIO. NECESSÁRIA INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DOS BENS JURÍDICOS TUTELADOS NA ESPÉCIE. VEDAÇÃO DESTINADA A GARANTIR A INDEPENDÊNCIA DO PODER LEGISLATIVO E SALVAGUARDAR A MORALIDADE E A IMPESSOALIDADE NA ATUAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO. REGRA VOLTADA A IMPEDIR A POTENCIAL INFLUÊNCIA DO PARLAMENTAR EM CONTRATAÇÕES PÚBLICAS. EXCEÇÃO RESTRITA, PORTANTO, ÀS MODALIDADES CONTRATUAIS EM

42 SILVA NETO, Manoel Jorge. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 333.

QUE AUSENTE QUALQUER MARGEM NEGOCIAL NA DEFINIÇÃO DAS CLÁUSULAS. SUBMISSÃO A PRÉVIO PROCESSO LICITATÓRIO QUE, POR SI SÓ, NÃO SE ADÉQUA À HIPÓTESE.

Tese jurídica fixada:

I. Os contratos administrativos firmados em decorrência de processos licitatórios não obedecem, necessariamente, a “cláusulas uniformes”, identificadas na ressalva prevista no art. 54, I, alínea “a”, da Constituição Federal. A mera antecedência de licitação não se adequa à hipótese, ante a existência, ainda que limitada, de uma margem negocial entre os licitantes e a Administração, especialmente pela faculdade de questionar cláusulas e condições do instrumento convocatório (art. 41 da Lei 8.666/93), negociar o preço (art. 4º, XVII, da Lei 10.520/02), e postular a alteração bilateral do contrato (art. 65, II, da Lei n. 8.666/93).

II. A vedação destinada aos parlamentares excetua apenas os típicos contratos de adesão, assim compreendidos aqueles em que absolutamente todas as cláusulas – inclusive preço e prazo – são impostas unilateralmente por uma das partes, sem qualquer oferta ou manifestação de vontade do outro contraente, senão o puro aceite.

CASO CONCRETO. MANDADO DE SEGURANÇA CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE RECAUCHUTAGEM DE PNEUS AO MUNICÍPIO DE SERRA ALTA. LICITAÇÃO. PREGÃO PRESENCIAL. QUADRO SOCIETÁRIO DA VENCEDORA INTEGRADO POR PARLAMENTAR FEDERAL. CONTRATO ESPECÍFICO QUE NÃO OBEDECE A CLÁUSULAS UNIFORMES. EXISTÊNCIA DE MARGEM NEGOCIAL, EMBORA LIMITADA, QUE ATRAI A VEDAÇÃO PREVISTA NO ART. 54, I, ‘A’, DA CF/88. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE NO ATO ADMINISTRATIVO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. ORDEM DENEGADA. (Destacamos).

A propósito, são estas as congruentes ponderações exaradas no voto do insigne Desembargador Relator:

Destarte, existe uma margem negocial, ainda que limitada, entre os licitantes e a Administração, nos contratos firmados a partir de prévio processo licitatório, inclusive na modalidade de pregão.

Ao menos três elementos sufragam esta percepção: as faculdades conferidas ao licitante de questionar cláusulas e condições do instrumento convocatório (art. 41 da Lei 8.666/93), negociar o preço (art. 4º, XVII, da Lei 10.520/02), e postular a alteração bilateral do contrato (art. 65, II, da Lei n. 8.666/93).

Em todos estes momentos, a participação de um parlamentar revela um inafastável potencial de influência decorrente dos predicados inerentes ao exercício do mandato – exatamente a circunstância que a Constituição Federal pretende impedir.

No tocante à faculdade de questionar cláusulas e condições do edital e da própria minuta do contrato objeto do certame (art. 41 da Lei 8.666/93), presente, de plano, o potencial conflito de interesses em relação ao dever de fiscalização do Poder Legislativo. Havendo interesse do parlamentar na contratação, a sua leitura do instrumento convocatório não será isenta, pautada única e exclusivamente pelos desígnios do interesse público, mas restará inafastavelmente afetada pelo interesse particular na contratação.

Quanto à faculdade de estipular o preço – e, no caso do pregão presencial, negociá-lo diretamente com o pregoeiro –, igualmente presente o caráter negocial no ajuste. A prerrogativa de atribuição do preço é efetivamente do licitante. Ainda que a Administração trace algum parâmetro máximo de valor ao objeto licitado, é o particular, na sua proposta, que efetiva a determinação do preço e conseqüentemente do parâmetro econômico-financeiro do contrato administrativo.

No que diz respeito, enfim, à possibilidade de alteração bilateral do contrato (art. 65, II, da Lei n. 8.666/93), o ambiente negocial é incontestado. Para muitos, é justamente na possibilidade de celebração de aditivos onde reside, em maior grau, a abertura à influência parlamentar.

A Lei de Licitações admite que o contrato administrativo seja modificado, no decorrer de sua execução, por ajuste entre o contratado e a Administração, especialmente para manter o equilíbrio econômico-financeiro ou ajustar a forma de prestação, prazo, condições específicas de cumprimento da avença.

A abertura negocial, obviamente, não é ampla e irrestrita. A lei traça situações de cabimento e limites quantitativos e qualitativos para os aditivos. Todavia, a generalidade e vagueza dos requisitos legais, em comparação com as demais normas atinentes à licitação e aos contratos

administrativos, confere ao instituto uma maior maleabilidade e dinamicidade, com maior ingerência do contratado.

Aliás, a prática demonstra que o rigor para a celebração de aditivos é consideravelmente menor em relação à pactuação inicial e normalmente intentada pelo próprio particular, como assevera Guilherme Jardim Jurksaitis:

“Não obstante a Administração ter a prerrogativa de impor unilateralmente mudanças contratuais, respeitando o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro, a experiência prática demonstra uma realidade mais complexa, em que as mudanças contratuais são amplamente discutidas entre as partes antes de serem implantadas. E **nem sempre é a Administração Pública quem provoca o particular para firmar um aditivo**. Pode acontecer de o particular solicitar mudanças na relação contratual original, a fim de ajustar seus deveres em face de eventos não previstos no momento da assinatura do contrato ou de meras expectativas que não se concretizaram, resultando na necessidade de incluir, suprimir ou adequar obrigações. **Nessas hipóteses, frequentemente o particular é o autor da minuta de aditivo e dos estudos que o embasam. E a Administração apenas decide aproveitá-los, ou não.**” (‘Uma proposta para melhorar os aditamentos a contratos públicos’, em *Contratos Públicos e Direito Administrativo*. Org. Carlos Ari Sunfeld. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 285).

Neste cenário, é inequívoco o potencial de influência do parlamentar na celebração de aditivo contratual, a atrair a vedação contida no dispositivo em debate.

Portanto, verificado que a Lei de Licitações admite uma margem negocial, ainda que limitada, entre o licitante e a Administração, reputo faltar ao contrato administrativo dela decorrente, em regra, o caráter adesionista próprio dos instrumentos com cláusulas uniformes, objeto da ressalva constitucional prevista no art. 54, I, “a”, da CF.

Interpretação contrária importaria conferir maior amplitude à exceção do que à própria regra. Afinal, a realização de processo licitatório é a diretriz na contratação pública. Conceber que a pura submissão às regras de uma licitação dote o contrato administrativo de cláusulas uniformes restringiria o impedimento parlamentar apenas às hipóteses de dispensa, inexibilidade e contratações complexas

ou atípicas. Assim, restringe-se indevidamente a eficácia normativa do mandamento constitucional. (negritamos).

O entendimento vai ao encontro daquele adotado pelo Tribunal Superior Eleitoral, em precedente de lavra do então Ministro Sepúlveda Pertence:

RO – Recurso Ordinário nº 556 – RIO BRANCO – AC

Acórdão nº 556 de 20/09/2002

Relator(a) Min. Sepúlveda Pertence

Publicação: PSESS – Publicado em Sessão

Data 20/09/2002

RJTSE – Revista de jurisprudência do TSE, Volume 14, Tomo 2, Página 93

Ementa: I – **Inelegibilidade (art. 1º, II, i, da LC 64/90): ressalva aos contratos que obedeçam às cláusulas uniformes: inaplicabilidade aos contratos administrativos formados mediante licitação.** II – Inelegibilidade: função de direção de empresa: desincompatibilização inexistente. III – Não basta à desincompatibilização da função de sócio-gerente de sociedade, de que resulte inelegibilidade, que nessa condição, o candidato haja outorgado a terceiro poderes de gerir a empresa por mandato revogável, a qualquer tempo, por ato seu. Recuso provido. (Destacamos).

Vale transcrever excerto do esclarecer voto do Ministro Relator:

Não obstante, a mim me parece que contrato por licitação e contrato de cláusulas uniformes – ao menos no sentido em que utilizado na Constituição (art. 54, I, a) ou na regra de inelegibilidade –, são conceitos que “*lurient de se trouver ensemble*”.

Contrato de cláusulas uniformes é o chamado contrato de adesão, que, na lição de Orlando Gomes (*Contratos*. 11a ed., p. 118), é aquele no qual ‘uma das partes tem de aceitar, em bloco, as cláusulas estabelecidas pela outra, aderindo a uma situação contratual que encontra definida em todos os

seus termos. O consentimento manifesta-se com a simples adesão no conteúdo preestabelecido da relação jurídica’.

Derivam eles, nota Darcy Bessone (Do Contrato. 1960, p.82), ‘da adesão, sem prévia discussão, a um bloco de cláusulas elaborado pela outra parte’.

Na licitação, é certo, a administração pública pré ordena no edital uma série de cláusulas, às quais, atendendo ao convite, o concorrente presta adesão prévia.

Ocorre que jamais poderão as cláusulas do edital esgotar o conteúdo total do contrato a celebrar, pois, do contrário, não teria objeto a licitação.

Veja-se, no ponto, o precioso testemunho doutrinário de Caio Mário (Instituições de Direito Civil. 6a, III), igual ao do invocado pelo recorrido, quando observa que, ‘no contrato de licitação, a oferta traz a convocação dos interessados para apresentar suas propostas, nas quais, obrigados embora a submeter-se a certas condições fixas, pormenorizam as suas proposições quanto ao preço, prazo, etc, ficando o anunciante com a liberdade de escolher aquela que seja de sua conveniência e até de não aceitar nenhuma’(f. 216).

O que se tem, portanto, é que, na formação do contrato administrativo, por licitações, suas cláusulas advêm, parcialmente, da oferta ao público substantivada no edital, que já contém estipulações prévias e unilateralmente fixadas, aos quais há de aderir o licitante para concorrer, mas, de outro lado, também daquelas resultantes da proposta do concorrente vitorioso, relativa aos pontos objeto do concurso, que, de sua vez, o Poder Público aceita ao adjudicar-lhe o contrato.

No contrato por licitação, por conseguinte, não há jamais o que é o caráter específico do contrato de adesão: provir a totalidade do seu conteúdo normativo da oferta unilateral de uma das partes a que simplesmente adere globalmente o aceitante: ao contrário, o momento culminante do aperfeiçoamento do contrato administrativo formado mediante licitação não é o de adesão do licitante às cláusulas pré-fixadas no edital, mas, sim o da aceitação pela Administração Pública de proposta selecionada como a melhor sobre as cláusulas abertas ao concurso de ofertas. (Negritamos).

Como visto, inconcebível o enquadramento do contrato administrativo precedido de licitação na ressalva inculpada no artigo 54, inciso I, alínea “a”, da Constituição da República, já que a toda evidência não deve **ser tomado como absoluta expressão unilateral da vontade da Administração Pública.**⁴³

Ora, as permissivas disponibilizadas ao licitante de questionar cláusulas e condições do instrumento convocatório, nos moldes previstos no art. 41 da Lei 8.666/93, bem como de pleitear posteriormente a alteração bilateral do contrato, com arrimo no

43 O contrato firmado entre a administração e o vencedor da modalidade de licitação denominada pregão, instituída pela Lei n. 10.520, de 17.7.2002, não é regido, necessariamente, por cláusulas uniformes. Tal conclusão sobressai dos próprios dispositivos dessa lei que, sobre a definição do objeto e do conteúdo do edital [...]. A lei prescreve que a definição do objeto será precisa e veda especificações que limitem a competição. Preceitua, ainda, que a fase externa do pregão terá início com a convocação dos interessados por edital, no qual constarão, entre outros elementos, “a minuta do contrato, quando for o caso”. Ora, se o legislador fala em minuta do contrato é porque o edital não esgota todo conteúdo do pacto, da avença, e deixa certa discricionariedade, ainda que limitada, pelas rígidas regras da licitação, de modo a permitir a adequação do contrato caso a caso. [...]. Os contratos de adesão, isto é, aqueles regidos pelas chamadas cláusulas uniformes, não permitem o exercício do direito de negociá-las pelo contratado. Neles, a parte que adere ao contrato não dispõe de meios para fazer valer sua vontade ao firmar o ajuste. A manifestação da vontade na espécie só pode ser expressa de duas formas: recusa ao contrato ou aceitação deste na sua integralidade, opção que submete totalmente a parte juridicamente mais frágil às cláusulas redigidas pela outra parte. [...]. Importa saber, então, se o contrato assinado entre a empresa fornecedora de medicamentos e a prefeitura municipal obedecia a cláusulas uniformes. [...]. Assim, na espécie vertente, os dados postos no acórdão são insuficientes para afastar as conclusões de que o edital não exauriu o rol das cláusulas contratuais e de que as cláusulas previstas na minuta de contrato nele publicadas são uniformes. Nele se afirma que o contrato assinado “seguiu o modelo constante do edital de pregão”, sendo “idêntico aos contratos assinados com as demais empresas, vencedoras dos outros lotes que foram objeto do mesmo pregão” Contudo, dessas premissas não se chega à conclusão a que chegou o TRE/PR, pois as contratadas impuseram sua vontade no contrato em pelo menos uma ou duas das cláusulas pactuadas: os preços dos medicamentos fornecidos e as formas de pagamento. Ora, se está provado terem as contratadas imposto sua vontade em pelo menos uma das cláusulas contratuais, o contrato não pode ser tomado como expressão unilateral da vontade da administração municipal. E, por ser assim, ele não é contrato regido por cláusulas uniformes, como o é aquele celebrado entre o consumidor de energia elétrica e a companhia de eletricidade. (sem grifo no original) (Voto-vista proferido pela Min. Cármen Lúcia no julgamento do AgRg no RESPE n. 35.642 no Tribunal Superior Eleitoral, em 12.04.2011, sob relatoria do Min. Ricardo Lewandowsky).

art. 65, II, da Lei n. 8.666/93, a toda prova afasta qualquer possibilidade de aceitação da equivocada ideia de que a totalidade do conteúdo normativo do contrato administrativo por licitação advém da oferta unilateral de uma das partes a que simplesmente adere globalmente o aceitante.

Se por um lado o edital/convite gera a convocação daqueles que se dispõe a contratar com a Administração, por outro confere a estes a oportunidade de apresentarem suas ofertadas que, embora submissas a certas condições fixas, avançam em relação ao preço, prazo, dentre outros aspectos.

E o que dizer, então, da possibilidade de posteriores aditivos ao contrato administrativo, seja para manter o equilíbrio econômico-financeiro, seja para ajustar a forma de prestação, prazo e condições específicas de cumprimento da avença? Desnecessário lembrar que são nas revisões contratuais que se materializa grande parcela das fraudes cometidas contra o erário, exatamente em razão da vagueza dos comandos legais que as disciplinam.

Portanto, é inegável a existência de uma margem negocial no contrato administrativo por licitação, apta a afastar a postura meramente pragmática de considerá-lo como “contrato com cláusulas uniformes” para os fins de interpretação do artigo 54, I, “a”, da CR/88.

Por fim, visando evitar ilações equivocadas a respeito do tema, cumpre ressaltar que não se está a sustentar qualquer vedação aos parlamentares de contratarem serviços públicos, tais como fornecimento de energia elétrica, água, esgoto, coleta de lixo, etc., já que estes são dirigidos indistintamente a todos os cidadãos ou a determinados segmentos sociais de forma objetiva.

2.3 – Do caso concreto.

Diante dessas ponderações, passa-se ao enfrentamento dos questionamentos do caso concreto, apresentados pelo órgão de execução de Sete Lagoas:

1) Os contratos firmados entre permissionários de transporte público coletivo são considerados de adesão?

Os contratos administrativos, enquanto representativos da vontade funcionalizada da Administração Pública, possuem natureza de contrato de adesão, conforme pontifica a doutrina. Segundo os expertos, os contratos administrativos representam uma espécie de “contrato-regulamento”, pois o Estado impõe as condições e cláusulas unilateralmente, sem liberdade de discussão das cláusulas. Repisa-se: esse é o posicionamento da doutrina, a qual incumbe o importante papel de aclarar e classificar os institutos jurídicos, mas que deve ser relativizado para os fins de interpretação do artigo 54, I, “a”, da CR/88.

2) Sobre tais contratos incidem as vedações contidas no artigo 54, inciso I, alínea “a”, da Constituição Federal e no artigo 175, § 3º, da Constituição do Estado de Minas Gerais?

Ainda que prevaleça a classificação doutrinária no sentido de considerar o contrato administrativo como contrato de adesão, é certo que essa condição, por si só, não traduz seu enquadramento na ressalva prevista no art. 54, I, alínea “a”, da Constituição da República. Como bem asseverou o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, encampando alguns precedentes judiciais, existe uma margem negocial entre os licitantes e a Administração Pública, nos contratos firmados a partir de prévio processo licitatório, mormente no que diz respeito ao preço e as possíveis alterações bilaterais dos contratos.

O artigo 54, I, “a” da CR/88 deve ser interpretado de modo a não torná-lo infrutífero, levando-se em consideração o espírito que ensejou sua alocação no texto constitucional. A vedação destinada aos parlamentares, portanto, somente deve ser excetuada para os típicos contratos de adesão, assim compreendido como aqueles em que uma das partes tem de aceitar, em bloco, as cláusulas estabelecidas pela outra, aderindo a uma situação contratual que encontra definida em todos

os seus termos. O consentimento manifesta-se com a simples adesão no conteúdo preestabelecido da relação jurídica.

Em arremate, considerando, ainda, que a Lei Orgânica do Município de Sete Lagoas repete, *ipsis litteris*, o comando da Constituição da República de 1988⁴⁴, **aos edis** sete lagoanos **é vedado firmar** ou **manter** contrato administrativo decorrente de processo de licitação pública, por não se tratar de contratos de cláusulas uniformes.

São essas, portanto, as ponderações que este Centro de Apoio Operacional julga pertinentes, sem efeito vinculante e respeitada a independência funcional do Promotor de Justiça natural.

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

Registre-se e cumpra-se.

Belo Horizonte, 18 de fevereiro de 2019.

JOSÉ CARLOS FERNANDES JUNIOR

Promotor de Justiça

Coordenador do CAO – Patrimônio Público

Nota Técnica nº 06/2019

PAAF nº 0024.19.003618-6

Requerente: 10º e 13º Promotores de Justiça da Comarca de Governador Valadares.

Ementa: Tragédia Socioambiental. Rompimento da Barragem de Fundão em Mariana/MG. Fundação Renova. Termo de Transação, Quitação e Exoneração de Responsabilidade. Antijuridicidade. Ilegitimidade

1) RELATÓRIO

Trata-se de consulta formulada pelos Drs. Leonardo Castro Maia e Leonardo Valadares Cabral, 10º e 13º Promotores de Justiça da Comarca de Governador Valadares, conforme despacho proferido em audiência extrajudicial, com a finalidade de perquirir se há indevida disposição do interesse público em razão da celebração de Termo de Transação, Quitação e Exoneração de Responsabilidade firmado entre a Fundação Renova e os Municípios atingidos pelo rompimento da barragem de Fundão, no Município de Mariana.

Aduz-se que a entidade tem condicionado o recebimento dos valores indenizatórios à “renúncia a quaisquer outros direitos eventualmente existentes, presentes ou futuros, para nada mais reclamar em tempo e lugar algum, a qualquer pretexto, em relação a alocações e gastos públicos extraordinários”, além do compromisso dos municípios de “não tomarem qualquer medida adicional e/ou a iniciar qualquer procedimento judicial ou extrajudicial contra a Samarco Mineração S.A., a Vale S.A., a BHP Billiton Brasil Ltda. ou contra quaisquer entidades que sejam direta ou indiretamente relacionadas e/ou ligadas a tais partes, no Brasil ou no exterior,

44 LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE SETE LAGOAS – Art. 56. Os Vereadores não poderão: I – desde a expedição do diploma: a) firmar ou manter contrato com pessoa jurídica de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviço público, salvo quando o contrato obedecer a cláusulas uniformes; (...).

inclusive exigindo que os municípios desistissem de ação coletiva movida contra a BHP Billiton PLC e outras, na Inglaterra”.

Anexo ata de reunião promovida no dia 20 de novembro de 2018, bem como:

a) cópia do Termo apresentado pela Fundação Renova ao Município de Governador Valadares;

b) cópia do TTAC celebrado entre a Samarco Mineração S.A., a VALE S.A. e a BHP Billiton Brasil Ltda. e vários órgãos públicos, entre eles o Estado de Minas Gerais;

c) cópia do “TAC Governança” celebrado entre Ministério Público Federal, Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Ministério Público do Estado do Espírito Santo, Defensoria Pública da União, Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais, Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo, União, entre outras entidades e órgãos, a Samarco Mineração S.A., a VALE S.A., a BHP Billiton Brasil Ltda. e a Fundação Renova;

d) cópia da Deliberação nº 208, de 28 de setembro de 2018, do Comitê Interfederativo, que aprova o modelo para o ressarcimento de gastos extraordinários dos municípios;

e) cópia do expediente enviado pela Fundação Renova (Seq15580/2018/GJU).

É esse, em síntese, o relatório necessário.

2) FUNDAMENTAÇÃO

2.1 – Aspectos introdutórios: das tragédias socioambientais. O rompimento da barragem de Fundão, em Mariana/MG, e a criação da Fundação Renova. Do Termo de Transação, Quitação e Exoneração de Responsabilidade.

Como bem asseverado na Nota Técnica Conjunta CAO-PP/CAO-DH n. 04/2019⁴⁵, as tragédias socioambientais decorrentes dos processos de mineração, experimentadas especialmente a partir da segunda metade do século XX, têm sujeitado inúmeras pessoas a vivenciar uma amplitude de infortúnios que extrapola a ordem puramente material. A perda de vidas humanas, o aniquilamento da identidade coletiva, os prejuízos ao meio ambiente e o proeminente risco à saúde são algumas das várias repercussões pós-desastres que, a toda evidência, não deixa ninguém indiferente.

A estrutura da barragem de Fundão rompeu-se no dia 5 de novembro de 2015 e ocasionou a liberação de aproximadamente 40 milhões de metros cúbicos de rejeitos de minério, além de outros 16 milhões que continuaram escoando lentamente. O material liberado formou uma grande onda de lama que atingiu o Rio Doce e rapidamente se espalhou pelo mar, na costa capixaba. Além de dizimar 19 vidas humanas, o desastre criou graves danos para a fauna e flora de diversas cidades dos Estados de Minas Gerais e do Espírito Santo.

O curso natural dos Córregos de Fundão e Santarém foram destruídos. Grande parte do distrito de Bento Rodrigues, localizado a 6 km da barragem de Santarém, foi soterrado. Várias famílias foram desalojadas e comunidades do entorno foram severamente afetadas. Estima-se que cerca de 643 quilômetros de rios e córregos foram cobertos pela lama, aproximadamente 1.469 hectares de vegetação destruída, 600 famílias desabrigadas e 250 edificações destruídas em Bento Rodrigues.⁴⁶ Em apenas um mês de trabalho, foram retiradas cerca de 3 toneladas de peixes mortos em Minas Gerais e no Espírito Santo⁴⁷. Ainda hoje, Minas Gerais e Espírito Santo sentem os impactos da tragédia.

45 Confira <https://intranet.mpmg.mp.br/intranetmpmg/atividade-fim/defesa-do-cidadao/patrimonio-publico/notas-juridicas/>.

46 Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/575851-infografico-tragedia-de-mariana-entenda-os-impactos-ambientais-causados-pelo-desastre>. Acesso em 06 de fevereiro de 2019.

47 Disponível em: <http://g1.globo.com/espírito-santo/noticia/2015/11/rio-doce-tem-tres-toneladas-de-peixes-mortos-recolhidos-no-es.html>. Acesso em 20 de fevereiro de 2019.

Depois do rompimento da barragem, em março de 2016, foi assinado o Termo de Transação e Ajustamento de Conduta (TTAC)⁴⁸ pela União, os Governos de Minas Gerais e do Espírito Santo, autarquias federais e estaduais e a Samarco e suas controladoras. Por intermédio desse documento, foram criados o Comitê Interfederativo (CIF), as Câmaras Técnicas (com função de assessorá-lo) e a Fundação Renova, cuja missão é reconstruir, restaurar e reparar todos os danos causados pelo rompimento da barragem de Fundão, além de buscar o desenvolvimento social, econômico e ambiental das regiões impactadas.

Em síntese, a Fundação Renova, para a consecução de seu objetivo social, utiliza o patrimônio formado pelas dotações financeiras realizadas pelas empresas mantenedoras (Samarco, Vale e BHP)⁴⁹. A entidade é uma organização com patrimônio e finalidade distintos e independentes das sociedades empresárias que a criaram; não há (ou, pelo menos, não deve existir) compartilhamento de interesses entre essas pessoas jurídicas, que se dedicam a atividades manifestamente díspares.

Comefeito, consoante o Estatuto da Fundação 50, o objetivo da Renova é, exclusivamente, a gestão e execução de medidas previstas nos programas socioeconômicos e socioambientais, incluindo a promoção de assistência social aos impactados, em decorrência do rompimento da barragem (artigo 6º). Considerando que, desde o início das atividades, a Fundação Renova é acompanhada pela Promotoria de Justiça de Tutela de Fundações do Ministério Público de Minas Gerais, que fiscaliza o cumprimento de seus objetivos, é proficiente que esta Nota Técnica se circunscreva tão somente à averiguação dos elementos indispensáveis ao seu bom desenvolvimento, como se passa a fazer.

48 Disponível em: <https://www.samarco.com/wp-content/uploads/2016/07/TTAC-FINAL.pdf>. Acesso em 20 de fevereiro de 2019.

49 Estatuto da Fundação Renova – Artigo 5º. A Fundação possui como instituidoras e mantenedoras as seguintes sociedades: (a) **Samarco Mineração S.A.** (...) (“Mantenedora Principal”); (b) **Vale S.A.** (...) (“Vale”); (c) **BHP Billiton Brasil Ltda.** (...) (“BHP”), (Vale e BHP, doravante denominadas como “Mantenedoras Subsidiárias” e, em conjunto com a Mantenedora Principal, “Mantenedoras”).

50 Disponível em: <https://www.fundacaorenova.org/wp-content/uploads/2016/10/estatuto-registrado.pdf>. Acesso em 20 de fevereiro.

Cumprir registrar, nessa ordem de ideias, que a Fundação Renova, no escopo de reconstruir, restaurar e reparar os prejuízos causados pelo rompimento da barragem de Fundão, assumiu o controle dos 42 programas definidos no Termo de Transação e Ajustamento de Conduta (TTAC), cada um com eixo temático específico. Dentre os programas socioeconômicos, destaco o “Programa de Ressarcimento dos gastos públicos extraordinários dos Compromitentes⁵¹” (eixo temático “economia”, Seção VII, Subseção VI.7), que determina:

SEÇÃO VII: GERENCIAMENTO DO PLANO DE AÇÕES

SUBSEÇÃO VII.1: Programa de gerenciamento dos programas socioeconômicos

CLÁUSULA 144: A FUNDAÇÃO deverá ressarcir os COMPROMITENTES pelos gastos públicos extraordinários decorrentes do EVENTO, devidamente comprovados por meio de documentos oficiais, dentre os quais notas de empenho de despesas e declaração de autoridade competente, conforme ANEXO, no valor de R\$ 27.463.793,00 (vinte e sete milhões, quatrocentos e sessenta e três mil e setecentos e noventa e três reais), devidamente atualizado pelo IPCA, desde a data da despesa até o efetivo pagamento, observada a política de compliance da FUNDAÇÃO.

PARÁGRAFO ÚNICO: Os demais PROGRAMAS objeto deste Acordo precedem o ressarcimento das despesas extraordinárias dos COMPROMITENTES previstas no caput.

CLÁUSULA 142: A FUNDAÇÃO discutirá com os Municípios impactados quanto ao ressarcimento pelos gastos públicos extraordinários decorrentes do EVENTO.

CLÁUSULA 143: Mediante a realização do ressarcimento previsto na CLÁUSULA 141, considerar-se-ão plenamente quitados pelos COMPROMITENTES os prejuízos financeiros destes decorrentes do EVENTO.

PARÁGRAFO ÚNICO: Demais gastos públicos extraordinários decorrentes do EVENTO, de mesma natureza daqueles previstos no ANEXO referido no caput da CLÁUSULA 141, incorridos pelos

51 São os comprometentes: a UNIÃO, o IBAMA, o ChicoBio; a ANA, o DNPM, a FUNAI, o Estado de Minas Gerais, o IEF, o IGAM, a FEAM, o Estado do Espírito Santo, o IEMA, o IDAF e a AGERH.

COMPROMITENTES a partir da data deste Acordo, serão objeto de ressarcimento nos termos deste PROGRAMA. (Destacamos).

O fato é que, ante a magnitude dos danos causados (os quais, inclusive, por serem dinâmicos, permanecem em evolução⁵²), várias ações judiciais foram propostas no intento de assegurar, entre outros aspectos, a recomposição dos dispêndios empreendidos pelo Poder Público. A Fundação Renova, defronte a tal conjectura e na incumbência de implementar e executar os planos de reparação, tem diligenciado para fazer cumprir as cláusulas 141 a 143 do TTAC, acionando as municipalidades para o recebimento de recursos.

Ocorre que tal diligenciamento, de acordo com o que se depreende do Inquérito Civil n. 0105.18.009408-5 e dos autos do PAAF nº 0024.19.003618-6 (no qual é expedida a presente nota técnica), **destoa** nitidamente do interesse público e do compromisso jurídico firmado outrora. A propósito, são estas as disposições do “Termo de Transação, Quitação e Exoneração de Responsabilidade”:

TERMO DE TRANSAÇÃO, QUITAÇÃO E EXONERAÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Pelo presente instrumento, as partes abaixo descritas e qualificadas: FUNDAÇÃO RENOVA (...).

CONSIDERANDO que em 02 de março de 2016 foi celebrado o Termo de Transação de Ajustamento de Conduta (“TTAC”) que previu, dentre outras questões, a instituição da FUNDAÇÃO, sem fins lucrativos, com estrutura própria de governança, fiscalização e controle, para gestão e execução de medidas previstas nos programas socioeconômicos e socioambientais

52 Mormente se observamos na perspectiva do risco à saúde da população, bem como do ponto de vista econômico. Assim: “Os valores crescentes das sintomatologias (febre, diarreia e afecções de pele) equivalem a uma tradução para efeitos negativos nos âmbitos da saúde biopsicossocial e econômicos, relevantes na pesquisa, em um momento racional de análise das consequências do desastre ambiental causado pelo homem”. MIEIS ROCHA, Ederson [et al]. **Impacto do rompimento da barragem em Mariana– MG na saúde da população ribeirinha da cidade de Colatina–ES**. Universidade de Brasília. Núcleo de Estudos de Saúde Pública. Revista Eletrônica Tempus. Disponível em: <http://www.tempusactas.unb.br/index.php/tempus/article/view/1902>. Acesso em 21 de fevereiro de 2019. Vide ainda: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-47120719>.

decorrentes do rompimento da barragem de Fundão e do galgamento da Barragem de Santarém, ambas localizadas no complexo minerário de Germano, distrito de Bento Rodrigues, Município de Mariana, Estado de Minas Gerais, ocorrido no dia 5 de novembro de 2015, doravante designado apenas como ROMPIMENTO;

CONSIDERANDO que as Cláusulas 141 a 143 do TTAC estabeleceram que a FUNDAÇÃO deverá planejar, elaborar e executar as medidas necessárias para o cumprimento do Programa de Ressarcimento dos Gastos Públicos Extraordinários, doravante denominado apenas PROGRAMA;

CONSIDERANDO que nos termos da Cláusula 142 do TTAC, a FUNDAÇÃO deverá discutir com os Municípios impactados quanto ao ressarcimento pelos gastos públicos extraordinários decorrentes do ROMPIMENTO.

(...).

RESOLVEM as PARTES subscrever o presente TERMO DE TRANSAÇÃO, QUITAÇÃO E EXONERAÇÃO DE RESPONSABILIDADE em relação ao ressarcimento dos gastos públicos extraordinários decorrentes do ROMPIMENTO.

1. O MUNICÍPIO e a FUNDAÇÃO acordam o pagamento da segunda ao primeiro, a título de ressarcimento de alocações e gastos públicos extraordinários decorrentes do ROMPIMENTO, do valor total de R\$ (omissis), por meio de transferência bancária na conta de titularidade do MUNICÍPIO (Banco [omissis], Agência [omissis] e Conta [omissis]).

2. O MUNICÍPIO declara que optou por receber no presente momento os valores indicados no item (1) e exonera a FUNDAÇÃO de rever, complementar ou corrigir os valores ao final do PROGRAMA, expressamente reconhecendo a não aplicação ao MUNICÍPIO do previsto no Parágrafo Único da Cláusula 141 do TTAC.

(...).

6. Diante do pagamento ora pactuado, o MUNICÍPIO outorga a mais plena, ampla, geral, rasa, irrestrita e irrevogável quitação em favor da FUNDAÇÃO, da SAMARCO MINERAÇÃO S.A., VALE S.A. e BHP BILLITON BRASIL LTDA., mantenedoras da FUNDAÇÃO, bem como de todas as entidades que sejam direta ou indiretamente relacionadas e/ou ligadas a tais partes, com validade e eficácia no Brasil e em

qualquer outra jurisdição estrangeira, em relação à Cláusula 142 do TTAC e a todos e quaisquer valores relativos ao ressarcimento de alocações e gastos públicos extraordinários decorrentes do ROMPIMENTO.

7. O MUNICÍPIO declara que as presentes quitação e exoneração de responsabilidade são firmes, integrais e finais em relação às alocações e gastos públicos extraordinários decorrentes do ROMPIMENTO.

8. O MUNICÍPIO renuncia a quaisquer outros direitos eventualmente existentes, presentes ou futuros, para nada mais reclamar em tempo e lugar algum, a qualquer pretexto, em relação a alocações e gastos públicos extraordinários decorrentes do ROMPIMENTO, desobrigando inteiramente a FUNDAÇÃO, a SAMARCO MINERAÇÃO S.A., a VALE S.A. e a BHP BILLITON BRASIL LTDA., mantenedoras da FUNDAÇÃO, bem como de todas as entidades que sejam direta ou indiretamente relacionadas e/ou ligadas a tais partes, com validade e eficácia no Brasil e em qualquer outra jurisdição estrangeira.

8.1. Diante da assinatura do presente Termo, o MUNICÍPIO se compromete a não tomar qualquer medida adicional e/ou a iniciar qualquer procedimento judicial ou extrajudicial contra a FUNDAÇÃO, a SAMARCO MINERAÇÃO S.A., a VALE S.A., a BHP BILLITON BRASIL LTDA., mantenedoras da FUNDAÇÃO, ou contra quaisquer entidades que sejam direta ou indiretamente relacionadas e/ou ligadas a tais partes, no Brasil ou no exterior, em relação a alocações e gastos públicos extraordinários decorrentes do ROMPIMENTO.

8.2. Na hipótese de o MUNICÍPIO ter iniciado qualquer procedimento judicial ou extrajudicial relacionado a alocações e gastos públicos extraordinários decorrentes do ROMPIMENTO contra a FUNDAÇÃO, a SAMARCO MINERAÇÃO S.A., a VALE S.A., a BHP BILLITON BRASIL LTDA., mantenedoras da FUNDAÇÃO, ou contra quaisquer entidades que sejam direta ou indiretamente relacionadas e/ou ligadas a tais partes, no Brasil ou no exterior, o MUNICÍPIO se obriga a tomar, em até 10 (dias) contados da assinatura deste Termo, todas as providências necessárias para que o referido procedimento seja imediatamente extinto, sem qualquer ônus para as referidas partes.

8.3. O MUNICÍPIO neste ato desiste da ação coletiva movida perante a High Court of Justice em Liverpool – Reino Unido contra a BHP Billinton PLC, BHP BILLITON BRASIL LTDA., SAMARCO MINERAÇÃO S.A., BHP International Finance Corp., BHP Minerals International LLC, e Marcona Intl. S.A, conforme documento assinado nesta data (Anexo I), obrigando-se a comunicar tal desistência às Cortes inglesas e a quem mais se fizer necessário, inclusive os patronos do MUNICÍPIO no referido processo.

8.4. O MUNICÍPIO se compromete a não iniciar contra a FUNDAÇÃO, a SAMARCO MINERAÇÃO S.A., a VALE S.A., a BHP BILLITON BRASIL LTDA., mantenedoras da FUNDAÇÃO, ou contra quaisquer entidades que sejam direta ou indiretamente relacionadas e/ou ligadas a tais partes, qualquer procedimento judicial ou extrajudicial perante jurisdições estrangeiras e a não aderir a qualquer procedimento em curso fora do Brasil que de qualquer forma seja relacionado ao ROMPIMENTO.

8.5 A comprovação das medidas mencionadas nos itens 8.2 e 8.3 será **condição** para a realização do pagamento acordado neste Termo.

9. Face ao pagamento ora pactuado e considerando o ressarcimento integral pela FUNDAÇÃO de alocações e gastos públicos extraordinários decorrentes do ROMPIMENTO, o **MUNICÍPIO expressamente reconhece e acorda que não possui mais qualquer direito e que se absterá de exercer, formular ou perseguir qualquer demanda perante o CIF ou a CTEI, qualquer ação ou recurso de qualquer natureza, sejam civis, penais ou administrativos, perante qualquer tribunal ou jurisdição, a fim de questionar os valores ora ressarcidos.** (negritos e grifos nossos).

Desse modo, a Fundação Renova insiste na injustificável tentativa de vincular as ações de ressarcimento à exoneração de responsabilidade das empresas mantenedoras. Como se sabe, em oportunidade anterior, o Ministério Público de Minas Gerais refutou a inserção de cláusulas abusivas em termo de quitação (Fase 1 do Programa de Indenização Mediada [PIM]). Naquela ocasião, a entidade apresentara termo de adesão com oferta de indenização de R\$ 1.000,00 (um mil reais)

para cada adulto e de R\$1.100,00 (um mil e cem reais) por pessoa considerada vulnerável (tais como crianças e idosos) residente em Governador Valadares. Reportado termo, porém, tinha o efeito de exonerar a responsabilidade das empresas, implicando indevida renúncia e disposição de direitos pelos atingidos. Foi concedida liminar para suspender os efeitos de determinadas palavras, frases ou excertos do termo e nada obstante a decisão tenha tido sua eficácia suspensa⁵³ (com a posterior declaração de incompetência do Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Governador Valadares, que deferira o pedido de liminar), é incontestável que a premissa fundante do pleito deste Parquet mantém-se íntegra.

Nessa perspectiva, constata-se que as contrapartidas exigidas no atual Termo de Transação, Quitação e Exoneração de Responsabilidade continuam com o viés imoderado, ao exigir que municípios mineiros e capixabas desistam das ações judiciais em curso, inclusive aquela movida na Justiça do Reino Unido⁵⁴.

Por sinal, convém registrar que o Ministério Público do Estado do Espírito Santo, compartilhando do mesmo entendimento, já se diligenciou a contestar, judicialmente, as cláusulas deste termo⁵⁵.

53 TJMG. Agravo de instrumento nº 1.0000.16.090571-7/001. Desembargador Estevão Lucchesi. 14ª Câmara Cível. (ver Despacho n. 10000160905717001 15425582016 em: https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_movimentacoes2.jsp?listaProcessos=10000160905717001).

54 De acordo com o jornal Estado de Minas, “em 3 de novembro do ano passado, o município de Mariana e outros 23 ingressaram com a ação internacional contra a BHP pedindo o pagamento pelos danos causados às economias locais pelo desastre. Dias depois, a Fundação Renova, gerida por Samarco, Vale e BHP Billiton, propôs um acordo para pagar R\$ 53 milhões aos 39 municípios afetados, mas exigindo que eles retirem as ações que tramitam na Justiça. Três cidades que haviam aderido ao termo inicial da ação aceitaram e desistiram da cobrança judicial, mas as outras 21 e quem mais quiser ingressar na fundamentação e nos pedidos da petição inicial têm até 5 de março para fazer isso”. Para mais detalhes, acesse os seguintes sítios eletrônicos: https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2019/02/17/interna_politica,1031292/governo-de-minas-pode-recorrer-a-justica-inglesa-em-acao-billionaria.shtml e <https://spglaw.com.br/faq3/>.

55 Não se olvida que a Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, no julgamento do Agravo de Instrumento n. 0040333-94.2016.8.08.0014, tenha declarado (unanimemente) a incompetência absoluta para apreciação do feito. Todo modo, o que se expõe é que o pensamento do Parquet capixaba vai ao encontro do entendimento defendido pelo Ministério Público de Minas Gerais. Vide a ementa do julgado, bem como excerto do precedente: AGRAVO DE

Sob essa ótica é que se passa a analisar se há ou não disposição indevida do interesse público em razão da celebração do Termo de Transação, Quitação e Exoneração de Responsabilidade proposto pela Fundação Renova aos municípios atingidos.

2.2 – Da nulidade do Termo de Transação, Quitação e Exoneração de Responsabilidade.

Vislumbra-se no Direito Administrativo contemporâneo uma profunda transição paradigmática. A premente necessidade de tornar cada vez mais eficazes as atividades prestadas pelo Poder Público, conjugada com outros fatores, como a indispensável eficiência e moralidade no trato com a coisa pública, fundamentam o progressivo ajustamento da interpretação jurídica dos institutos deste ramo especializado, sem perder de vista valores de envergadura constitucional que inspiram todo o sistema jurídico pátrio.

INSTRUMENTO AÇÃO CIVIL PÚBLICA ACIDENTE AMBIENTAL OCORRIDO EM MARIANA-MG TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA TERMO DE TRANSAÇÃO QUESTIONAMENTO DE CLÁUSULAS INTERESSE DA UNIÃO COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL RECONHECIMENTO, DE OFÍCIO, DA INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DO PODER JUDICIÁRIO ESTADUAL. 1 Ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Estadual questionando cláusulas constantes em Termo de Transação, Quitação e Exoneração de Responsabilidade, o qual, por sua vez, tem origem em Termo de Ajustamento de Conduta firmado entre as sociedades empresárias responsáveis pela Samarco S/A e diversos órgãos federais e estaduais. 2 Interesse da União no feito a atrair a competência da Justiça Federal, já que o acolhimento do pedido do Ministério Público importaria na alteração de cláusulas assinadas também pela União. Precedentes do e. TJES e do c. STJ. 3 Declaração, de ofício, da incompetência absoluta do Poder Judiciário Estadual, com atribuição de efeitos translativos e determinação de remessa dos autos originários à 12ª Vara Federal de Belo Horizonte-MG. (TJES. Agravo de Instrumento 0040333-94.2016.8.08.0014. Quarta Câmara Cível. Desembargador Relator Arthur José Neiva de Almeida. Data de Julgamento: 30/07/2018. Data da Publicação no Diário: 10/08/2018). Registre-se, por fim, que próprio Desembargador Relator reconheceu, ao proferir seu voto que: “não obstante, porém, **os substanciosos fundamentos suscitados na petição inicial e também nas razões do Agravo em julgamento**, me parece evidente que o Poder Judiciário do Estado do Espírito Santo é absolutamente incompetente para processar e julgar a demanda instaurada pelo ora Agravante” (destacamos).

Assim, descortina-se um panorama de transformação da antiga Administração Pública, qualificada pelo autoritarismo, para a nova Administração, erigida sobre os baldrames do diálogo e da democracia. De acordo com Luiz Carlos Figueira de Melo e Marcella Rosière de Oliveira, foi com o advento da Emenda Constitucional n. 19/1998 que Administração Pública brasileira transformou-se de administração burocrática em administração gerencial, de modo a incorporar novas metodologias administrativas que viabilizam o gerenciamento transparente:

Nesse sentido, e tendo em vista os obstáculos institucionais enfrentados por vários países para a implantação de suas reformas de Estado, a tendência mundial dos processos de transformação do Estado contemporâneo tem seguido a linha da política de modernização da gestão pública, denominada por Odete Medauar (2003, p. 134) de “reforma administrativa por ações contínuas”. Além do mais, a política estatal de modernização é mais consentânea com o que a sociedade contemporânea espera do Estado: atualização constante frente às demandas sociais, promoção dos necessários ajustes e afastamento de indesejáveis distorções em sua estrutura e funcionamento, gerando maiores benefícios à população. A Emenda Constitucional nº 19/1998 é o instrumento legitimador de maior importância para a reforma da Administração Pública no Brasil, caracterizando-se pela transformação da administração pública brasileira de burocrática em gerencial. Consta como resultados esperados desta Emenda, dentre outros, a incorporação da eficiência na administração pública e o rompimento com formatos jurídicos e institucionais rígidos e uniformizadores (OLIVEIRA, 2010, p. 48). Assim, dentre as inúmeras propostas delineadas na situação de reforma do Estado e modernização da Administração Pública, ressalta-se a necessidade de adotar novas metodologias administrativas que possibilitem uma gestão mais rápida, econômica e transparente. (...). Tendo em vista o que foi descrito acima, pode-se dizer que dos movimentos reformadores e modernizadores é possível extrair novas características do agir administrativo, tais como, privatizações e desregulamentações, busca da qualidade na prestação dos serviços públicos, desconcentração e descentralização, maior participação das organizações não-governamentais na gestão dos serviços, tentativas de redução do hiperpositivismo jurídico, propostas de promoção de um ajuste fiscal para a eliminação do déficit público, criação de instrumentos de combate à corrupção, etc. Portanto, conclui-se que o modo de ser e atuar da Administração Pública contemporânea, bem como seus novos valores e características, repercutem

diretamente na configuração dos conceitos e institutos do direito administrativo e, principalmente, na qualidade e eficiência da atuação estatal.⁵⁶

Desde então, é possível constatar a gradual incorporação das noções de “participação” e de “governança consensual” no setor público. Justamente por essa razão é que se tem admitido, na atualidade, que o Poder Público tenha a faculdade de transacionar determinadas matérias e de realizar acordos judiciais ou extrajudiciais, desde que engajado na satisfação das necessidades coletivas.

Nessa perspectiva, o mais emblemático e novel exemplo é ventilado pela Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, que dispõe sobre a mediação e conciliação de conflitos no âmbito da Administração Pública, implementando uma nova cultura de promoção à autocomposição no setor público, na contramão do costume adversarial.

Essas recentes bases dogmáticas e exegéticas, entretanto, devem ser interpretadas sempre a favor dos direitos fundamentais e concretizadas sem subverter a logicidade hermenêutica imposta pelo Regime Jurídico Administrativo, inspirado pelos axiomas da Supremacia do Interesse Público sobre o interesse privado (que reflete os poderes da Administração Pública) e da Indisponibilidade do Interesse Público (o qual retrata os limites da atuação administrativa).

Deve-se gizar que os instrumentos de transação e de acordo judicial ou extrajudicial eventualmente celebrados pela Administração Pública não podem estar dissociados da essência própria do Direito Administrativo, o qual, recordemos, é o “conjunto de normas e princípios que, visando sempre o interesse público, regem as relações jurídicas entre pessoas e órgãos do Estado e entre este e as coletividades a que deve servir”⁵⁷.

56 MELO, Luiz Carlos F. de; OLIVEIRA, Marcella R. de. **O perfil da Administração Pública no século XXI: uma releitura à luz dos direitos fundamentais**. Revista Digital de Direito Administrativo. vol. 5, n. 2, p. 97-118, 2018. Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – FDRP. Universidade de São Paulo – USP. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdda/article/download/141599/142137/>. Acesso em 22 de fevereiro de 2019.

57 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p.8.

À vista disso, cumpre assentar que a utilização de técnicas alternativas de pacificação social, havendo ou não concessões mútuas, são opções viáveis e eficazes também para a Administração Pública, sendo que, em matéria de autocomposição, “há casos em que o princípio da indisponibilidade deve ser atenuado, mormente quando se tem em vista que a solução adotada pela Administração é a que melhor atenderá à últimação deste interesse”⁵⁸. Havendo concessões mútuas, com reciprocidade de ônus e vantagens, verifica-se a celebração de contrato de transação. Para Flávio Tartuce:

A transação consiste no contrato pelo qual as partes pactuam a extinção de uma obrigação por meio de concessões mútuas ou recíprocas, o que também pode ocorrer de forma preventiva (art. 840 do CC). Interessante verificar, contudo, que se ambas as partes não cedem, não há que se falar em transação. Se não há essas concessões mútuas ou recíprocas, não está presente a transação, mas um mero acordo entre as partes. (...). **Quanto à sua natureza jurídica, trata-se de um contrato bilateral, oneroso, consensual e comutativo, devendo ter como objeto apenas direitos obrigacionais de cunho patrimonial e de caráter privado (art. 841 do CC).** (...) Por meio da transação não se transmitem, mas apenas se declaram ou reconhecem direitos (art. 843 do CC). Mesmo com essas limitações, em alguns casos é possível transigir acerca do *quantum* a ser pago, como ocorre nas hipóteses de transação envolvendo indenização fundada na responsabilidade civil ou quanto ao valor dos alimentos. Justamente por isso é que a transação é tida como um contrato de natureza declaratória, pois gera a extinção de obrigações.⁵⁹ (Negrito nosso).

O instituto recebe regulação normativa pelo Código Civil de 2002, artigos 840 a 850, e pode ser celebrada em âmbito judicial ou extrajudicial. Em quaisquer das hipóteses, a transação deve ser interpretada de forma restritiva, pois se trata de negócio benéfico (art. 114 c/c art. 843 CC/02). Ademais, por esse negócio jurídico, não há transmissão de direitos (apenas são declarados ou reconhecidos), sendo certo ainda que somente pode versar sobre direitos patrimoniais de caráter privado.

58 STF. RE 253.885/MG. Primeira Turma. Rel. Min. Ellen Gracie. Julgamento: 04/06/2002. Publicação: DJ DATA-21-06-02.

59 TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2017. p. 922.

A doutrina clássica estabeleceu uma umbilical relação entre patrimonialidade do bem ou direito com a disponibilidade para afirmar que somente seria possível transacionar aquilo de que se pode dispor (por todos, vide as lições de Sílvio de Salvo Venosa⁶⁰). Pontes de Miranda⁶¹, de outra sorte, já advogava pela transacionabilidade de direitos não patrimoniais, desde que disciplinada por lei especial.

É de longa data o debate sobre a celebração de transação pela Administração Pública, já que todo e qualquer ato por ela praticado deve ser balizado pelo Princípio da Legalidade. Bem por isso, frisa-se, prevalece na doutrina e jurisprudência que a Fazenda Pública só pode celebrar transação e acordos judiciais e extrajudiciais se houver prévia autorização legal.

De toda sorte, permanecem proeminentes as lições de Diogo de Figueiredo, que, malgrado admita a transação sobre certos interesses públicos instrumentais, contrapõe-se à celebração quando o objeto compõe-se de interesses centralmente relevantes para a segurança e para o bem-estar da sociedade. Assim pontifica o autor:

60 “Dispõe o art. 841 que ‘só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação’. Portanto, os direitos indisponíveis, os relativos ao estado e à capacidade das pessoas; os direitos puros de família, os direitos personalíssimos não podem ser objeto de transação. **De modo geral, pode haver transação sobre direitos que estão no comércio jurídico.** Direitos que não admitem transação permitem confissão e reconhecimento. Resta fixar a ideia de o que são direitos patrimoniais e o que são direitos não patrimoniais para a finalidade da lei. Fixe-se, de plano, que o direito indisponível fica subordinado ao controle, maior ou menor, do Estado. Certos direitos de família, por sua natureza, são indisponíveis, porque a lei veda-lhes a disponibilidade ou então lhes impõe certos limites. Assim, nos termos do art. 841, não podem ser objeto de transação os direitos não patrimoniais e os de natureza pública. **O poder público só pode transigir quando expressamente autorizado por lei ou regulamento. Os direitos indisponíveis, direta ou indiretamente, afetam a ordem pública**”. (Negrito nosso). VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. v. 2. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 323.

61 “O ramo do direito que rege o direito não patrimonial é que responde se pode haver, quanto a esse, transação, e o ramo do direito público que rege o direito de caráter público é que responde se, quanto a ele, pode haver transação”. PONTES DE MIRANDA apud RIBAS. **Transação tributária como ato-negócio administrativo: uma perspectiva de colaboração**. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC. v. 35.1, jan./jun. 2015. p. 157-173. Disponível em: <http://periodicos.ufc.br/nomos/article/download/2078/1553>. Acesso em 25 de fevereiro de 2019. p. 159.

Certos interesses, porém, são considerados de tal forma relevantes para a segurança e para o bem-estar da sociedade que o ordenamento jurídico os destaca, os define e comete ao Estado satisfazê-lo sob regime próprio: são os *interesses públicos*. Destarte, ao definir esses interesses públicos a lei os coloca fora do mercado, submetendo-os, distintamente dos demais, ao princípio da supremacia, como força jurídica vinculante, e ao princípio da *indisponibilidade*, em regra, absoluta e, por vezes, relativa. A indisponibilidade absoluta é a regra, pois os interesses públicos, referidos à sociedade como um todo, não podem ser negociados senão pelas vias políticas de estrita previsão constitucional. A indisponibilidade relativa é a exceção, recaindo sobre interesses públicos derivados, referidos às pessoas jurídicas que os administram e que, por esse motivo, necessitam de autorização constitucional genérica e, por vezes, de autorização legal. Em outros termos e mais sinteticamente: está diante de duas categorias de interesses públicos, os *primários* e os *secundários* (ou *derivados*), sendo que os primeiros são *indisponíveis* e o regime público é indispensável, ao passo que os segundos têm natureza instrumental, existindo para que os primeiros sejam satisfeitos, e resolvem-se em relações *patrimoniais* e, por isso, *tornaram-se disponíveis* na forma da lei, não importando sob que regime. São disponíveis, nesta linha, todos os interesses e os direitos deles derivados que tenham expressão *patrimonial*, ou seja, que possam ser quantificados monetariamente, e estejam no comércio, e que são, por esse motivo e normalmente, objeto de contratação que vise a dotar a Administração ou seus delegados, dos meios instrumentais de modo a que estejam em condições de satisfazer os interesses finalísticos que justificam o próprio Estado.⁶² (Itálicos no original).

Em semelhante sistematização, o saudoso jurista José Joaquim Calmon de Passos classificou a indisponibilidade em absoluta ou relativa. A indisponibilidade absoluta abarcaria direitos invariavelmente indissociáveis de seu titular e, por isso, não admitiriam a transação. Por outro lado, a indisponibilidade relativa recairia sobre direitos que, embora indisponíveis, poderiam ser destacados da esfera jurídica e transacionados, desde que cumpridas determinadas condições estabelecidas

62 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Arbitragem nos Contratos Administrativos**. Revista de Direito Administrativo. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47043/46028>. Acesso em 25 de fevereiro de 2019. p. 84-85.

pelo plexo normativo de regência. A indisponibilidade relativa espelha situações, portanto, em que o poder de dispor não é complemento livre e desimpedido.

Todo direito tem um ou mais titulares, sujeito ou sujeitos aos quais se vincula. Normalmente, esse titular desfruta da disponibilidade do direito que lhe é atribuído, vale dizer, pode manifestar livremente sua vontade a respeito do interesse ou vantagem, enfim, do bem que lhe constitui objeto. **Direitos há, contudo, que são indisponíveis, de modo absoluto ou relativo. A indisponibilidade é absoluta quando é próprio bem, conteúdo do direito, que se faz insuscetível de disposição, porque de tal modo se vincula ao sujeito que dele é indissociável.** Werneck Cortes, no seu bem elaborado estudo, menciona alguns desses direitos. **Predomina, entretanto, a categoria dos direitos cuja indisponibilidade é relativa, porque deriva ela dos limites fixados em lei ou em convenção dos interessados, quando esta última seja admitida.** Nessa categoria dos direitos relativamente indisponíveis, acreditamos se possa e deva enquadrar, máxime para os efeitos perseguidos pelo art. 351, consequentemente também pelos arts. 302, II e 320, II todo e qualquer direito submetido, para efeito de sua disposição, a controles estatais, quer de natureza administrativa, quer de natureza jurisdicional.⁶³ (Negrito nosso).

Assim, conquanto realização de acordos (incluindo a transação) pela Administração Pública coadune-se com os dogmas do Estado Democrático de Direito e com as premissas da Administração Gerencial, devem ser efetivados com máxima cautela, de maneira a não admitir, e.g., a transação de interesses coletivos primários. Do contrário, estar-se-ia consentindo com a violação aos princípios basilares da Administração Pública, sobretudo a Legalidade, a Moralidade e a Eficiência.

Assentados tais pontos, cumpre tecer considerações sobre Termo de Transação, Quitação e Exoneração de Responsabilidade.

Ab initio, registre-se que não há o propósito de discorrer sobre o direito a regular quitação dos valores repassados a título de indenizações. Antes, de outro modo, pretende-se demonstrar

63 PASSOS, José Joaquim Calmon. **Comentários ao Código de Processo Civil: Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 408-409.

que o documento intenciona mais do que a mera quitação dos pagamentos efetivados, o que revela sua ilegitimidade.

Como o próprio nome deixa entrever, o Termo de Transação, Quitação e Exoneração de Responsabilidade apresentado pela Fundação Renova aos municípios mineiros e capixabas, ao engendrar uma série de obrigações para os beneficiários, propõe de fato uma verdadeira hipótese de transação para determinar não só a liberação quanto aos valores repassados, mas também um feixe de obrigações de fazer consistentes em: (i) exoneração de responsabilidade da fundação e das mantenedoras⁶⁴; (ii) renúncia de direitos⁶⁵; (iii) obrigações de não fazer⁶⁶ e (iv) obrigações de fazer⁶⁷.

Ora, são **desarrazoadas e desproporcionais** as condições estabelecidas no Termo porque representam inequívoca transação de interesses que são **absolutamente indisponíveis**. Aliás, num olhar mais crítico, ao tentar impedir que os municípios persigam, por outras vias, a efetiva e completa reparação dos danos causados, intenta-se negociar o **poder-dever** de proteção de valores fundamentais ao qual está incumbido os municípios. Veja-se que, em última análise, que a transação recai sobre direito manifestamente indisponível, interesse socialmente

64 Cláusula 7. O MUNICÍPIO declara que as presentes **quitação e exoneração de responsabilidade** são firmes, integrais e finais em relação às alocações e gastos públicos extraordinários decorrentes do ROMPIMENTO.

65 Cláusula 8. (...) 8.3. O MUNICÍPIO neste ato **desiste** da ação coletiva movida perante a High Court of Justice em Liverpool (...).

66 Cláusula 8. (...) 8.1. Diante da assinatura do presente Termo, o MUNICÍPIO se compromete a **não tomar qualquer medida adicional e/ou a iniciar qualquer procedimento judicial ou extrajudicial** contra a FUNDAÇÃO, a SAMARCO MINERAÇÃO S.A., a VALE S.A., a BHP BILLITON BRASIL LTDA (...).

67 Cláusula 8. (...) 8.2. Na hipótese de o MUNICÍPIO ter iniciado qualquer procedimento judicial ou extrajudicial relacionado a alocações e gastos públicos extraordinários decorrentes do ROMPIMENTO contra a FUNDAÇÃO, a SAMARCO MINERAÇÃO S.A., a VALE S.A., a BHP BILLITON BRASIL LTDA., mantenedoras da FUNDAÇÃO, ou contra quaisquer entidades que sejam direta ou indiretamente relacionadas e/ou ligadas a tais partes, no Brasil ou no exterior, **o MUNICÍPIO se obriga a tomar, em até 10 (dias) contados da assinatura deste Termo, todas as providências necessárias para que o referido procedimento seja imediatamente extinto, sem qualquer ônus para as referidas partes.**

qualificado e, em viés mais técnico, sobre poder-dever da Administração Pública, que, por óbvio, não admite negociação.

Isso posto, é inviável consentir com a atual formulação do Termo de Transação, Quitação e Exoneração de Responsabilidade diante das distorções e dos estigmas que encerra.

De mais a mais, é intuitiva a inexistência de boa-fé objetiva *in casu*.

Pelo Princípio da Boa-fé Objetiva, exige-se que partes assumam condutas regidas pela razoabilidade, pela lealdade e pela boa razão. Além de funcionar como elemento de interpretação contratual (art. 113 do CC/02) e como recurso regulador de exercício de direitos (art. 187 do CC/02), a Boa-fé Objetiva opera como norma de conduta entre as partes, estipulando os chamados “deveres anexos ou laterais” nas relações contratuais.

Tais deveres são consectários lógicos desse princípio que, por consistir verdadeira regra de comportamento lastreada na ética, não tem aplicabilidade restrita apenas às obrigações principais (dar, fazer ou não fazer), mas irradia exigibilidade nas fases pré e pós contratuais, determinando a observância de deveres que traduzem cooperação entre os contratantes. Explicitam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Resenald que:

Há de salientar que existem duas acepções de boa-fé: uma subjetiva e outra objetiva. A boa-fé subjetiva não é um princípio, e sim um estado psicológico em que a pessoa possui a crença de ser titular de um direito que em verdade só existe na aparência. (...) Em sentido diverso, o princípio da boa-fé objetiva – localizado no campo dos direitos das obrigações – é o objeto de nosso enfoque. **Trata-se da “confiança adjetivada”, uma crença efetiva no comportamento alheio. O princípio compreende m modelo de eticização de conduta social, verdadeiro standard jurídico ou regra de comportamento, caracterizado por uma atuação de acordo com determinados padrões sociais de lisura, honestidade e correção, de modo a não frustrar a legítima confiança da outra parte. (...) A boa-fé funciona como modelo capaz de nortear o teor geral da colaboração intersubjetiva, devendo o princípio ser articulado de forma coordenada às outras normas integrantes do ordenamento, a fim de lograr adequada concreção.** Reportando-se

a boa-fé a valores e expectativas compartilhados em uma comunidade, necessariamente haverá um balanceamento entre os interesses privados dos contratos e outros objetivos da sociedade, sobremaneira o bem-estar dos indivíduos. Tal equilíbrio é dimensionado pela via da boa-fé, ao equilibrar princípios e contraprincípios, amenizando a tensão entre polos e direções. A boa-fé determina que o direito contratual deva ser controlado, e o exercido do poder limitado, de modo a se atingir em parâmetros de decência. (...). O conteúdo da relação obrigacional é dado pela vontade e integrado pela boa-fé. Com isso, estamos afirmando que a prestação principal do negócio jurídico (dar, fazer e não fazer) é um dado decorrente da vontade. Almeida Costa afirma que na relação obrigacional complexa avultam os “deveres principais ou primários da prestação. Constituem estes e os respectivos direitos o fulcro ou núcleo dominante, a alma da relação obrigacional. Em ordem à consecução de seu fim. Daí que sejam eles que definem o tipo do contrato, sempre que se trate de uma relação dessa natureza”. **Todavia, outros deveres se impõem na relação obrigacional, completamente desvinculados da vontade de seus participantes. Há uma intervenção heterônoma que deflui de diretrizes éticas do sistema jurídico, culminando por alargar o conteúdo contratual. Trata-se dos deveres de conduta, também conhecidos na doutrina como deveres anexos, deveres instrumentais, deveres laterais, deveres acessórios, deveres de proteção e deveres de tutela.** Os deveres de conduta são emprestados pela boa-fé ao negócio jurídico, destinando-se a resguardar o fiel processamento da relação obrigacional em que a prestação se integra. Eles incidem tanto sobre o devedor como sobre o credor, mediante resguardo dos direitos fundamentais de ambos, a partir de uma ordem de cooperação, proteção e informação, em via de facilitação do adimplemento. (...). Os deveres de conduta são exigências de uma atuação calcada na boa-fé e derivadas do sistema, e não de qualquer vontade das partes, pois o seu âmbito transcende o da mera contratualidade. **Com grande senso de oportunidade, esclarece Judith Martins-Costa que “a boa-fé produz deveres instrumentais e ‘avoluntaristas’, neologismo que emprego para indicar que não derivam necessariamente do exercício da autonomia privada nem de punctual explicitação legislativa: sua fonte reside justamente no princípio, incidindo em relação a ambos os participantes da relação obrigacional”.**⁶⁸ (Negrito nosso).

Em prestígio aos deveres anexos, entre eles os deveres “de cuidado em relação à outra parte negocial, de respeito, de agir conforme a confiança depositada, de agir conforme a razoabilidade e a equidade e, ainda, de colaboração ou cooperação”⁶⁹, o Conselho da Justiça Federal editou os seguintes enunciados:

Enunciado 170 (III Jornada CJF): A boa-fé objetiva deve ser observada pelas partes na fase de negociações preliminares e após a execução do contrato, quando tal exigência decorrer da natureza do contrato.

Enunciado 25 (I Jornada CJF): O art. 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação pelo julgador do princípio da boa-fé nas fases pré-contratual e pós-contratual.

Deixar de cumprir tais deveres ofende igualmente a boa-fé objetiva e caracteriza a chamada “violação positiva” da obrigação ou do contrato. Nesse sentido: “em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa” (Enunciado 24 – I Jornada CJF).

Destarte, o princípio da Boa-fé Objetiva determina que o relacionamento estabelecido na esfera pré-contratual (quando os contratantes iniciam a negociação dos termos do contrato) seja regido com prudência e observância aos deveres anexos, sob pena de responsabilizar a parte que por ação ou omissão frustrar o contrato.

Como se percebe, a fase preliminar à assinatura do Termo de Transação, Quitação e Exoneração de Responsabilidade afronta uma série de deveres anexos à Boa-fé Objetiva, em especial os seguintes:

(i) dever de cuidado em relação à outra parte negocial: que, no caso, são os Municípios afetados por desastre socioambiental (causado pelo rompimento de barragem administradas pelas empresas mantenedoras);

68 FARIAS, Cristiano Chaves. ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Contratos Teoria Geral e Contratos em Espécie**. 7. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 173; 175; 180-181; 183; 184..

69 TARTUCE, 2017, p. 643.

(ii) dever de agir conforme a confiança depositada: pois decorre do TTAC (cláusula 141 e ss.) a responsabilidade de ressarcir os gastos públicos extraordinários;

(iii) dever de colaboração (ou cooperação) e o dever de agir conforme a razoabilidade e a equidade, como se passa a expor.

Ora, em qual contexto fático é proposto o Termo de Transação, Quitação e Exoneração de Responsabilidade?

É fato público e notório a lastimável crise financeira suportada pelos municípios mineiros. O panorama de dificuldade nas contas financeiras municipais é tamanho que a Associação Mineira de Municípios (AMM), em novembro de 2018, clamou pela intervenção federal no Estado de Minas Gerais por falta de repasses de recursos⁷⁰. O desequilíbrio não é de agora. Com efeito, pelo menos 135 (cento e trinta e cinco) municípios de Minas Gerais já decretaram estado de calamidade financeira⁷¹ por falta de repasses pelo Governo Estadual – o qual, igualmente, por meio Decreto Estadual n. 47.101/2016, divulgou a mesma situação enfrentada.

O grave cenário de aperto nas contas financeiras municipais, potencializado pela situação de calamidade vivenciada pelos municípios

70 Vários meios de comunicação noticiaram esse fato. Entre eles, destacam-se: “**Por dentro de tudo – Crise se agrava e AMM pede intervenção federal em Minas Gerais**”. Disponível em: <https://portalamm.org.br/por-dentro-de-tudo-cri-se-agrava-e-amm-pede-intervencao-federal-em-minas-gerais/>. “**AMM pede a intervenção federal em Minas por causa de dívida do estado com os municípios**”. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2018/11/19/interna_politica,1006599/amm-pede-a-intervencao-federal-em-minas-por-cao-de-divida-do-estado.shtml. “**MPF quer intervenção federal no Estado**”. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/noticias-mg/201010051556360300-mpf-quer-intervencao-federal-no-estado>. “**Prefeitos apoiam intervenção federal nas finanças do Estado**”. Disponível em: https://www.almg.gov.br/acompanhe/noticias/arquivos/2018/03/22_intervencao_federal_audiencia_agropecuaria.html.

71 Disponível em: <https://portalamm.org.br/band-news-135-municipios-mineiros-decretam-estado-de-calamidade-financeira/>. Acesso em 26 de fevereiro de 2019.

afetados pelo rompimento da barragem de Fundão, é razão mais do que suficiente para fomentar na Fundação Renova o compromisso de executar medidas previstas nos programas socioeconômicos (entre os quais está compreendido o “programa de ressarcimento dos gastos públicos extraordinários”) sem estabelecer condições que obstaculizem o processo de reparação ao Poder Público. Não é demais lembrar que:

TERMO DE TRANSAÇÃO E DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

CLÁUSULA 08: Os eixos temáticos e respectivos PROGRAMAS SOCIOECONÔMICOS a serem elaborados, desenvolvidos e executados pela FUNDAÇÃO a ser instituída, detalhados em capítulo próprio, são os seguintes: (...). VI. ECONOMIA: (...). g) Programa de Ressarcimento dos gastos públicos extraordinários dos COMPROMITENTES.

Resta ainda apontar que o Termo, ao ambicionar a exoneração de responsabilidade das empresas mantenedoras (Samarco Mineração S.A., Vale S.A. e BHP Billiton Brasil Ltda.) **exorbita** o objetivo social da Fundação Renova, que se restringe a gerir e executar medidas previstas nos programas socioeconômicos e socioambientais. Nesse contexto, evoca-se a seguinte disposição estatutária:

ESTATUTO DA FUNDAÇÃO RENOVA

Artigo 6º – A Fundação tem por objetivo exclusivo gerir e executar medidas previstas nos programas socioeconômicos e socioambientais, incluindo a promoção de assistência social aos impactados, em decorrência do rompimento da barragem de propriedade da Mantenedora Principal, localizada no Complexo de Germano, em Mariana (“Evento”), observada a situação socioambiental e socioeconômica imediatamente anterior a 5 de Novembro de 2015, conforme detalhado no Termo de Transação e de Ajustamento de Conduta celebrado em 2 de Março de 2016 (“Acordo”) entre (...).

Como se depreende, a Fundação Renova possui finalidades próprias, de natureza não econômica, as quais não se confundem com os objetos sociais de suas instituidoras, limitando-se àquelas listadas no art. 62, § único, do Código Civil.

Ao condicionar ações de ressarcimento previstas no respectivo estatuto à renúncia, por parte de entes públicos, de direitos eventualmente existentes frente às instituidoras, a Fundação Renova ultimou por desviar-se de suas finalidades, de cunho necessariamente não econômico, passando a figurar como gestora de interesses econômicos de suas instituidoras.

Calha frisar, os atos de disposição de direitos inseridos no “termo de transação, quitação e exoneração de responsabilidade” em nada favorecem a consecução dos fins reservados à Fundação Renova – consistentes na reparação dos danos ambientais e socioeconômicos resultantes do rompimento da Barragem do Fundão –, interessando, exclusivamente, suas instituidoras.

Sabendo-se que os dirigentes fundacionais devem estrita fidelidade às finalidades esculpidas no ato constitutivo, padecem de inequívoca antijuridicidade os condicionamentos impingidos pela Fundação Renova para o cumprimento de seus objetivos estatutários, seja por representarem patrocínio de interesses de terceiros ou por desvirtuarem a vocação não econômica ínsita ao terceiro setor, subjugando-a à condição de mero instrumento coativo de suas instituidoras.

Por todo o exposto, é possível concluir que o Termo de Transação, Quitação e Exoneração de Responsabilidade, no que se refere à previsão de desistência ou renúncia de outros direitos (item 8 do TERMO), pretensões (inclusive futuras) ou ações judiciais (inclusive propostas em face de terceiros), é nulo.

Por fim, embora não menos importante, é por bem arrematar que o Superior Tribunal de Justiça tem orientação firme no sentido de que a **responsabilidade por dano ambiental é objetiva**, informada pela **teoria do risco integral**, sendo que o nexo de causalidade é “o fator aglutinante, que permite que o risco se integre na unidade do ato”⁷².

72 Tese julgada sob o rito do art. 543-C do CPC/1973 – TEMA 681 e 707, letra “a”.

A orientação está em consonância com o artigo 14, § 1º, da Lei 6.938/1981 (Política Nacional do Meio Ambiente), que dispõe:

Art. 14 – Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores: (...)

§ 1º Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, **é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade**. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente. (Negrito e grifos nossos).

Ora, nesse aspecto, a reparação integral do dano compreende não só aqueles causados imediatamente ao meio ambiente, mas sim todos os prejuízos causados em consequência do fato danoso, incluindo os terceiros lesados, tal como figuram *in casu* os municípios atingidos.

Diante desse panorama, é fundamental gizar que a responsabilidade civil por danos ambientais, principalmente na arquitetura estabelecida pós Constituição da República de 1988, se sujeita a um regime jurídico específico, o qual, como regra, não confere eventuais benesses em favor do degradador/poluidor (ainda que esse não esteja imbuído de culpa).

Por tal razão, considerando ademais que o dano ambiental provado pelo rompimento da Barragem de Fundão ainda se protraí no tempo (conforme apontado alhures), o que faz com que o quantum debeat não se fixe logo, a única conclusão a que se pode chegar é que os municípios, enquanto terceiros lesados, não podem desistir do direito de pleitear, via judicial, a reparação integral a qual fazem jus. A conclusão encontra espeque na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, na exegese do artigo 14, § 1º, da Lei nº 6.938/1981, bem como no Princípio da Reparação Integral (informador em matéria de Direito Ambiental).

2.3 – Dos questionamentos apresentados.

Feitas tais considerações, resta apresentar o posicionamento deste Centro de Apoio Operacional aos seguintes questionamentos apresentados:

(1) Há disposição indevida do interesse público em razão da celebração de Termo de Transação, Quitação e Exoneração de Responsabilidade entre a Fundação Renova e os municípios atingidos pelo desastre da Samarco, com previsão de “renúncia a quaisquer outros direitos eventualmente existentes, presentes ou futuros, para nada mais reclamar em tempo e lugar algum, a qualquer pretexto, em relação a alocações e gastos públicos extraordinários decorrentes do ROMPIMENTO”, além do compromisso dos municípios de não tomarem qualquer medida adicional e/ou a iniciar qualquer procedimento judicial ou extrajudicial contra a Samarco Mineração S.A., a Vale S.A. a Bhp Billiton Brasil LTDA. ou contra quaisquer entidades que sejam direta ou indiretamente relacionadas e/ou ligadas a tais partes, no Brasil ou no exterior, inclusive exigindo que os municípios desistissem de ação coletiva movida contra a BHP BILLITON PLC e outras, na Inglaterra?

Como bem se sabe, a Administração Pública não está autorizada a dispor de interesse geral, nem mesmo renunciar aos poderes que a lei lhe atribuiu para tal tutela. O gestor público, mormente na Administração Gerencial, não é titular do interesse público, mas apenas exercente desse interesse.

Há hipóteses em que é admitida a transação no setor público, desde que se trate de interesse instrumentais ou interesses relativamente indisponíveis, o que não se amolda ao caso em testilha. Desse modo, a assinatura do Termo de Transação, Quitação e Exoneração de Responsabilidade nos termos expostos, inequivocamente, representa indevida disposição do interesse público.

(2) Caso afirmativo, a disposição indevida do interesse público em razão da celebração do Termo de Transação, Quitação e Exoneração de Responsabilidade acarreta sua ilegalidade e nulidade?

Sim. Aliás, o Termo de Transação, conforme evidenciado no subtópico antecedente, é nulo por ilegitimidade, sobretudo em razão (i) de pretender transacionar interesses que são absolutamente indisponíveis; (ii) de não observar os deveres anexos na fase pré-contratual, maculando desde sua gênese por violação positiva da boa-fé objetiva; (iii) de inexistir fundamento jurídico válido à exoneração de responsabilidade das empresas mantenedoras da Fundação Renova; e, (iv) representar desvio das finalidades estatutariamente cometidas à Fundação Renova.

3) CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, sem caráter vinculante, respeitada a independência funcional do Promotor Natural, conclui o Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Justiça de Defesa do Patrimônio Público que, o Termo de Transação, Quitação e Exoneração de Responsabilidade, no que se refere ao condicionamento de pagamento aos municípios à desistência ou renúncia de outros direitos e ações judiciais é **nulo**, por **ilegitimidade**, pelos fundamentos já apresentados, mostrando-se **abusivo** e reduzindo a Fundação Renova à condição de gestora de interesses econômicos das empresas mantenedoras (Samarco Mineração S.A., Vale S.A. e BHP Billiton Brasil Ltda.).

Remeta-se cópia, via e-mail, aos Ínclitos Promotores de Justiça consultentes, à Douta Promotoria de Justiça de Tutela de Fundações de Belo Horizonte e às Promotorias de Justiça de Defesa do Patrimônio Público das Comarcas de Aimorés, Ponte Nova, Açucena, Caratinga, Inhapim, Conselheiro Pena, São Domingos do Prata, Tarumirim, Galiléia, Ipatinga, Resplendor, Mariana, Timóteo, Raul Soares, Rio Casca e Alvinópolis, integradas por municípios atingidos pela tragédia decorrente do rompimento da barragem de Fundão, com posterior arquivamento do presente feito.

Registre-se e cumpra-se.

Belo Horizonte, 07 de março de 2019.

JOSÉ CARLOS FERNANDES JUNIOR

Promotor de Justiça

Coordenador do CAO – Patrimônio Público

Nota Técnica nº 07/2019

PAAF nº 0024.19.003693-9

Requerentes: 2ª Promotoria de Justiça da Comarca de Brasília de Minas

Ementa: Das modalidades de licenças concedidas ao servidor público estatutário: licença para acompanhar cônjuge ou companheiro e licença para tratar de assunto de interesse particular. Do Estatuto do Servidor Público do Município de Brasília de Minas. Inadmissibilidade da concessão de licença por tempo indeterminado. Ato discricionário. Critérios de conveniência e oportunidade da Administração Pública

1) RELATÓRIO

Trata-se de consulta apresentada pelo Promotor de Justiça da Comarca de Brasília de Minas, Dr. Wagner Noronha Neves, em que requer orientação deste Centro de Apoio Operacional em relação à legalidade da concessão de licença a servidor público municipal para fins de acompanhamento de cônjuge.

Em síntese, do que se pode depreender da documentação que instruiu o pedido de orientação a este Centro de Apoio, que deu origem ao presente Procedimento de Apoio à Atividade Fim, o Município de Brasília de Minas concedeu a alguns de seus servidores efetivos (enfermeiras) licenças para acompanhamento de cônjuges, por tempo indeterminado e sem remuneração, com fulcro na “aplicação subsidiária da Lei Federal nº. 8.112/1990”. Ocorre que para suprir a ausência desses servidores

e dar continuidade à prestação do serviço público de saúde, a municipalidade promoveu contratações temporárias. Tais contratações, porém, foram realizadas sem a perspectiva de regularizar o provimento efetivo de tais cargos, uma vez que as licenças foram concedidas, repisa-se, por prazo indeterminado (de modo, inclusive, a tolher a possibilidade de celebração de novos concursos públicos ou mesmo nomear candidatos porventura já aprovados em certames anteriores).

Instaurou-se inquérito civil a fim de se apurar eventuais irregularidades nessas contratações temporárias, bem como para averiguar a legalidade da concessão de licenças, ainda que sem vencimento, ao servidor público municipal de Brasília de Minas. Sendo assim, solicita o consulente os seguintes esclarecimentos:

- 1) os requisitos para a concessão de licenças sem vencimento a servidor público municipal;
- 2) o procedimento legal a ser adotado pelo órgão municipal;
- 3) a possibilidade/legalidade das licenças sem vencimento para acompanhar cônjuge por prazo indeterminado;
- 4) as eventuais medidas a serem adotadas no âmbito da Curadoria do Patrimônio Público.

A solicitação veio instruída com cópia do Inquérito Civil nº 0086.18.000090-2, além do estatuto dos servidores municipais de Brasília de Minas, Lei Municipal nº 1.589/2002, e parecer da Procuradoria do Município sobre o caso, no sentido da legalidade da concessão de licença à servidora.

É o relatório.

2) FUNDAMENTAÇÃO

2.1. *Introito: delimitações conceituais. O servidor público estatutário e servidor público temporário.*

A doutrina administrativista brasileira, de modo geral, utiliza a expressão “**agente público**” para indicar, no sentido mais amplo possível, todas as pessoas físicas que desempenham, ainda que de modo transitório ou sem remuneração, quaisquer tipos de serviços ao Estado. É por meio do agente público que o Estado se manifesta exteriorizando sua vontade e os atos materiais capazes de concretizá-la, conforme proposição da Teoria do Órgão, sistematizada pelo jurista alemão Otto Gierke.

Conquanto existam vozes que advoguem ser a expressão “servidor público” gênero correspondente ao conceito de agente público, o posicionamento majoritário contemporâneo aponta no sentido de que o servidor público, assim como empregado público, é **categoria** de agente público. Assim, embora, a princípio, a expressão “servidor público” tenha conotação polissêmica, depreende-se da doutrina autorizada que:

Agente público é toda pessoa física que presta serviços ao Estado e às pessoas jurídicas da Administração Indireta. (...). Perante a Constituição de 1988, com as alterações introduzidas pela Emenda nº 19/98, pode-se dizer que são quatro as categorias de agentes públicos:

1. agentes políticos;
2. servidores públicos;
3. militares; e
4. particulares em colaboração com o Poder Público.⁷³ (Negrito no original).

Os agentes públicos podem ser categorizados, ainda, quanto a outros fatores, como a função que desempenham, a força de suas decisões e o regime jurídico ao qual se submetem. De acordo com a teorização proposta por Hely Lopes Mirelles, os agentes públicos podem ser agrupados em cinco grandes grupos, quais sejam: (i) agentes políticos; (ii) agentes administrativos; (iii) agentes honoríficos; (iv) agentes delegados e (v) agentes credenciados⁷⁴.

73 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 585.

74 Nesse sentido: “Os agentes públicos, gênero que acima conceituamos, repartem-se inicialmente em cinco espécies ou categorias bem diferenciadas, a saber: agentes políticos, agentes administrativos, agentes honoríficos, agentes

Os agentes administrativos são a categoria destinada a abranger as pessoas naturais que possuem relação funcional com a Administração Pública, desempenhando atividade profissional remunerada e sujeitando-se à hierarquia administrativa e a regime jurídico próprio. Estão compreendidos nessa categoria os servidores públicos (em sentido estrito), os empregados públicos e os servidores públicos temporários. Com efeito:

Agentes administrativos: são todos aqueles que se vinculam ao Estado ou às suas entidades autárquicas e fundacionais por relações profissionais, sujeitos à hierarquia funcional e ao regime jurídico determinado pela entidade estatal a que servem. São investidos a título de emprego e com retribuição pecuniária, em regra por nomeação, e excepcionalmente por contrato de trabalho ou credenciamento. Nessa categoria incluem-se, também, os dirigentes de empresas estatais (não os seus empregados), como representantes da Administração indireta do Estado, os quais, nomeados ou eleitos, passam a ter vinculação funcional com órgãos públicos da Administração direta, controladores da entidade.

Os agentes administrativos não são membros de Poder de Estado, nem o representam, nem exercem atribuições políticas ou governamentais; são unicamente servidores públicos, com maior ou menor hierarquia, encargos e responsabilidades profissionais dentro do órgão ou da entidade a que servem, conforme o cargo, emprego ou a função em que estejam investidos. De acordo com a posição hierárquica que ocupam e as funções que lhes são cometidas recebem a correspondente parcela de autoridade pública para o seu desempenho no plano administrativo, sem qualquer poder político. Suas atribuições, de chefia, planejamento, assessoramento ou execução, permanecem no âmbito das habilitações profissionais postas remuneradamente a serviço da Administração. Daí por que tais agentes respondem sempre por simples culpa pelas lesões que causem à Administração ou a terceiros no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las, visto que os atos profissionais exigem perícia técnica e perfeição de ofício.

delegados e agentes credenciados, que, por sua vez, se subdividem em subespécies ou subcategorias, como veremos a seu tempo. Essa classificação não corresponde exatamente à dos demais autores pátrios, mas se nos afigura a mais lógica e condizente com a realidade nacional, como procuraremos demonstrar a seguir”. (itálico no original). MIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 80.

Esses agentes administrativos ficam em tudo e por tudo sujeitos ao regime da entidade a que servem e às normas específicas do órgão em que trabalham, e, para efeitos criminais, são considerados funcionários públicos, nos expressos termos do art. 327 do CP.

A categoria dos agentes administrativos – espécie do gênero agente público – constitui a imensa massa dos prestadores de serviços à Administração direta e indireta do Estado nas seguintes modalidades admitidas pela Constituição da República/88: a) servidores públicos concursados (art. 37, II); b) servidores públicos exercentes de cargos ou empregos em comissão titulares de cargo ou emprego público (art. 37, V); c) servidores temporários, contratados “por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público” (art. 37, IX).⁷⁵ (Destaque nosso).

Nesse panorama, o servidor público é a espécie de agente público, categoria agente administrativo, que mantém um vínculo profissional e estável com a Administração Pública. Na definição de Carvalho Filho, “servidores públicos são todos os agentes que, exercendo com caráter de permanência uma função pública em decorrência de relação de trabalho, integram o quadro funcional das pessoas federativas, das autarquias e das fundações públicas de natureza autárquica”⁷⁶.

Segundo propõe a doutrina, a categoria “servidor público” pode ser compreendida em sentido amplo ou em sentido estrito:

São servidores públicos, em sentido amplo, as pessoas físicas que prestam serviços ao Estado e às entidades da Administração Indireta, com vínculo empregatício e mediante remuneração paga pelos cofres públicos. Compreendem:

1. os **servidores estatutários**, sujeitos ao regime estatutário e ocupantes de cargos públicos;
2. os **empregados públicos**, contratados sob o regime da legislação trabalhista e ocupantes de **emprego público**;

3. os **servidores temporários**, contratados por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público (art. 37, IX, da Constituição); eles exercem **função**, sem estarem vinculados a cargo ou emprego público.⁷⁷ (Negritos da autora).

Servidor público, em sentido estrito, é expressão utilizada para identificar aqueles agentes que mantêm relação funcional com o Estado em regime estatutário (legal). São titulares de cargos públicos, efetivos ou em comissão, sempre sujeitos a regime jurídico de direito público.⁷⁸

Desse modo, os servidores públicos estatutários (ou servidores públicos em sentido estrito) constituem o grupo de agentes públicos que atuam na Administração Pública e com ela mantêm vínculo de dependência, devidamente integrados em cargos públicos providos por concurso público, nos moldes do art. 37, inc. II, da Constituição da República de 1988. Para tais servidores aplica-se o regime jurídico previsto na Constituição da República ou em lei própria definida pelo ente da Federação. José dos Santos Carvalho Filho assim os conceitua:

*Servidores públicos estatutários são aqueles cuja relação jurídica e trabalho é disciplinada por diplomas legais específicos, denominados estatutos. Nos estatutos estão inscritas todas as regras que incidem sobre a relação jurídica, razão por que nelas se enumeram os direitos e deveres dos servidores e do Estado.*⁷⁹ (itálicos no original).

A propósito, dentre as várias características afetas ao regime estatutário, a particularidade de maior relevo (ao menos para fins desta consulta) é a da **multiplicidade normativa dos estatutos funcionais**. Isso por que, na toada do art. 39 da Constituição da República de 1988, aos Entes Federados é atribuída a **competência** para instituir o regime jurídico único e planos de carreiras para seus servidores, nos seguintes termos:

77 DI PIETRO, 2013, p. 587-588.

78 ALEXANDRINO, Marcelo. VICENTE, Paulo. **Direito Administrativo Descomplicado**. 23. ed. São Paulo: Método, 2015. p. 117.

79 CARVALHO FILHO, 2013, p. 597-598.

75 Idem, p. 83-84.

76 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 594.

Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas.

Com efeito, compete a cada ente político a elaboração da respectiva lei estatutária, a fim de identificar a disciplina da relação jurídica funcional estabelecida entre aquela categoria de agentes públicos e a Administração. Existem, pois, estatutos nas órbitas federal, estadual, distrital e municipal, cada um autônomo em relação aos demais.

Na esfera federal, a Lei 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, criou o regime jurídico dos servidores públicos estatutários federais, enumerando os deveres e direitos dos seus servidores. Muito embora se trate de norma aplicável às relações funcionais estabelecidas entre servidores estatutários e a Administração Pública Federal, a jurisprudência vem caminhando no sentido de que, diante da omissão das leis locais, é possível a aplicação de suas disposições nas searas estadual e municipal por meio do instituto da analogia, conforme se depreende do precedente a seguir:

(...) 2. A jurisprudência do STJ firmou a possibilidade de interpretação analógica em relação à matéria de servidores públicos, quando inexistir previsão específica no diploma normativo do Estado ou do município. Precedentes: RMS 30.511/PE, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, DJe 22.11.2010; e RMS 15.328/RN, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 2.3.2009.

3. O raciocínio analógico para suprir a existência de lacunas já foi aplicado nesta Corte Superior de Justiça, inclusive para o caso de licenças aos servidores estaduais: RMS 22.880/RJ, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJe 19.5.2008.

STJ – RMS 34630 / AC; Relator: Ministro Humberto Martins; Julgado em 18/10/2011.

De toda sorte, é imprescindível ponderar que “a criação e a disciplina do cargo público fazem-se necessariamente por lei, no sentido de

que a lei deverá contemplar a disciplina essencial e indispensável. Isso significa estabelecer o núcleo das competências, dos poderes, dos deveres, dos direitos, do modo de investidura e das condições de exercício das atividades”.⁸⁰

Nessa perspectiva, os servidores públicos estatutários compreendem a categoria de agentes que se submetem às normas unilateralmente estabelecidas pela Administração e que ocupam **cargos públicos** de provimento efetivo. É preciso lembrar que “cargo público” corresponde ao lugar instituído na organização do funcionalismo, distribuído, geralmente, em classes e carreiras, com denominação própria, atribuições específicas e remuneração correspondente para ser exercido por um titular na forma estabelecida em lei.

Conforme Celso Antônio Bandeira de Mello, “cargos são as mais simples e indivisíveis unidades de competência a serem expressadas por um agente, previstas em número certo, com denominação própria, retribuídas por pessoas jurídicas de Direito Público e criadas por lei”⁸¹. Com efeito, “todo cargo público, por representar um conjunto de atribuições, obrigatoriamente está relacionado a uma função pública. **É possível haver agentes públicos com função pública e sem cargo, mas não o inverso**”.⁸²

Destarte, importa-nos enfatizar, quanto aos servidores públicos estatutários, que:

a) são agentes administrativos, espécies de agentes públicos, que possuem vínculo funcional efetivo com a Administração Pública em razão do exercício da atividade profissional remunerada, sujeitando-se à hierarquia administrativa e a regime jurídico próprio. São também chamados, por isso, de “servidores públicos efetivos”;

b) esse regime jurídico é definido por meio de lei a ser elaborada por cada um dos Entes Políticos, conforme estatui o art. 39 da CR/88. Quis, assim, a norma constitucional, pluralidade normativa de estatutos funcionais, a fim de que cada pessoa jurídica federada possa, de acordo com suas respectivas particularidades, disciplinar os direitos e deveres dos servidores públicos que a ela se vinculam;

80 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 7 ed. Belo horizonte: Fórum. 2011. p. 848.

81 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 254.

82 ALEXANDRINO, 2015, p. 395.

c) ao cabo, é importante considerar que os servidores públicos estatutários são pessoas legalmente investidas em cargos públicos, assim entendidos como o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional da Administração, providos na forma do art. 37, inc. II, da CR/88.

Por outro lado, a contratação temporária tem como matriz constitucional o art. 37, inc. IX, da Constituição da República de 1988, o qual prescreve que “a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado, para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público”. Esse tipo de vínculo não se confunde com as demais formas de ingresso no serviço público, prevista no artigo 37, inciso II, da Carta Constitucional.

[Os] servidores públicos temporários, na verdade, configuram como um **agrupamento excepcional** dentro da categoria geral dos servidores públicos. A previsão dessa categoria especial de servidores está contemplada no art. 37, IX, da CF, que admite a sua contratação por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público. A própria leitura do texto constitucional demonstra o caráter de excepcionalidade de tais agentes.⁸³ (Destacamos).

O dispositivo não determina, de modo expresse, dentro da vetusta dualidade paradigmática entre servidores celetistas e estatutários, qual desses regimes jurídicos seria aplicável. Todavia, admitindo o seu recrutamento na forma da lei, devem ser eles considerados como integrantes da categoria geral dos servidores públicos. Essas são, inclusive, as palavras de José dos Santos Carvalho Filho⁸⁴.

O servidor temporário, portanto, é uma subcategoria de servidor público que mesmo sem ocupar cargo público é legitimado a exercer determinada função pública, entendida como um plexo unitário de atribuições (ou, de modo mais simples, como a atividade em si mesma). A regularidade jurídica desse vínculo tem baldrame na

necessidade temporária excepcional e de relevante interesse público, configurada em hipóteses especialíssimas previstas em lei.

Por conseguinte, o dispositivo constitucional que cuida da matéria constitui o que se convencionou classificar de “**norma constitucional de eficácia limitada**”, para a qual há necessidade de regulamentação por meio de lei infraconstitucional, posto que possui aplicabilidade mediata, indireta, reduzida ou diferida. A disciplina legal no âmbito federal veio por meio da Lei n.º 8.745/93. Cada unidade federativa, no entanto, deverá providenciar a regulamentação legal para proceder à contratação temporária em sua circunscrição.

Nessa esteira e como já fixado em oportunidades anteriores por este Centro de Apoio, é indispensável à regularidade das contratações temporárias:

- a) **Previsão em lei;**
- b) **Tempo determinado;**
- c) **Necessidade temporária de interesse público;**
- d) **Interesse público excepcional.**

A par dessas condições, José dos Santos Carvalho Filho pontifica:

O regime especial visa a disciplinar uma categoria específica de servidores: os servidores públicos temporários. Como visto anteriormente, o recrutamento desse tipo de servidor tem escora no art. 37, IX, da CF, mas algumas observações devem ser feitas em relação ao regime especial. (...). O regime especial deve atender a três pressupostos inafastáveis.

O primeiro deles é a **DETERMINABILIDADE TEMPORAL** da contratação, ou seja, os contratos firmados com esses servidores devem ter sempre **prazo determinado**, contrariamente, aliás, do que ocorre nos regimes estatutário e trabalhista, em que a regra consiste na indeterminação do prazo da relação de trabalho.

Depois, temos o pressuposto da **TEMPORARIEDADE DA FUNÇÃO**: a necessidade desses serviços deve ser sempre **temporária**. Se a necessidade é permanente, o Estado deve processar o recrutamento através dos demais regimes. Está, por isso, descartada a admissão

83 CARVALHO FILHO, 2013, p. 598.

84 *Idem*.

de servidores temporários para o exercício de funções permanentes; se tal ocorrer, porém, haverá indistigável simulação e a admissão será inteiramente inválida. Lamentavelmente, algumas Administrações, insensíveis (para dizer o mínimo) ao citado pressuposto, tentam fazer contratações temporárias para funções permanentes em flagrante tentativa de fraudar a regra constitucional. Tal conduta, além de dissimular a ilegalidade do objetivo, não pode ter outro elemento senão o de favorecer a alguns apaniguados para ingressarem no serviço público sem concurso, o que caracteriza inegável desvio de finalidade. O último pressuposto é a **EXCEPCIONALIDADE DO INTERESSE PÚBLICO** que obriga ao recrutamento. Empregando o termo **excepcional** para caracterizar o interesse público do Estado, a Constituição deixou claro que **situações administrativas comuns não podem ensejar o chamamento desses servidores**. Portanto, pode dizer-se que **a excepcionalidade do interesse público corresponde à excepcionalidade do próprio regime especial**. Algumas vezes o Poder Público, tal como sucede com o pressuposto anterior e em regra com o mesmo desvio de poder, simula desconhecimento de que a excepcionalidade do interesse público é requisito inafastável para o regime especial.⁸⁵ (Destques nossos).

Cumpra aduzir que o segundo pressuposto, qual seja, “temporiedade da função”, pode ser excepcionalmente relativizado. Explica-se.

As circunstâncias do caso concreto podem revelar que, em determinadas situações excepcionáíssimas (e que deverão ser devidamente demonstradas), pode existir necessidade temporária em atividades permanentes. Tal quadro pode ocorrer, por exemplo, quando o quantitativo de cargos previstos é suficiente para atender a demanda, mas a falta de pessoal é temporária, devido a situações pontuais na rotina administrativa (nesse sentido, vide Acórdão TCE/MT nº 1.743/05⁸⁶).

85 CARVALHO FILHO, 2013, p. 605-607.

86 “ACORDAM os senhores conselheiros do Tribunal de Contas, por unanimidade, acompanhando o voto do conselheiro relator e de acordo com o Parecer nº 4.014/2005, da Procuradoria de Justiça, em responder ao consulente, conforme determina o artigo 216 da Resolução nº 02/2002, que é **possível a substituição de servidor em férias por um contrato temporário, quando tão-somente se verificar a relevância da função ou impossibilidade de paralização [sic] da atividade do servidor em férias, onde a Administração Pública não possa desenvolver suas atividades, a contento, sem o preenchimento daquele cargo, devendo o contrato**

Vale repetir: a **regra é a impossibilidade de contratação temporária para o exercício de atividades ordinárias e permanentes** do órgão e entidade, mas **essa vedação não é absoluta**, ela poderá ceder, em casos realmente excepcionais e transitórios (emergências, epidemias, calamidades), desde que previamente especificamos em lei.⁸⁷ (Negrito no original).

Nos casos de contratação temporária sem observância dos requisitos e pressupostos mínimos necessários é presumível a lesividade ao patrimônio público, nos termos do artigo 37, § 2º, da Constituição da República de 1988, que determina a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável. Outrossim, conforme a Lei de Ação Popular (Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965), são considerados nulos – e **portanto lesivos ao Erário** – os atos revestidos de vícios na forma, ilegalidade do objeto⁸⁸, inexistência dos motivos e praticados com desvio de finalidade⁸⁹.

temporário durar apenas e, tão-somente, o período em que o servidor substituído estiver gozando as férias, ressaltando-se que a permanência do contrato temporário, após esse período, é irregular, tendo em vista a perda do objeto da contratação, pois, não haverá mais a necessidade temporária de excepcional interesse público para a referida contratação, pelo fato de o servidor que estava em férias ter voltado ao seu labor, recomendando-se ao sr. Gestor a observância da Lei Municipal que regulamenta a contratação temporária no Município”. (negrito nosso). Acórdão nº. 1743/2005. Disponível em: http://www.tce.mt.gov.br/protocolo/decisao/num/173428/ano/2005/num_decisao/1743/ano_decisao/2005. Acesso em 29 de março de 2019.

87 ALEXANDRINO, 2015, p. 328-329.

88 Artigo 2º, Parágrafo único, alínea “c”: a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo.

89 Artigo 2º, parágrafo único, alínea “e”: o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência. Para Hely Lopes Meirelles: “O desvio de finalidade ou de poder verifica-se quando a autoridade, embora atuando nos limites de sua competência, pratica o ato por motivos ou com fins diversos dos objetivados pela lei ou exigidos pelo interesse público. **O desvio de finalidade ou de poder é, assim, a violação ideológica da lei, ou, por outras palavras, a violação moral da lei, colimando o administrador público fins não queridos pelo legislador, ou utilizando motivos e meios imorais para a prática de um ato administrativo aparentemente legal**. Tais desvios ocorrem, p. ex., quando a autoridade pública decreta uma desapropriação alegando utilidade pública mas visando, na realidade, a satisfazer interesse pessoal próprio ou favorecer algum particular com a subsequente transferência do bem expropriado; ou quando outorga uma permissão sem interesse coletivo; quando classifica um concorrente por favoritismo, sem atender aos fins objetivados pela licitação;

Destarte, com arrimo nessas considerações e ainda de acordo com a Nota nº 12/2017⁹⁰, expedida por esse Centro de Apoio Operacional, tratando-se de afastamento provisório do titular de cargo público efetivo, em razão de circunstâncias de caráter temporário (exemplo: licença maternidade), o instituto da contratação temporária é admissível enquanto perdurar a situação de afastamento. Trata-se da aplicação do Princípio da Razoabilidade à matéria, uma vez que a contratação temporária, nesses casos, se submete “a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal”⁹¹, além de “não ultrapassar o limite do juridicamente aceitável”⁹². Não obstante, é válido apontar que somente à luz das circunstâncias do caso concreto é que se poderá atestar a razoabilidade da medida.

Em arremate, relevante destacar, quanto aos servidores públicos temporários, que:

a) são agentes administrativos, espécies de agentes públicos, que possuem vínculo funcional de natureza jurídico-administrativa com a Administração Pública para atender necessidade temporária de excepcional interesse público, nos termos do Art. 37, inc. IX, da CR/88. Essa categoria não se confunde com os servidores públicos

estatutários nem com os empregados públicos e, por isso, se submetem a um regime jurídico especial a ser disciplinado em lei de cada ente da federação;

b) a excepcionalidade, como regra, é tanto da contratação como da atividade reclamada pelo interesse público. Por isso, os contratados temporários não ocupam cargos públicos, mas apenas desempenham função pública, de modo que, para a regularidade da contratação, é indispensável a previsão em lei, a determinabilidade temporal e a temporariedade da função, que deve ser qualificada por interesse público excepcional;

c) excepcionalmente, as circunstâncias podem revelar que existe necessidade temporária em atividades permanentes. É o que pode se vislumbrar, v.g., quando é provisoriamente afastado o titular de cargo público efetivo, cuja função desempenhada é de relevância ímpar e a Administração Pública não pode desenvolvê-la a contento sem lançar mão da contratação temporária. Trata-se da aplicação do Princípio da Razoabilidade ao caso, de modo que sua regularidade somente pode ser aferida à luz das particularidades do caso concreto.

2.2 – Da licença concedida ao servidor público estatutário: breves comentários.

Os deveres dos servidores públicos estatutários, bem como os seus direitos e garantias estão sujeitos ao Princípio da Legalidade, sendo certo que alguns desses deveres e direitos se encontram previstos na própria Constituição da República, como o “dever de impessoalidade”, o “direito à remuneração”, o “direito às férias”, conforme se depreende dos artigos 37, caput e 41, da Carta Magna.

Comumente as legislações tratam dos mais diversos direitos e garantias em favor dos seus servidores: vencimentos, indenizações, vantagens, retribuições, gratificações e adicionais, afastamentos, licenças, entre outros. Sobre as licenças, Diógenes Gasparini ensina que:

As licenças, variáveis de legislação para legislação, são períodos de afastamento do servidor do serviço público com ou sem perda dos vencimentos e demais direitos. Os estatutos costumam prever licença para tratamento de saúde, para prestação do serviço militar e para cuidar de interesse particular. Ainda preveem a licença-

ou, ainda, quando adquire tipo de veículo com características incompatíveis com a natureza do serviço a que se destinava. O ato praticado com desvio de finalidade – como todo ato ilícito ou imoral – ou é consumado às escondidas ou se apresenta disfarçado sob o capuz da legalidade e do interesse público. Diante disto, há que ser surpreendido e identificado por indícios e circunstâncias que revelem a distorção do fim legal; substituído habilidosamente por um fim ilegal ou imoral não desejado pelo legislador. A propósito, já decidiu o STF que: ‘indícios vários e concordantes são prova’. **Dentre os elementos indiciários do desvio de finalidade está a falta de motivo ou a discordância dos motivos com o ato praticado. Tudo isto dificulta a prova do desvio de poder ou de finalidade, mas não a torna impossível se recorrermos aos antecedentes do ato e à sua destinação presente e futura por quem o praticou**” (destacamos). MEIRELLES, 2016, p. 123.

90 NJ 12/2017 – Trata da contratação temporária ou designação de outro servidor efetivo para exercício de funções de cargo público efetivo, cujo titular encontra-se afastado. <https://intranet.mpmg.mp.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A91CFAA5AF50806015AF780845A0B7D>

91 MELLO, 2011, p. 108.

92 GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001. p. 69.

prêmio e a licença-gestante, ao lado de outras. Esta última, a par da licença-paternidade, é hoje direito constitucional (art. 39, § 3º, c/c o art. 7º, XVIII e XIX). Atendidos os pressupostos legais, essas licenças são concedidas tanto aos servidores ocupantes de cargos de provimento em comissão, salvo quanto à destinada a tratar de interesses particulares, por incompatível com a natureza do cargo em comissão.

Algumas licenças são concedidas *ex officio*, como é o caso da que objetiva fins profiláticos; outras são somente outorgadas a pedido, a exemplo da que permite o afastamento do servidor para cuidar de interesses particulares. Dependendo dos motivos e da natureza da licença, o afastamento pode ser prorrogado. É evidente que não se pode prorrogar, por exemplo, a licença-prêmio, nem conceder certas licenças antecipadamente. Finda a licença, o servidor deve reassumir o exercício do cargo, sob pena de perda dos seus vencimentos e de demissão por abandono do cargo, quando a ausência ultrapassar certo prazo, normalmente de trinta dias. O servidor deve aguardar no exercício do cargo o deferimento do pedido de sua licença e, salvo se o gozo estiver vinculado a determinada situação (serviço militar, gestação, paternidade), não pode insurgir-se contra o indeferimento do pedido de afastamento se assim for decidido pela Administração Pública. A esta cabe, em razão das necessidades do serviço, dizer em que período o gozo da licença pode acontecer.⁹³

A Lei nº. 8.112/1990, em seu artigo 81, enumera os seguintes tipos de “licenças” que podem ser concedidas ao servidor público estatutário federal:

Art. 81. Conceder-se-á ao servidor licença:

I – por motivo de doença em pessoa da família;

II – por motivo de afastamento do cônjuge ou companheiro;

III – para o serviço militar;

IV – para atividade política;

V – ~~prêmio por assiduidade~~;

V – para capacitação; (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

VI – para tratar de interesses particulares;

VII – para desempenho de mandato classista.

Como dito anteriormente, compete a cada ente federado instituir o regime jurídico único e planos de carreiras para seus servidores (artigo 39 da CF), razão pela qual caberá ao legislador local regulamentar as formas de afastamento⁹⁴ de seus servidores.

No caso ora apresentado, o consultante indaga, em síntese, sobre a possibilidade da concessão a servidor público municipal de licença sem vencimento para acompanhamento de cônjuge, seus requisitos e o prazo da licença. Assim, passa-se a analisar a “licença por motivo de afastamento do cônjuge” e a “licença para tratar de interesses particulares”.

2.2.1 – Da licença por motivo de afastamento de cônjuge o companheiro (licença para acompanhar cônjuge)

Como referência inicial, cumpre primacialmente trazer à baila as disposições do Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União, que, no caput de seu artigo 84, situado no Título III (Dos Direitos e Vantagens), Capítulo IV (Das Licenças), Seção III (Da licença por motivo de afastamento de cônjuge), assim estabelece:

⁹⁴ O afastamento tem grande semelhança com a licença, no sentido inclusive de estar condicionado à emissão de ato administrativo formalizador de seu deferimento. Mas a diferença fundamental reside em que o agente continua a desempenhar alguma atividade de interesse público, na pendência do afastamento. Há, portanto, uma distinção relevante no tocante ao interesse a que os dois institutos se destinam a atender. Assim, a Lei nº. 8.112 prevê os casos de afastamento para servir a outro órgão ou entidade (art. 93), afastamento para exercício de mandato eletivo (art. 94) e afastamento para estudo ou missão no exterior (art. 95). Essa ponderação não afasta a possibilidade de a lei qualificar como afastamento uma hipótese em que a suspensão temporária do exercício das atribuições se faz no interesse do servidor. Nessa linha, o art. 102 se vale da expressão afastamento para indicar casos em que há nítida preponderância do interesse do próprio servidor, fazendo referência inclusive à hipótese de licenças. Deve-se entender que o referido art. 102 utilizou o vocábulo “afastamento” como um gênero, abrangente de diversas espécies (inclusive os afastamentos em sentido técnico e as licenças). Marçal Justen Filho, ob. cit., p. 901.

⁹³ GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 284.

Lei nº. 8.112/1990 – Art. 84. Poderá ser concedida licença ao servidor para acompanhar cônjuge ou companheiro que foi deslocado para outro ponto do território nacional, para o exterior ou para o exercício de mandato eletivo dos Poderes Executivo e Legislativo.

§1º A licença será por prazo indeterminado e sem remuneração.

§2º No deslocamento de servidor cujo cônjuge ou companheiro também seja servidor público, civil ou militar, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, poderá haver exercício provisório em órgão ou entidade da Administração Federal direta, autárquica ou fundacional, desde que para o exercício de atividade compatível com o seu cargo.

Dessa forma, poderá ser concedida a licença para servidor acompanhar cônjuge, em caso de deslocamento deste para outro ponto do território nacional, para o exterior ou para exercício de mandato eletivo. Percebe-se que para concessão da licença, não é necessário que o cônjuge ou companheiro de quem pleiteia a licença seja servidor público, podendo ser, inclusive, empregado de empresa privada. Além disso, inexistente necessidade da atualidade do deslocamento, visto que a licença pode ser pleiteada em momento diverso daquele.

A despeito da utilização do verbo “poderá”, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entende que, no caso de licença para acompanhar cônjuge ou companheiro, uma vez atendidos os requisitos legais, a Administração Pública **deverá** conceder a licença ao servidor:

EMENTA. ADMINISTRATIVO. SERVIDORA PÚBLICA. LICENÇA PARA ACOMPANHAR CÔNJUGE NO EXTERIOR. ARTIGO 84 DA LEI 8.112/90. PODER-DEVER DA ADMINISTRAÇÃO. AUSÊNCIA DE DISCRICIONARIEDADE. INEXISTÊNCIA DE INTERESSE PÚBLICO, FACE A AUSÊNCIA DE REMUNERAÇÃO. PREENCHIDOS OS REQUISITOS A LICENÇA DEVE SER CONCEDIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

I – O requisito fulcral para a concessão da licença pleiteada é tão somente o deslocamento do cônjuge para outro ponto do território nacional ou exterior, ou ainda, para exercício de mandato eletivo dos Poderes Executivo e Legislativo.

II – Ônus algum recai sobre o Erário, vez que o parágrafo 1º do dispositivo em discussão prevê a ausência de remuneração durante todo o período da licença. Assim, a interpretação dada ao art. 84 da Lei nº 8.112/90 não deve ser a mesma do art. 36 do Estatuto.

III – Ademais, o art. 84 do Estatuto dos Servidores está situado em seu Título III, qual seja “Dos Direitos e Vantagens”. A norma contida em todos os demais dispositivos que se encontram nesse mesmo título diz respeito a direitos dos servidores, sobre os quais a Administração possui pouco ou nenhum poder discricionário. O legislador, pelo menos no capítulo em que tratou de concessão de licenças, quando quis empregar caráter discricionário, o fez expressamente, como no art. 91 do mesmo Diploma Legal.

IV – O art. 84 da Lei nº 8.112/90 contém norma permissiva, cuja interpretação mais adequada é a de que carrega um poder-dever por parte da Administração. Logo, preenchendo-se os requisitos, o requerente faz jus à licença requerida.

V – Recurso especial conhecido e desprovido.

STJ. RESP nº 422.437 – MG 2002/0033598-4. Relator: Ministro Gilson Dipp; Publicado em 04/04/2005. (Grifos nossos).

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. LICENÇA PARA ACOMPANHAR CÔNJUGE. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ARTIGO 84 DA LEI 8.112/90. CABIMENTO.

1. **A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a licença para acompanhar cônjuge, prevista no art. 84 da Lei 8.112/90, trata-se de um direito assegurado ao servidor público, de sorte que, preenchidos os requisitos legais, não há falar em discricionariedade da Administração quanto à sua concessão.** Precedentes: REsp 422.437/MG, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, DJ 4/4/2005; e REsp 287.867/PE, Rel. Ministro Jorge Scartezzini, Quinta Turma, DJ 13/10/2003; AgRg no REsp 1.195.954/DF, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 30/8/2011; AgRg no Ag 1.157.234/RS, Rel. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), Sexta Turma, DJe 6/12/2010; REsp 960.332/RS, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 3/8/2009.

2. No caso sub examine, constata-se o atendimento aos requisitos necessários à concessão da licença pleiteada, pois a norma de regência não exige a qualidade de servidor público do cônjuge do servidor que pleiteia a licença e, tampouco, que o deslocamento daquele tenha sido atual. Se o legislador não condicionou a concessão da licença a tais requisitos, não cabe ao intérprete fazê-lo.

3. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1243276 / PR, Relator: Ministro BENEDITO GONÇALVES. Publicado em 08/02/2013) – grifos nossos.

Portanto, conforme o entendimento jurisprudencial, uma vez preenchidos os requisitos legais, o servidor federal terá direito subjetivo ao gozo da licença para acompanhar cônjuge, tratando-se de verdadeiro ato vinculado da Administração Pública.

2.2.2 – Da licença para tratar de interesses particulares.

A seu turno, o artigo 91 da Lei n.º 8.112/1990 aduz que, “a critério da Administração, poderão ser concedidas ao servidor ocupante de cargo efetivo, desde que não esteja em estágio probatório, licenças para o trato de assuntos particulares pelo prazo de até três anos consecutivos, sem remuneração”. Ao contrário da “licença para acompanhar cônjuge”, a “licença para tratar de interesse particular” é um ato marcadamente **discricionário**, podendo ela, mesmo depois de concedida, ser interrompida, caso haja interesse da administração⁹⁵. Nesse sentido:

EMENTA: REEXAMENECESÁRIO-MANDADO DE SEGURANÇA – LICENÇA NÃO REMUNERADA – ASSUNTO DE INTERESSE PARTICULAR – CONCESSÃO – PODER DISCRICIONÁRIO – CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – PRECEDENTES.

– A concessão de licença não remunerada é ato discricionário da Administração Pública, observadas a oportunidade e conveniência do ato administrativo.

– Sentença reformada.

TJMG. Remessa Necessária-Cv
1.0280.16.001020-1/001. Relator Carlos
Levenhagen. Julgado em 12/04/2018.

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PRORROGAÇÃO DE LICENÇA PARA TRATAR DE INTERESSE PARTICULAR. ART. 91 DA LEI Nº 8.112/90. ÂMBITO DO PODER DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO. SENTENÇA MANTIDA.

1. Cuida-se de recurso de apelação interposto pela autora em face da sentença que julgou improcedente o pedido formulado na inicial, que objetiva a anulação do ato administrativo que indeferiu seu pedido de prorrogação de licença para tratar de assuntos particulares.

2. No caso dos autos, a apelante, Engenheira Agrônoma pertencente ao quadro funcional do INCRA, narra que seu pleito de prorrogação por mais 03 (três) anos de licença não remunerada para tratar de interesses particulares foi indeferido com base no art. 2º, §1º, da Portaria Normativa nº 4, de 06 de julho de 2012, que dispõe que “Para fins de concessão de nova licença da espécie, o servidor terá que permanecer em exercício na Administração Pública Federal por, no mínimo, igual período ao que esteve usufruindo da referida licença”.

3. **A licença para tratar de assuntos particulares possui previsão no art. 91 da Lei nº 8.112/90, que estabelece em seu caput que “A critério da Administração, poderão ser concedidas ao servidor ocupante de cargo efetivo, desde que não esteja em estágio probatório, licenças para o trato de assuntos particulares pelo prazo de até três anos consecutivos, sem remuneração”.**

4. **Desse modo, a licença para tratar de assuntos particulares não configura um direito incondicionado do servidor, pois, conforme previsto no caput do art. 91 da Lei nº 8.112/90, tal licença será concedida ou não a critério da Administração, a qual avaliará a conveniência e adequação do requerimento de licença que lhe foi submetido, eis que se trata de ato discricionário.**

5. Apelação desprovida.

TRF1 – Apelação Cível n.º 0072587-83.2013.4.01.3400. Relator Des. Federal Carlos Augusto Pires Brandão. Publicado em 27/09/2018. (Grifo nosso).

95 ALEXANDRINO, 2015, p. 443.

Em que pese se tratar de ato discricionário, naturalmente que, uma vez motivada a recusa da Administração em conceder a referida licença ao servidor, é possível o controle do ato por parte do Poder Judiciário:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. PROFESSOR UNIVERSITÁRIO. **LICENÇA PARA TRATAR DE INTERESSE PARTICULAR. ATO DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO. REVISÃO PELO PODER JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE. MANIFESTA ILEGALIDADE. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA.**

1. **Embora, em regra, não seja cabível ao Poder Judiciário examinar o mérito do ato administrativo discricionário – classificação na qual se enquadra o ato que aprecia pedido de licença de servidor para tratar de interesse particular –, não se pode excluir do magistrado a faculdade de análise dos motivos e da finalidade do ato, sempre que verificado abuso por parte do administrador.**

2. Diante de manifesta ilegalidade, não há falar em invasão do Poder Judiciário na esfera Administrativa, pois é de sua alçada o controle de qualquer ato abusivo, não se podendo admitir a permanência de comportamentos administrativos ilegais sob o pretexto de estarem acobertados pela discricionariedade administrativa.

3. No caso dos autos, os motivos elencados pela Administração na recusa de licença ao professor universitário para tratar de interesse pessoal eram inidôneos, pois se apoiaram em elementos inverossímeis, sendo ausente, ademais, eventual prejuízo ao interesse público.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

STJ. AgRg no Recurso Especial nº 1.087.443/SC. Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze. Julgado em 04/06/2013. (Grifos nossos).

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. **LICENÇA PARA TRATAR DE INTERESSES PARTICULARES. ATO DISCRICIONÁRIO. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. ABUSO DA ADMINISTRAÇÃO. REVISÃO PELO PODER JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE.**

1. **Embora não se desconheça a vedação imposta ao Poder Judiciário de adentrar no mérito dos atos discricionários, entre os quais se inclui o pedido formulado por servidor público de concessão de licença para tratar de assuntos particulares, a faculdade de análise dos motivos e da finalidade do ato não pode ser excluída do magistrado quando evidenciado abuso por parte do Administrador, situação constatada na hipótese sub examine.** Precedente: AgRg no REsp 1.087.443/SC, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, DJe 11/6/2013.

2. Agravo regimental não provido.

STJ. AgRg no REsp 1336559/SC. Relator Benedito Gonçalves. Julgado em 12/05/2015. (Grifos nossos).

Assim, para a concessão da “licença para tratar de interesse particular”, devem ser considerados o interesse e a conveniência da Administração Pública, ressaltando que, embora se trate de ato discricionário, esse será passível de controle por parte do Poder Judiciário.

Ao servidor ocupante de cargo efetivo, **que não esteja em estágio probatório**, poderá ser concedida licença não remunerada para tratar de assuntos particulares. A licença poderá durar até três anos e pode ser interrompida a qualquer tempo, a pedido do servidor ou no interesse do serviço (Lei 8.112/1992, art. 91, com redação dada pela MP 2.225-45/2001). A concessão dessa licença é ato discricionário, podendo ela, mesmo depois de concedida, ser interrompida no interesse da Administração. O período de licença, evidentemente, não é computado como tempo de serviço para qualquer efeito.⁹⁶ (negrito no original).

2.3 – Do Estatuto do Servidor Público do Município de Brasília de Minas.

A Lei Municipal nº 1.589/2002, que dispõe sobre o estatuto dos Servidores Públicos do Município de Brasília de Minas, em seu artigo 73, prevê a concessão de licença aos servidores nos seguintes termos:

96 *Idem.*

Artigo 73. Conceder-se-á ao servidor licença:

I – para tratamento de saúde;

II – à gestante, à adotante e à paternidade;

III – por acidente em serviço;

IV – por motivo de doença grave em pessoa da família;

V – para serviço militar;

VI – para atividade política;

VII – para tratar de assunto de interesses particulares;

VIII – pare desempenho de mandato classista;

IX – prêmio.

§ 1º. A licença de que trata o inciso IV será precedida de atestado ou exame médico e comprovação de parentesco;

§ 2º. O servidor não poderá permanecer em licença da mesma espécie por período superior a vinte e quatro (24) meses, salvo nos casos dos incisos II e V.

§ 3º. É vedado o exercício de atividade remunerada durante o gozo da licença prevista no inciso II.

Como se percebe, a legislação local **não** elenca a “licença para acompanhar cônjuge”. Apesar disso, tal licença vem sendo deferida a servidores daquela municipalidade sob argumento de aplicação analógica da Lei n.º 8.112/1990. Nada obstante, as concessões dessas licenças vem gerando um déficit de pessoal na administração pública municipal, porque deferidas por prazo indeterminado, compelindo o Município de Brasília de Minas a realizar consecutivas contratações temporárias.

Em parecer jurídico que fundamentou a concessão da aludida licença a servidora municipal, ocupante do cargo de enfermeira, entendeu o Procurador Municipal em síntese que:

(...) A licença para acompanhar cônjuge transferido não está prevista na lei 1.589/02 – Estatuto dos Servidores Públicos de Brasília de Minas.

Como se denota através da interpretação literal do art. 190 da referida Lei Municipal nos casos omissos no Estatuto serão aplicadas, subsidiariamente, as disposições da Constituição Federal e as normas da Lei Federal 8.112, de 11 de dezembro de 1990, com suas alterações in verbis:

Art. 190. Nos casos omissos neste Estatuto serão aplicadas subsidiariamente as disposições da Constituição Federal, da Constituição Estadual, da Lei Orgânica Municipal e do plano de carreira do município, e as normas da Lei Federal 8.112, de 11 de dezembro de 1990, com suas alterações.

(...).

No caso concreto, o reconhecimento do direito líquido e certo à concessão da licença pretendida justifica-se em razão da analogia derivada do silêncio da lei municipal e da ausência de custos ao erário municipal, porquanto a sua outorga não terá ônus pecuniários ao ente público.

(...)

Nestes termos, tendo por base a análise da lei 1.589/02 e aplicação subsidiária da Lei Federal 8.112/90 e a Constituição Federal de 1988, opino pelo deferimento da concessão de licença sem vencimento por prazo indeterminado para acompanhar cônjuge requerido por RENATA FERNANDES VIANA, devendo ficar suspenso o prazo de Estágio Probatório durante a licença.

A questão apresentada deve ser abordada sob os seguintes aspectos:

(i) há **omissão** na legislação local em relação à licença pleiteada?

(ii) **poderia** o Município de Brasília de Minas conceder a licença à servidora por prazo **indeterminado**, considerando que o § 2º do artigo 73 do seu Estatuto dos Servidores estipula um prazo para concessão de licença ao servidor municipal, o qual não poderá ser superior a vinte e quatro (24) meses?

É o que doravante se passa a enfrentar.

2.4 – Da análise casuística.

2.4.1 – Da existência de omissão na legislação municipal em relação à licença pleiteada: o artigo 226 da CR/88, a Lei Federal n.º 8.112/1990 e o silêncio eloquente do Estatuto local.

Aponta-se no parecer jurídico que fundamentou a concessão de “licença para acompanhar cônjuge” para a servidora de Brasília de Minas, julgada do Superior Tribunal de Justiça (Recurso em Mandado de Segurança n.º 34.630 – AC⁹⁷), em que se

97 ADMINISTRATIVO. SERVIDOR MUNICIPAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCESSÃO DE LICENÇA. ACOMPANHAMENTO DE CÔNJUGE. SEM ÔNUS. SILÊNCIO NA LEI MUNICIPAL. ANALOGIA COM O REGIME JURÍDICO ÚNICO OU DIPLOMA ESTADUAL. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. QUESTÕES SIMILARES. ANÁLISE DE CADA CASO. PARCIMÔNIA. CASO CONCRETO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. 1. Cuida-se de recurso ordinário interposto por servidora pública municipal que postulava o direito à concessão de licença para acompanhamento de seu cônjuge, sem ônus, com base na proteção à família (art. 266, da Constituição Federal) e na analogia com o diploma estadual (Lei Complementar Estadual n. 39/93) e o regime jurídico único federal (Lei n. 8.112/90), ante o silêncio do Estatuto dos Servidores do Município (Lei Municipal n. 1.794 de 30 de setembro de 2009). 2. A jurisprudência do STJ firmou a possibilidade de interpretação analógica em relação à matéria de servidores públicos, quando inexistir previsão específica no diploma normativo do Estado ou do município. Precedentes: RMS 30.511/PE, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, DJe 22.11.2010; e RMS 15.328/RN, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 2.3.2009. 3. O raciocínio analógico para suprir a existência de lacunas já foi aplicado nesta Corte Superior de Justiça, inclusive para o caso de licenças aos servidores estaduais: RMS 22.880/RJ, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJe 19.5.2008. 4. Relevante anotar a ressalva de que, “consoante o princípio insculpido no art. 226 da Constituição Federal, o Estado tem interesse na preservação da família, base sobre a qual se assenta a sociedade; no entanto, aludido princípio não pode ser aplicado de forma indiscriminada, merecendo cada caso concreto uma análise acurada de suas particularidades” (AgRg no REsp 1.201.626/RN, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, DJe 14.2.2011). 5. No caso concreto, o reconhecimento do direito líquido e certo à concessão da licença pretendida justifica-se em razão da analogia derivada do silêncio da lei municipal, e da ausência de custos ao erário municipal, porquanto a sua outorga não terá ônus pecuniários ao ente público. Recurso ordinário provido.

reconheceu direito líquido e certo à concessão de licença para servidora do Município de Rio Branco para acompanhar cônjuge.

Depreende-se do referido precedente que a municipalidade indeferiu o pleito administrativo sob o fundamento de que “inexistia a previsão da licença requerida na Lei Municipal n.º 1.794/2009 (Regime Jurídico Estatutário dos Servidores Públicos do Município de Rio Branco), bem como que a conversão do pedido em outra modalidade – tratar de interesses particulares – seria vedada aos servidores em estágio probatório” (caso da requerente). Pois bem! Em seu voto, o Relator, Ministro Humberto Martins, destacou que:

(...) Ante o silêncio da lei municipal, é possível a concessão de licença por analogia com o Regime Jurídico Único? Em linha consequência, tal concessão – fundada na realização da proteção familiar – violaria o princípio da legalidade?

Existem alguns precedentes do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que a omissão normativa de diploma legal municipal ou estadual pode ensejar a aplicação do regime jurídico único ou do regime jurídico estadual, por analogia.

Também anoto que não se trata de permitir a concessão de licença vedada por lei. Cuida-se de reconhecer a possibilidade de conceder a licença, com base na analogia com a lei estadual e federal, ante o silêncio da lei municipal, para efetivar um direito constitucionalmente previsto.

Por fim, é usual o manejo do art. 226, caput, da Constituição Federal em controvérsias relacionadas com a remoção ou de licenças de servidores públicos. Vale firmar a ressalva produzida pelo Min. Napoleão Nunes Maia Filho, de que cada caso deve ser analisado com parcimônia:

“ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. REMOÇÃO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA CONCEDIDA. PARTICULARIDADES DO CASO CONCRETO. PRESERVAÇÃO DA UNIDADE FAMILIAR. REQUISITOS DO ART. 36, PARÁGRAFO ÚNICO, III DA LEI 8.112/90. POSSIBILIDADE DE MITIGAÇÃO. SITUAÇÃO DE FATO CONSOLIDADA. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Consoante o princípio insculpido no art. 226 da Constituição Federal, o Estado tem interesse na preservação da família, base sobre a qual se assenta a sociedade. No entanto, aludido princípio não pode ser aplicado de forma indiscriminada, merecendo cada caso concreto uma análise acurada

de suas particularidades. (...). 4. Agravo Regimental desprovido.” (AgRg no REsp 1.201.626/RN, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 14.12.2010, DJe 14.2.2011.)

No caso concreto, o reconhecimento do direito líquido e certo à concessão da licença pretendida justifica-se em razão da analogia derivada do silêncio da lei municipal e da ausência de custos ao erário municipal, porquanto a sua outorga não terá ônus pecuniários ao ente público.

Como se percebe, sob o argumento de efetivar direito constitucionalmente previsto, qual seja, preservação da família (Artigo 226 da CR/88⁹⁸), o Superior Tribunal de Justiça, com base na analogia com lei federal, concedeu a licença para acompanhar cônjuge a servidora municipal.

A “preservação da família” como fundamento do direito do servidor público à obtenção de licença para tratar de assuntos particulares, quando tais assuntos consubstanciam o objetivo de acompanhamento do cônjuge, também foi utilizada como fundamento em decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina *in verbis*:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. POLICIAL CIVIL. INDEFERIMENTO DE LICENÇA SEM REMUNERAÇÃO PARA TRATAMENTO DE INTERESSES PARTICULARES. ACOMPANHAMENTO DE CÔNJUGE EM VIAGEM PARA O EXTERIOR. AUSÊNCIA DE ÔNUS AO

98 CR/88 – Art. 226. **A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.** § 1º O casamento é civil e gratuita a celebração. § 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. § 3º Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. (Regulamento) § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. § 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010) § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. Regulamento § 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. (negrito nosso).

PODER PÚBLICO. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO À FAMÍLIA. ART. 226 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRECEDENTES DO STJ. LIMINAR CONCEDIDA. RECURSO PROVIDO.

A jurisprudência do STJ, em situações em tudo análogas à presente, admite a concessão de licença a servidor para acompanhar cônjuge deslocado para outro ponto do território nacional, por tempo indeterminado e sem remuneração, independentemente de aquele que for deslocado ser servidor público ou não, **em homenagem à proteção da unidade familiar insculpida no art. 226 da CF.** Cabível, na hipótese, a interpretação analógica da Lei 8.112/1990, na ausência de disposição em norma municipal.

TJSC. Agravo de Instrumento n. 4020760-45.2018.8.24.0900. Relator Desembargador Pedro Manoel Abreu. Julgado em 13/02/2019. (Grifo nosso).

O Tribunal de Justiça de São Paulo, na mesma esteira, já decidiu que:

MANDADO DE SEGURANÇA. IMPETRAÇÃO DE SERVIDORA MUNICIPAL CONTRA INDEFERIMENTO DE LICENÇA SEM REMUNERAÇÃO PARA TRATAR DE ASSUNTOS PARTICULARES. CABIMENTO. Licença não remunerada prevista no art. 153 do Estatuto do Funcionário Público Municipal Lei 8.989/1979. Requisitos preenchidos e não elididos pela Administração ao justificar, de forma genérica, déficit funcional em seus quadros. Administração ignorando a existência do núcleo familiar e a garantia constitucional da proteção que lhe é outorgada. Necessidade da intervenção do Poder Judiciário para corrigir a ilegalidade constatada. Segurança concedida.

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Fabiana Silva Sant’ana de Faria, servidora pública municipal de educação infantil, lotada como Diretora na EMEI Quinta das Paineiras, na Diretoria Regional do Ipiranga, contra ato do Excelentíssimo Senhor Prefeito de São Paulo que indeferiu seu pedido de “Licença para Tratar de Interesses Particulares”, no período de 2/2/2018 a 1/2/2020 (fls. 58 e 108). (...).

Ao servidor público municipal é assegurado o direito de obter licença sem vencimento para tratar de interesse particular, pelo prazo máximo de 2 (dois) anos (art. 153, do Estatuto dos Servidores Públicos do Município de São Paulo). (...).

Quanto ao interesse particular justificador do pedido, pode ele ser assim identificado: a autora é casada (fls. 21) e seu marido foi designado para trabalhar na sede americana de sua empregadora, General Motors, residindo nos Estados Unidos desde 03/2017 por conta desta remoção. A autora continuou residindo no Brasil com a filha menor, porém a empresa empregadora tomou as providências necessárias para viabilizar a manutenção da família e, antes do vencimento do prazo de transferência da família aos Estados Unidos, promoveu o envio das passagens, com data de 10/03/2018 (fls. 34/35), garantindo ainda o custeio dos estudos da menor, com as aulas se iniciando em março de 2018 e residência fixa pela formalização dos documentos de permanência das mesmas no país. A Prefeitura em sua manifestação não questiona nem se insurge quanto aos dados apresentados pela funcionária requerente.

O direito líquido e certo para esquite do pedido de licença existe, portanto, e está comprovado de plano.

Da análise do interesse particular em questão, porém, verifica-se que o âmbito do direito a ser considerado in casu é muito maior do que o direito líquido e certo ao cargo e à licença sem vencimento nos termos da regulamentação legal. **Trata-se também de direito fundamental constitucionalmente garantido, qual seja, o direito da servidora pública de ter protegida e garantida a sua família.**

TJSP. Mandado de Segurança nº 0013472-44.2018.8.26.0000. Relatora Cristina Zucchi. Julgado em 07/11/2018. (Grifo nosso).

Embora no âmbito do Estado de Minas Gerais o Estatuto do Servidor Público (Lei nº 869/1952) não preveja a “licença para acompanhar cônjuge”⁹⁹, restringindo-se a garantir a licença para fins de tratar de interesses particulares, a Advocacia-Geral do Estado, ao analisar requerimento de licença formulado por servidora de seu quadro funcional assim se manifestou:

99 Art. 158 – O funcionário poderá ser licenciado: I – para tratamento de saúde; II – quando acidentado no exercício de suas atribuições ou atacado de doença profissional; III – por motivo de doença em pessoa de sua família; IV – no caso previsto no art. 175; V – quando convocado para serviço militar; VI – para tratar de interesses particulares; VII – no caso previsto no art. 186.

SERVIDOR PÚBLICO. Procurador do Estado. LICENÇA para tratar de interesses particulares. Concessão. Requisitos. Competência. Lei Estadual nº 869/52. Estatuto do Servidor Público Civil do Estado de Minas Gerais. Decreto nº 28.039/88. Lei Complementar nº 30/93. Princípio da proteção à família (art. 226 da CF/88). (...).

II. 18. De início, verifica-se que a Procuradora- Requerente não preenche o requisito estabelecido no art. 179 do Estatuto do Servidor Público Civil do estado de Minas Gerais e repetido no art. 1º do Decreto Estadual nº 28.039/88.

A requerente não conta com pelo menos 02 (dois) anos de efetivo exercício no serviço público, haja vista que tomou posse e entrou em exercício no cargo de Procurador do Estado na data de 15 de julho de 2003.

II.19. Essa norma legal, entretanto, que, à primeira vista, parece ser intransponível para a obtenção da licença pleiteada pela requerente, deve ser interpretada à luz dos princípios informadores do ordenamento jurídico, e em especial, do princípio maior da proteção da família pelo Estado, contido expressamente na Constituição da República, em seu art. 226.

II.20. A proteção da família, como organização mater, como fons vitae, no caso concreto e específico, deve prevalecer sobre a exigência formal da lei, contida no art. 179 do Estatuto mineiro, **sobretudo**, em virtude do fato de que o marido da Requerente, que, repita-se, também é servidor público estadual, Procurador do Estado de Minas Gerais, foi **já autorizado** pelo Exmo. Sr. Governador do Estado a afastar-se do serviço em virtude de **estudo de interesse da Administração**, no estrangeiro, com fundamento no preceito contido no art. 88, inciso XII, da Lei Estadual nº 869/52, consoante consta, expressamente, do Parecer nº 14.313 desta Advocacia-Geral do Estado, aprovado pelo Exmo. Sr. Advogado-Geral do Estado.

II.21. Em relação, portanto, ao primeiro requisito acima referido, apesar de a Requerente não contar com mais de dois anos de efetivo exercício, **entendo** que, à luz do princípio maior da proteção da família pelo Estado (art. 226 da CR/88), e considerando as circunstâncias específicas do caso concreto submetido a exame, esse requisito **não pode ser um empecilho** para a concessão da licença requerida.

II.22. Assim, caso a Requerente não se enquadre em nenhuma das demais situações impeditivas estabelecidas na lei, o que não é possível examinar por falta de documentos no expediente encaminhado,

e caso o seu afastamento não contrarie o interesse do serviço, o que compete ao Advogado-Geral do Estado avaliar, **entendo** que não se lhe pode negar o direito à concessão da licença requerida, mormente, porque não acarretará nenhum custo para o Erário e evitará a fragmentação da família.¹⁰⁰

Ao cabo, o e. Tribunal de Justiça de Minas Gerais, ao analisar a concessão de licença para acompanhamento de cônjuge de servidores municipais, já adotou o seguinte entendimento:

MANDADO DE SEGURANÇA. LICENÇA POR PRAZO INDETERMINADO, SEM REMUNERAÇÃO, PARA ACOMPANHAR O CÔNJUGE, MILITAR DO EXÉRCITO, TRANSFERIDO PARA A CAPITAL DO ESTADO. INDEFERIMENTO DA PRORROGAÇÃO DO PEDIDO. AUTONOMIA DO MUNICÍPIO. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

I – O Município, ente público autônomo, nos termos da Constituição Federal, ex vi de seu artigo 18, possui competência para definir, em seu âmbito, as licenças a que seus servidores têm direito.

II – Existente regramento de licença para trato de assuntos particulares e inexistente dispositivo sobre licença para acompanhar cônjuge, necessária a motivação razoável do ato, não sendo de aplicar, texto similar da legislação federal (artigo 84, §§ 1º e 2º, da Lei 8.112/90) quando a incidência implicar ofensa a princípio sensível da constituição federal, no caso, a autonomia dos Municípios. O § 2º, do artigo 84 da Lei 8.112/90, tem aplicação aos servidores públicos federais, sob pena de violação ao artigo 18 da CF/88.

TJMG. Apelação Cível/Reexame Necessário nº 1.0647.06.062393-9/001. Relator Des. Brandão Teixeira. Julgado em 29/05/2007.

ADMINISTRATIVO – MANDADO DE SEGURANÇA – LICENÇA PARA ACOMPANHAR CÔNJUGE – ART. 84 DA LEI N.º 8.112/90 – SERVIDOR MUNICIPAL – INAPLICABILIDADE – DIREITO LÍQUIDO E CERTO – AUSÊNCIA – SEGURANÇA DENEGADA.

1 – A teor do art. 37, inc. X, e 39 da Constituição da República de 1988, a competência para legislar sobre regime jurídico, vantagens e remuneração é da entidade federativa a que os servidores se acham vinculados, razão pela qual não há direito líquido e certo de servidora municipal obter a licença para acompanhar cônjuge transferido, prevista no art. 84 do Estatuto dos Servidores Públicos Federais, se a lei local não prevê a referida licença e, ainda, veda a concessão de licença análoga ao servidor em estágio probatório, como a impetrante.

2 – Recurso não-provido.

TJMG. Apelação Cível nº 1.0607.06.031234-7/001. Relator Des. Edgard Penna Amorim. Julgado em 13/11/2008.

Neste último julgado, em seu voto, o relator destacou que:

Com a devida vênia da recorrente, entendo que o art. 84 da Lei Federal n.º 8.112/1990 – que dispõe sobre a concessão da licença para acompanhamento de cônjuge para os servidores públicos federais – não alcança os servidores e prestadores de serviço dos Estados e dos Municípios.

De fato, em matéria de servidor público, a competência para legislar sobre regime jurídico, vantagens e remuneração é da entidade federativa a que os servidores se acham vinculados, “ex vi” do arts. 37, inc. X, e 39 do Texto Constitucional de 1988. A propósito desta atribuição, cumpre transcrever a lição de Adilson Abreu Dallari:

“Afirmando que União, Estados e Municípios têm competência para dispor sobre o regime jurídico de seus respectivos funcionários, através de correspondente lei federal, estadual ou municipal, invocamos a autoridade de Celso Antônio Bandeira de Mello: ‘Não há um regime jurídico uniforme para todos os funcionários públicos, da União, dos Estados e dos Municípios. Cada uma destas pessoas políticas legisla para si, fixando as regras que melhor lhes pareçam para organização e disciplina da atividade funcional de seus agentes. Matéria de funcionalismo, salvo as reservas constitucionalmente estabelecidas em favor da União, é, nas órbitas estaduais e municipais, da alçada de Estados e Municípios’. **Não se nega a aplicabilidade das normas constitucionais sobre servidores aos Estados e Municípios. Ao contrário, estamos afirmando que as normas constitucionais são igualmente aplicáveis à União, aos Estados**

100 Disponível em: <http://www.age.mg.gov.br/images/stories/downloads/advogado/pareceres2004/parecer%2014346.pdf>. Acesso em 1º de abril de 2019.

e Municípios. Negamos apenas que simples lei federal (não nacional) possa afetar unidades políticas autônomas. (“In” Regime constitucional dos servidores públicos. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 25.).

Diante disto, chega-se à ilação de que, por versar matéria atinente à licença de servidor, o diploma acima mencionado é lei federal (não nacional), aplicável aos servidores públicos da Administração Pública Federal, mas, não, aos servidores municipais. Entendimento contrário levaria à invasão da competência legislativa do Município de Ewbank da Câmara para dispor sobre o seu regime de pessoal.

Afastada a incidência da Lei invocada pela impetrante, verifica-se que o regime jurídico dos servidores daquele ente municipal prevê a licença para tratar de assuntos particulares (Lei n.º 593/2005, art. 114), que não pode ser deferida à impetrante em razão de ela estar em estágio probatório, conforme comprovam os autos.

De outro lado, embora a autora tenha invocado a proteção constitucional à família para convencer da necessidade de que lhe seja deferida a licença, vê-se que é incontroverso o fato de a transferência do esposo da impetrante – do Município de Niterói para a Capital Federal – ter ocorrido antes de ela estar submetida ao regime jurídico de servidora ocupante de cargo efetivo. Nesse sentido, é relevante o fato de ela estar ciente daquela transferência no momento de sua nomeação, em 15/12/2005 (f. 22).

Pelo exposto, acrescento à fundamentação da sentença o que aduzi acima e nego provimento à apelação. (grifos nossos).

No entanto, decisões mais recentes da Corte Mineira são no sentido de que:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA. LICENÇA SEM REMUNERAÇÃO PARA ACOMPANHAR CÔNJUGE. GARANTIA CONSTITUCIONAL. DIREITO ASSEGURADO. NEGATIVA INFUNDADA POR PARTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RECURSO PROVIDO.

– A licença sem remuneração para acompanhar cônjuge representa direito assegurado ao servidor público, de sorte que, preenchidos os requisitos legais, não há falar em discricionariedade da Administração quanto à sua concessão, ainda que o cônjuge seja da iniciativa privada.

– Cabe ao aplicador da lei buscar sua interpretação conforme os preceitos constitucionais, notadamente os princípios da proteção da família e do direito constitucional da criança e do adolescente à convivência familiar previstos nos artigos 226 e 227 da Constituição da República. (TJMG – Apelação Cível 1.0024.14.234112-2/002, Relator: Des. Moacyr Lobato; Julgado em 31/10/2018) – grifos nossos.

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO ORDINÁRIA – CONVERSÃO DE LICENÇA PARA TRATAR DE INTERESSES PARTICULARES PARA LICENÇA PARA ACOMPANHAR CÔNJUGE – INICIATIVA PRIVADA – LICENÇA SEM REMUNERAÇÃO – INTERPRETAÇÃO ANALÓGICA – ANTECIPAÇÃO DE TUTELA – PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS.

A presença dos requisitos estampados no art. 273 do CPC viabiliza a antecipação dos efeitos da tutela. Por analogia ao artigo 84 da Lei 8.112/90 (Estatuto dos Servidores Federais), é perfeitamente possível conceder à agravante a licença para acompanhar cônjuge, ainda que o mesmo seja da iniciativa privada. Ressalvado que a licença será sem remuneração. Liminar deferida. (TJMG – Agravo de Instrumento-Cv 1.0024.14.052565-0/001, Relator: Des. Fernando Caldeira Brant, Julgado em 11/07/2014).

Portanto, as decisões prolatadas tanto pelo Superior Tribunal de Justiça, como pelos Tribunais de Justiça Estaduais, vêm espelhando o entendimento de que o servidor público possui direito subjetivo à licença para acompanhar cônjuge, mesmo diante da ausência de previsão na legislação local, podendo ser deferida com fulcro na previsão genérica “tratar de interesses particulares” quando tais interesses forem, comprovadamente, o acompanhamento do consorte. O fundamento jurídico para tanto é o Princípio da Proteção à Família, esculpido no artigo 226 da CF.

Importa destacar, contudo, que embora não se possa negar o direito do servidor público à licença para acompanhar cônjuge, esse direito não deve sobressair ao interesse público local. É o que ocorre, s.m.j., no caso em testilha, já que é manifesto que o Município de Brasília de Minas vem realizando consecutivas contratações temporárias de pessoal

a fim de suprir a deficiência de pessoal, geradas em razão dos constantes afastamentos de seus agentes públicos.

Ao analisar caso semelhante ao presente, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, por maioria de votos, **negou** direito à licença para acompanhar cônjuge à servidora pública municipal, sob o fundamento de que a sua concessão seria prejudicial a regular prestação de serviços públicos. Abaixo a transcrição parcial do acórdão proferido:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO – MANDADO DE SEGURANÇA – SERVIDOR PÚBLICO – LICENÇA: ACOMPANHAMENTO DO CÔNJUGE AO EXTERIOR – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO – MOTIVAÇÃO: PERTINENTE – CONCESSÃO LIMINAR – REQUISITOS: AUSÊNCIA.

1. O ato administrativo discricionário, devidamente motivado em razões plausíveis, não pode ser superado por decisão judicial, sob pena de indevida ingerência nas funções executivas.

2. Justificado o indeferimento de licença sem remuneração ao servidor, diante da falta de pessoal e do conseqüente risco a regular prestação de serviços públicos, afasta-se, a priori, a pecha de ilegalidade ou abusividade que ensejariam a concessão liminar em mandado de segurança, devendo a questão solucionar-se no curso do devido processo legal.

V.V.

ATO ADMINISTRATIVO – DISCRICIONARIEDADE – LICENÇA SEM REMUNERAÇÃO – ACOMPANHAR CÔNJUGE – POSSIBILIDADE.

Em observância à norma constitucional de preservação da família, a licença sem remuneração deve ser concedida para se possibilitar a integralidade da família, mormente quando o interesse público resta preservado.

DES. OLIVEIRA FIRMO (RELATOR)

VOTO

Trata-se de **AGRAVO DE INSTRUMENTO** interposto pelo **MUNICÍPIO DE NOVA LIMA** em face de decisão (f. 72/TJ) que, proferida em **MANDADO DE SEGURANÇA** impetrado por **MARIANA CARTAXO BASTOS BARRETO**, **deferiu** ordem de concessão **liminar** para “que o impetrado conceda a

licença sem vencimento à impetrante, pelo período de 2 anos para acompanhamento do cônjuge ao exterior.”

O agravante **alega**, em **síntese**, que:

a) houve **apontamento equivocado**, pela impetrante/agravada, da **legislação aplicável**, utilizando-se o estatuto dos servidores da Câmara municipal (**Lei municipal nº 2.459/2014**), **quando aplicável o estatuto dos servidores do Poder Executivo (Lei municipal nº 2.023/2007)**;

b) **não há direito subjetivo à licença** pleiteada, porquanto cuida-se de **ato administrativo discricionário**, aqui devidamente **justificado** pela **imprescindibilidade** do profissional para **atuação** no serviço de **saúde** municipal;

c) **descabido o ingresso no mérito** do ato administrativo, sob pena de **violar-se** o princípio da **separação dos poderes**, com **substituição do critério administrativo**;

d) se **concretizar a dispensa**, haverá **prejuízo** aos serviços públicos. **Pede, liminarmente**, a concessão de **efeito suspensivo** e, **ao final**, o **provimento** do recurso para **reforma** da decisão impugnada (f. 2-10/TJ). Junta **documentos** (f. 11-88/TJ).

Preparo: parte isenta (art. 10, I, da Lei estadual nº 14.939/2003 c/c art. 511, §1º, do CPC/73).

Juízo de **admissibilidade** do recurso e do **processamento** como agravo de **instrumento**; **deferido o efeito suspensivo** da **tutela recursal** (f.92-93v/TJ).

Informações do juízo pela **retratação negativa** e pelo **cumprimento** do **art. 526, do CPC/73**, pelo agravante (f. 99/TJ). **Sem contraminuta** (f. 100/TJ). A **Procuradoria-Geral de Justiça** opina pelo **provimento** do recurso (f. 103-105v/TJ). É o **relatório**. (...).

III – MÉRITO

É dos autos que a impetrante, na condição de **servidora municipal**, ocupante do cargo de **Psicóloga**, **requereu** o gozo de “**licença sem vencimentos**” para o fim de **acompanhar seu marido** no desenvolvimento de **pós-doutorado** na **Dinamarca**, pela Universidade Federal de Minas Gerais (**UFMG**).

O pleito veio **indeferido** por **ato** devidamente **motivado** da Administração local, que **esclareceu** sobre a **inviabilidade** de **substituição** da servidora e a **necessidade** de agente para atuação no Centro Psicossocial para Infância e Adolescência (CAPSi) (f. 30-31/TJ).

Sabido, o **ato** de **concessão** dessa espécie de **licença** é **eminente** **discricionário**, pautando-se, destarte, por **razões** de **conveniência** e **oportunidade** da Administração, aqui, repita-se, **suficientemente motivado**.

Além, a **justificativa** apresentada pelo **ente público** não se mostra **desarrazoada**, sobretudo **considerando**, para o caso, o princípio da **supremacia do interesse público** sobre o particular.

Diante disso, dada vênua, resta **infirmado**, a priori, o **fundamento** lançado na **decisão objurgada** acerca de que “o *simples fato de o atual quadro da gestão municipal é precário não justifica o indeferimento do pedido*”, pois, **ao contrário**, esse fato se mostra **relevante** sob a ótica administrativa, demonstrando o **prejuízo** aos serviços públicos.

Por tudo, **persevero** na **convicção** de que a decisão agravada **carece** de **reparos**.

IV – CONCLUSÃO

POSTO ISSO, DOU PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO, para **reformular** a decisão agravada e **indeferir** a medida **liminarmente** pleiteada no *mandamus*.

Custas: agravada: **isenta** (art. 10, II, da **Lei estadual nº 14.939/2003**).

É o **voto**.

Des. Wilson Benevides – De acordo com o(a) Relator(a).

Desa. Alice Birchal

Peço vênua para divergir do voto do eminente Relator pelos fundamentos que passo a expor.

É certo que a licença sem remuneração é concedida ou não mediante ato discricionário da Administração Pública que, em razão da sua natureza de ato de manifestação de vontade do Estado, pautado segundo critérios de conveniência e oportunidade, afasta a interferência do Poder Judiciário.

Entretanto, entendo que a discussão se restringe não ao caráter discricionário do ato administrativo em não conceder a licença sem remuneração à Agravada, mas à devida e legítima proteção que o Estado, através da Constituição Federal, concede às famílias.

Salvo melhor juízo, o desfalque dos quadros de servidores mencionado pelo Agravante, como razão para a negativa do pedido, pode ser contornado por outros instrumentos disponíveis à administração pública que não se limitam à solução dispendiosa de realização de concurso público ressaltada pela Agravante, sem prejuízos ao erário e aos cidadãos.

É também oportuno distinguir que nenhum ônus sobrevirá ao Agravante por tratar-se de licença sem remuneração, modalidade que não se conforma à justificativa da crise financeira que acomete o Município atualmente. Em sendo assim, verifica-se que o interesse público resta mantido, sobrevivendo, tão-somente, um mero interesse da administração.

Em contrapartida, os prejuízos advindos da decisão são bem mais gravosos à Agravada, cuja situação será definitiva, sem possibilidades de se fazer diferente. A desagregação de sua família será efetivada pelo Ente Público que tem o dever de protegê-la. Em prevalecendo a negativa da Agravante, estar-se-á retirando da família a mesma tutela constitucional que o interesse público possui, considerando que para o segundo, há a possibilidades de providências que o garantam na sua integralidade. (...).

A manutenção da unidade familiar deve prevalecer neste caso em observância ao §8º do art. 226 da Constituição Federal, mormente quando o interesse público pode ser preservado integralmente sem qualquer prejuízo à administração pública.

Por todo o exposto e com as devidas vênias, nego provimento ao recurso.

Custas, isento.

SÚMULA: “POR MAIORIA, DERAM PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO, VENCIDA DA SEGUNDA VOGAL”

TJMG. Agravo de Instrumento-Cv 1.0188.15.010567-7/001. Relator: Des. Oliveira Firmo. Julgado em 10/05/2016. (negritos e sublinhados no original).

Diante do até aqui exposto, é possível concluir que:

a) ainda que inexista previsão na lei funcional local de “licença para acompanhar cônjuge ou companheiro”, como regra, é juridicamente viável a concessão da licença, com fundamento na previsão genérica “licença para tratar de assunto de interesses particulares”, quando o servidor justificar seu requerimento para fins de acompanhamento do cônjuge. A Administração Pública, nesse caso, concede a licença com o fito de assegurar o Princípio da Proteção à Família, postulado de envergadura constitucional consagrado no artigo 226 da CR/88.

b) A concessão dessa licença, porém, não deve sobressair ao interesse público local. Novamente, exsurge do Princípio da Razoabilidade para determinar, entre outros elementos:

b.1) se o caso concreto pode ser enquadrado na hipótese da alínea anterior; e

b.2) sendo o caso de concessão da licença, por qual prazo deve perdurar.

Passa-se, portanto, a verticalizar tais ponderações.

Como visto, a regra é de ser juridicamente plausível a concessão da licença, com fundamento na previsão genérica “licença para tratar de assunto de interesses particulares”, quando o servidor justificar seu requerimento para fins de acompanhamento do consorte. No entanto, não se pode ignorar que a concessão de licenças pode vulnerar o Interesse Público.

Ora, muito embora as licenças sejam concedidas com fundamento no art. 226 da CR/88 e com base na aplicação analógica da Lei n.º 8.112/1990, é irrazoável desconsiderar os impactos desse afastamento, mormente quando se tratar da Administração Pública municipal, cujo corpo técnico de funcionários, em alguns setores, não raramente é insuficiente do ponto de vista quantitativo. Em termos práticos, o que se quer dizer é que o afastamento de um servidor da Administração Pública Municipal é muito mais gravoso que na Administração Pública Federal, principalmente se se tratar de municípios de pequeno e médio porte – os quais, aliás, representam a esmagadora maioria no país.

De acordo com dados divulgados pelo IBGE, existem no Brasil exatamente 5.570 (cinco mil, quinhentos e setenta) municípios. Os com mais de 500 mil habitantes (46) concentram 31,2% da população do país (64,9 milhões de habitantes). Por outro lado, a maior parte dos municípios brasileiros (68,4%) possui até 20 mil habitantes e abriga apenas 15,4% da população do país (32,1 milhões de habitantes)¹⁰¹. É interessante notar que, muito embora exista distribuição desigual da população, é inegável o predomínio dos municípios pequenos, cuja população é inferior a 50 mil habitantes. É o caso do município de Brasília de Minas, cuja população estimada em 2018 foi de 32.288 (trinta e dois mil, duzentos e oitenta e oito) pessoas.

Com pouco mais de 430 (quatrocentos e trinta) servidores públicos efetivos na área da saúde¹⁰², não seria, então, o caso de considerar o silêncio da lei local como uma espécie de “silêncio eloquente”?

Ora, a licença para acompanhar cônjuge ou companheiro, nos termos do art. 84 da Lei n.º 8.112/1990¹⁰³, é deferida por prazo indeterminado e sem remuneração. Se entendido como direito subjetivo do servidor público municipal fruir a licença para tratar de assuntos particulares, como negar a existência de risco de potencial prejuízo ao interesse público municipal? Nesse sentido, percebe-se que entra em rota de colisão dois tipos de direitos bem definidos e delimitados: de um lado, o direito subjetivo do servidor público à licença para tratar de interesse particular (para acompanhar o cônjuge) e, de outro lado, o direito fundamental da coletividade à prestação do serviço público adequado. A propósito:

101 Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/22374-ibge-divulga-as-estimativas-de-populacao-dos-municipios-para-2018>. Acesso em 02 de abril de 2019.

102 Disponível em: <https://www.brasiliademinas.mg.gov.br/publicacoes/servidores/servidores-por-lotacao/>. Acesso em 02 de abril de 2019. Vide fls. 36-54.

103 Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, criou o regime jurídico dos servidores públicos estatutários federais

A existência, na ordem constitucional brasileira, de um direito fundamental ao serviço público adequado tem sido avalizada pela doutrina nacional. Romeu Felipe Bacellar Filho salienta a necessidade de se “reconhecer, no inciso IV, [do parágrafo único] do art. 175 da Lei Fundamental de 1988, o direito fundamental ao serviço público adequado, como direito a exigir do Estado-Administração prestações positivas, de fornecer ‘utilidades ou comodidades materiais’ consideradas necessárias, imprescindíveis para a pessoa e para a coletividade”. A posição é igualmente afirmada por Adilson Abreu Dallari, ao aduzir que “o direito ao uso dos serviços públicos é um dos direitos fundamentais do cidadão”. A jusfundamentalidade do direito ao serviço público adequado é também defendida por Ana Cláudia Finger, Adriana Schier, Carolina Zancaner Zockun, entre outros autores. (...). O que diferencia um direito qualquer de um direito que receba do sistema constitucional — explícita ou implicitamente — o qualificativo de fundamental é o regime jurídico ao qual cada um deles está submetido. Os direitos fundamentais se sujeitam a um conjunto específico de princípios e regras, que tem por finalidade emprestar-lhes uma proteção reforçada contra ações e omissões do Estado e dos sujeitos privados. Na Constituição brasileira, os dois elementos de maior destaque que integram esse regime especial são a aplicabilidade imediata (art. 5º, §1º) e a proteção contra reformas constitucionais abolitivas (art. 60, §4º, IV). (...). **O direito fundamental ao serviço público adequado consiste em um direito materialmente fundamental por quatro motivos: (i) está subentendido no art. 6º, uma vez que não há como se assegurar o acesso de todos titulares dos direitos sociais ali previstos sem que o Estado preste serviços públicos (não se atinge os fins se não se têm os meios); (ii) radica-se em uma posição jurídica que consta do art. 175, parágrafo único, IV da Constituição, pois, se ao Poder Público incumbe a “obrigação de manter serviço adequado”, em contrapartida o cidadão tem o direito de recebê-lo, e seu conteúdo e importância se aproximam intimamente ao teor dos direitos sociais do art. 6º, eis que sem a prestação de serviços públicos adequados eles se tornariam letra morta; (iii) está previsto expressamente no Protocolo Adicional à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (“Protocolo de San Salvador”), na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, na Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, entre outros; (iv) decorre diretamente dos princípios da dignidade da pessoa humana e da cidadania (art. 1º, II e III, CF), pois os serviços públicos são indispensáveis para proporcionar aos cidadãos**

condições de existência digna e possibilitar sua participação ativa na comunidade política e social, além de serem imprescindíveis para atingir os objetivos fundamentais da República de erradicar a pobreza, reduzir as desigualdades sociais, garantir o desenvolvimento e construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I a III, CF). A consequência gerada por esse enquadramento do serviço público adequado no conceito de direito fundamental é o fato de sobre ele incidirem todos os traços peculiares ao regime jurídico jusfundamental acima sintetizados: **aplicabilidade imediata, proteção contra emendas constitucionais abolitivas, multifuncionalidade, dupla dimensão (subjetiva e objetiva), intangibilidade do conteúdo essencial, cláusula de vedação de retrocesso social, etc.** Tal repercussão reforça a proteção jurídica dos titulares de direitos fundamentais sociais, já que à sua esfera de direitos se agrega mais essa garantia constitucional — termo técnico mais preciso no caso em tela — que tem o condão de potencializar os meios através dos quais será possível exigir do Estado a satisfação plena dos seus direitos.¹⁰⁴ (Destques nossos).

Veja-se que **não** se está defendendo que a licença, por si só, afronta o direito fundamental da coletividade à prestação do serviço público adequado. Isso sequer encontraria supedâneo na acepção da Teoria dos Princípios e Ponderação em Robert Alexy, já que, de acordo com o autor, a colisão entre direitos somente pode ocorrer *in concreto* (e não na seara abstrata). O que se pretende demonstrar é que a fruição dessa modalidade de licença, engendrada pela Lei Federal n.º 8.112/1990, aplicada no âmbito da administração pública municipal, pode gerar, em alguns casos, prejuízos ao interesse público primário. É nesse contexto que alhures se questiona: “não seria, então, o caso de considerar o silêncio da lei local como uma espécie de silêncio eloquente?”

O instituto do “silêncio eloquente”, inspirado no Direito Alemão (“beredtes schweigen”), é a conjuntura que indica que o legislador, quando prevê determinada regra, elege a opção de somente autorizar sua aplicação, afastando a aplicabilidade

104 HACHEM, Daniel Wunder. **Direito fundamental ao serviço público adequado e capacidade econômica do cidadão** – Repensando a universalidade do acesso à luz da igualdade material. Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003). Belo Horizonte: Fórum, 2003. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/106/309>. Acesso em 02 de abril de 2019.

de outras. Em outras palavras, o silêncio é proposital e traduz que a hipótese contemplada é a única que se aplica ao preceito legal, não se admitindo, portanto, o emprego da analogia. Nesse sentido, a lição de hermenêutica do Luís Roberto Barroso:

A omissão, lacuna, ou silêncio da lei consiste na falta de regra positiva para regular determinado caso. A ordem jurídica, todavia, tem uma pretensão de completude, e não se concebe a existência de nenhuma situação juridicamente relevante que não encontre uma solução dentro do sistema. O processo de preenchimento de eventuais vazios normativos recebe o nome de integração(...). é preciso distinguir, como faz com proveito a doutrina alemã, entre lacuna e 'silêncio eloquente'. Em palavras do Ministro Moreira Alves: **'Sucede, porém, que só se aplica a analogia, quando, na lei, haja lacuna, e não o que os alemães denominam 'silêncio eloquente' (beredts Schwaigen), que é o silêncio que traduz que a hipótese contemplada é a única que se aplica o preceito legal, não se admitindo, portanto, aí o emprego da analogia.**¹⁰⁵ (Negritar).

Por conseguinte, examinando sob essa ótica, compreende-se que o silêncio nos estatutos funcionais municipais a respeito da "licença para acompanhar cônjuge" deve ser interpretado como silêncio eloquente, de modo que não há que se falar em aplicação analógica da Lei n.º 8.112/1990 para embasar a concessão da licença quando fundamentada no acompanhamento de conjuge/companheiro, mas sim na sua compreensão na hipótese para "tratar de assunto de interesse particular", esta, sim, regulamentada no âmbito municipal.

Outrossim, considerando que a licença para tratar de assuntos particulares traduz ato discricionário da Administração Pública, incumbe a essa verificar se no caso concreto, analisado à luz do Princípio da Razoabilidade, há ou não prejuízos ao Interesse Público Primário. Existindo, o indeferimento da licença é a medida que se impõe, com fundamento nas razões alhures citadas, além de, é claro, incidência do Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o interesse privado.

De outra sorte, inexistindo prejuízos ao Interesse Público e preenchidos os requisitos legais, é certo que a licença para tratar de assuntos particulares, deferida com esteio no art. 226 da CR/88, poderá ser concedida, desde que com prazo determinado.

2.4.2 – Poderia o Município de Brasília de Minas conceder a licença à servidora por prazo indeterminado, considerando que o § 2º do artigo 73 do seu Estatuto dos Servidores estipula um prazo para concessão de licença ao servidor municipal, o qual não poderá ser superior a vinte e quatro (24) meses, salvo nos casos de licença à gestante, à adotante e à paternidade e licença para serviço militar.

Em se reconhecendo o direito do servidor público à referida licença, o próximo passo necessariamente é analisar questão referente ao prazo de sua vigência.

O § 2º do artigo 73 do seu Estatuto dos Servidores do Município de Brasília de Minas prevê que:

Artigo 73. Conceder-se-á ao servidor licença:

I – para tratamento de saúde;

II – à gestante, à adotante e à paternidade;

III – por acidente em serviço;

IV – por motivo de doença grave em pessoa da família;

V – para serviço militar;

VI – para atividade política;

VII – para tratar de assunto de interesses particulares;

VIII – pare desempenho de mandato classista;

IX – prêmio. (...).

105 BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 5. ed. Saraiva. p. 141-143.

§ 2º. O servidor não poderá permanecer em licença da mesma espécie por período superior a vinte e quatro (24) meses, salvo nos casos dos incisos II e V.

A legislação local possui capítulo próprio para tratar das licenças de seus servidores, fixando, inclusive, o prazo de duração destas, o qual não poderá ser superior a 24 (vinte e quatro) meses, exceto nos casos de licença à gestante, à adotante e à paternidade e licença para serviço militar.

Assim, evidentemente **inaplicável** o uso de analogia à Lei n.º 8.112/1990 para fins de se estabelecer o período de duração da licença pleiteada, visto que inexistente omissão na lei municipal quanto ao seu prazo, que, repita-se, não poderá ser superior a 24 (vinte e quatro) meses.

Ademais, a fixação de prazo para concessão da aludida licença se mostra razoável, conciliando, portanto, o interesse particular dos servidores e o interesse público, de forma a não prejudicar a prestação dos serviços por parte da Administração Pública. É o que se constata no Município de Brasília de Minas, que vem sendo compelido a realizar diversas contratações temporárias para garantir o atendimento na área da saúde em favor de sua população, tendo em vista a concessão de licenças para acompanhamento de cônjuge/companheiro por tempo indeterminado.

Aliás, a respeito da legalidade na determinação de prazo de duração para a referida licença, ressalte-se a seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO DISTRITAL LICENÇA PARA ACOMPANHAR CÔNJUGE POR PRAZO INDETERMINADO. SUPERVENIÊNCIA DE LEI QUE LIMITOU O PRAZO DE GOZO DA LICENÇA A CINCO ANOS. LEI COMPLEMENTAR N. 840/2011. INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO A REGIME JURÍDICO. PRECEDENTES.

I – O Tribunal de origem manteve a sentença de improcedência do pedido autoral, com base nos seguintes fundamentos a seguir delineados (fls. 82-91): “A impetrante goza de licença

para acompanhamento de cônjuge, por prazo indeterminado, concedida sob a égide da Lei 8.112/90 (Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais), aplicável aos servidores do Distrito Federal em razão do disposto no art. 5º da Lei Distrital nº 197/91. Todavia, com a edição da LC 840/11, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis do Distrito Federal, a licença para acompanhamento de cônjuge passou a limitar-se ao prazo de 05 (cinco) anos. [...] Note-se que o art. 294 da LC 840/11, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis do Distrito Federal, afastou expressamente a aplicação da Lei 8.112/90. [...] No caso, não houve aplicação retroativa da LC 840/11, pois, embora a licença tenha sido concedida à impetrante em 2007, o prazo de 05 (cinco) anos previsto no novo regime jurídico dos servidores civis do Distrito Federal somente começou a ser contado pela Administração a partir da entrada em vigor da LC 840/11, em 1º de janeiro de 2012, expirando-se aos 31.12.2016. Assim, expirado o prazo previsto na LC 840/11, deve a impetrante retornar ao efetivo exercício do cargo que ocupa no serviço público do Distrito Federal, pois não há direito adquirido ao regime jurídico anterior”.

II – Verifica-se, portanto, que o acórdão recorrido encontra-se em consonância com o entendimento adotado por esta Corte Superior segundo o qual não existe direito adquirido do Servidor Público a regime jurídico, razão pela qual **não faz jus a parte recorrente à manutenção da licença por prazo indeterminado, o que era permitido pelo regime jurídico vigente anterior, mas restou expressamente proibido pela Lei Complementar nº 840/2011**. Nesse sentido: AgInt no REsp 1322728/DF, 2012/0094755-0, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/02/2017, DJe 09/03/2017.

III – Agravo interno improvido.

STJ. AgInt no RMS 56689/DF. Relator: Ministro Francisco Falcão. Julgado em 14/08/2018. (Grifos nossos).

3) CONCLUSÃO

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

a) ao servidor público municipal estatutário de Brasília de Minas admite-se a concessão de licença para acompanhar cônjuge/companheiro, entretanto, com o enquadramento dessa na hipótese de licença para tratar de assunto de interesse particular, esta sim regulamentada no âmbito municipal.

b) todavia, a concessão de tal licença exige respeito ao Interesse Público Primário, de modo que seu deferimento sujeita-se à análise da conveniência e oportunidade da administração pública, já que, embora de um lado tenha-se o direito do servidor público à licença para tratar de interesse particular (com a finalidade de acompanhar o cônjuge/companheiro), de outro lado, não se permite ignorar o direito fundamental de toda a coletividade à prestação do serviço público municipal adequado.

c) *in casu*, em razão da previsão constante no artigo 73 do Estatuto do Servidor Público do Município de Brasília de Minas, a licença não poderá ser concedida para vigorar por período superior a 24 (vinte e quatro) meses.

Remeta-se cópia do presente despacho ao Promotor de Justiça solicitante, via e-mail.

Registre-se e archive-se.

Belo Horizonte, 04 de abril de 2019.

JOSÉ CARLOS FERNANDES JÚNIOR

Promotor de Justiça

Coordenador do CAO – Patrimônio Público

Nota Técnica Conjunta CAOPP/CEAT nº 08/2019

PAAF nº 0024.18.017233-0

Requerentes: 4ª Promotoria de Justiça da Comarca de Betim

Ementa: Subcontratação de serviços de publicidade. O contrato e as formas de remuneração da agência e prestadores de serviço no regime da Lei nº 12.232/2010. Normas-Padrão da Atividade Publicitária. Desconto-padrão. Previsão contratual de taxa de administração e comissão de mídia. Prejuízos potenciais à Administração Pública e imperiosa necessidade de planejamento formal, controle e fiscalização

1) RELATÓRIO

Trata-se de consulta formulada pela Dra. Ludmila Costa Reis, DD. Promotora de Justiça da Comarca de Betim, solicitando orientação acerca de aparente conflito de conclusões entre a Nota Técnica nº 142/2011, expedida pelo Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Justiça de Defesa do Patrimônio Público e o Parecer Técnico-contábil da Central de Apoio Técnico do MPMG – CEAT, emitido nos autos do Inquérito Civil nº MPMG-0027.15.000.066-2.

É esse, em síntese, o relatório.

2) FUNDAMENTAÇÃO

Inicialmente, é mister consignar que o arcabouço normativo aplicável aos procedimentos licitatórios de serviço de publicidade é composto prioritariamente pela Lei nº. 12.232, de 20 de abril de 2010, e pela Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993, cuja incidência é complementar, aplicando-se ainda subsidiariamente a Lei nº. 4.680, de 18 de junho de 1965, que dispõe sobre o exercício da profissão de publicitário e de agenciador de propaganda e dá outras providências.

A Lei nº 12.232/2010, que estabelece normas gerais para licitação e contratação pela Administração Pública de serviços de publicidade por intermédio de agências de propaganda, presta-se a regulamentar adequadamente a contratação de serviços de publicidade em consonância com o mercado próprio e específico de tais serviços em atendimento aos princípios atinentes a atividade administrativa, em especial os afetos às licitações e contratos.

O tema é relativamente novo e tem sido objeto de inúmeros questionamentos, principalmente porque se pretendeu aproximar dois universos muito distintos, quais sejam: o mercado publicitário, repleto de especificidades (inclusive para o próprio setor privado) e o regime de contratação da Administração Pública, marcado pela rigidez de um procedimento preliminar para a contratação – a licitação.

Justamente por essa razão, a fundamentação jurídica da presente nota foi sistematizada em três eixos fundamentais: na primeira parte, como introito, aborda-se a possibilidade jurídica de subcontratação no contrato de publicidade. Posteriormente, traz-se à baila esclarecimentos sobre o sistema remuneratório aplicável aos serviços de atividade publicitária contratados pela Administração Pública, para, em arremate, adentrar na análise casuística.

PARTE I – DA POSSIBILIDADE JURÍDICA DE SUBCONTRATAÇÃO NO CONTRATO DE PUBLICIDADE

2.1 – Delimitação conceitual: da subcontratação.

Cumpre-nos recordar que o contrato administrativo é celebrado em caráter *intuito personae*, pelo que a pessoa do contraente é elemento determinante para a boa fruição do ajuste, regido notadamente pela confiança recíproca entre as partes. Como bem pontificam Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, “os contratos administrativos, em regra, são contratos pessoais, celebrados *intuito personae*, ou seja, a execução do contrato deve ser levada a termo pela mesma pessoa que se obrigou perante a administração”¹.

A natureza pessoal dos contratos administrativos decorre principalmente do fato de serem eles celebrados após a realização de um procedimento licitatório em que se visa não apenas selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, mas também a selecionar **uma pessoa, física ou jurídica, que ofereça condições de assegurar a adequada execução do que foi contratado. Por esse motivo, as licitações, regra geral, têm uma fase de habilitação, em que os pretendentes a contratar com a Administração comprovam possuir qualificação técnica, econômico financeira, regularidade fiscal etc. – condições pessoais que ensejam a presunção de que aquela pessoa tem aptidão para executar adequadamente o objeto do contrato. Como decorrência direta da natureza pessoal dos contratos administrativos, não é possível, em princípio, a subcontratação, ou seja, o contrato não pode livremente cometer a terceiros a execução do objeto do contrato.**² (negritamos).

Com efeito, deve-se considerar primacialmente que “todos os contratos para os quais a lei exige licitação são firmados *intuito personae*, ou seja, em razão das condições pessoais do contratado apuradas no procedimento de licitação”³. Nada

1 ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 23. ed. São Paulo: Método, 2015. p. 571.

2 *Idem*.

3 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 277.

obstante, o preceito segundo o qual os contratos administrativos são personalíssimos não é absoluto. A logicidade hermenêutica do art. 72 da Lei n. 8.666/1993 admite a subcontratação parcial do objeto, nos seguintes termos:

Lei n. 8.666/1993 – Art. 72. O contratado, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, **poderá subcontratar partes da obra**, serviço ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso, pela Administração. (Destaque nosso).

Sabe-se que, na esteira do entendimento uníssono do Tribunal de Contas da União, a “subcontratação consiste na entrega de parte de fornecimento de bem, execução de obra ou prestação de serviço a terceiro, estranho ao contrato, **para que execute em nome do contratado item, etapa ou parcela do objeto avençado**”⁴.

Assim, a subcontratação consiste na transferência parcial do objeto pelo particular contratado a outrem que não mantém qualquer vínculo contratual com a Administração. Há, por essa razão, a constituição de uma nova relação jurídica, diversa daquela estabelecida originalmente, com natureza e características próprias, vinculando tão somente contratado e subcontratado, cuja formação é condicionada à aquiescência da Administração Pública no caso concreto, com fundamento de validade na prévia autorização assinalada no instrumento convocatório e no contrato administrativo.

Por conseguinte, são pressupostos para o regular advento do instituto:

a) ser previsto em edital e contrato;

b) avaliação, pela Administração Pública, sobre a conveniência da execução de partes da obra por terceiros estranhos ao contrato; e

c) recair somente sobre fragmentos do objeto do contrato, sendo certo que tais fragmentos não podem denotar maior relevância da totalidade contratada.

Registre-se que, de acordo com o art. 78, inciso VI, da Lei de Licitações, a subcontratação total ou mesmo a subcontratação parcial do objeto, não admitida no edital e no contrato, constitui motivo para **rescisão unilateral do contrato**.

Nesse contexto, considerando a disposição versada no § 2º do artigo 1º da Lei nº. 12.232/2010, que determina a aplicação complementar das Leis nº. 4.680/1965 e 8.666/1993, é possível admitir a subcontratação nos procedimentos licitatórios e nas contratações de serviços de publicidade, observados os pressupostos ventilados pela Lei Geral de Licitações.

2.2 – Da subcontratação em serviços de publicidade na Lei n. 12.232/2010: especificidades.

Antes do advento da Lei nº. 12.232/2010, a contratação de agências de propaganda pela Administração Pública deveria seguir os ditames da Lei de Licitações. Contudo, a lei geral não se adequava à contratação mais vantajosa do ponto de vista técnico, o que prejudicava a eficiência das contratações. O motivo era simples: o objeto, por envolver basicamente a criatividade dos contratados, inseridos em mercado próprio e regulamentado, inviabilizava a avaliação objetiva pelos critérios adotados na Lei nº. 8.666/93.

Essa inadequação da Lei Geral de Licitações, inclusive, foi tratada pelo Tribunal de Contas da União, que assim se manifestou:

21. Convém destacar que, tomando-se como exemplo os trabalhos de auditoria realizados por esta Unidade Técnica, chega-se à conclusão que as falhas e irregularidades decorrem, em grande parte, de deficiência na legislação que regula a matéria, exigindo, portanto, em um primeiro momento, alterações nos normativos pertinentes, sob pena de inviabilizar não só a continuidade da prestação dos serviços de publicidade e propaganda

4 BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Licitações e contratos**: orientações e jurisprudência do TCU. 4. ed. Brasília: TCU, Secretaria-Geral da Presidência: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010. p. 791.

do governo federal objeto dos contratos em vigor, como também, a médio prazo, qualquer contratação futura de tais serviços no âmbito da Administração Pública Federal. Além disso, para que se tornasse efetiva a medida proposta, exigir-se-iam ações desproporcionais à capacidade técnica e operacional dos órgãos de controle no sentido da verificação do seu cumprimento (...).

23. Quanto às deficiências na sistemática de contratação dos serviços de propaganda e publicidade e respectivos procedimentos, convém ressaltar que muitas das questões mencionadas pelo Analista foram expostas de forma objetiva no Relatório de fls. 76/123, em relação às quais foi sugerido o encaminhamento de cópia do Relatório à 6ª Secex para que avaliasse a conveniência e oportunidade de determinar à Secretaria de Comunicação de Governo e Gestão Estratégica – Secom/PR que promova estudos no sentido de alterar as normas que regulam a atividade publicitária, de modo a atender ao interesse público, principalmente sob a ótica dos princípios da eficiência e da economicidade, considerando, em especial, a necessidade de elaboração de projeto básico, definição precisa do objeto a ser contratado e do custo da campanha e estabelecimento de nova sistemática de remuneração das agências de publicidade.⁵

A conjugação de características do mercado e das profissões coligadas à publicidade com os aspectos procedimentais da Lei nº. 8.666/93, em especial os afetos aos tipos de licitação técnica e preço e melhor técnica, foi o cenário que permitiu a concepção de uma lei específica para o segmento, estabelecendo modelo próprio de contratação, em atendimento à competitividade, economicidade, eficiência e ao interesse público e proporcionando segurança jurídica ao administrador público. Assim, surgiu a Lei nº. 12.232/2010, regulamentando a licitação para fins de contratação de serviços de publicidade.

Nos artigos 2º, §1º, e 14, o referido diploma regulamentou a subcontratação ao se referir às atividades complementares, demonstrando a junção entre os aspectos técnicos próprios do mercado e os aspectos jurídicos e procedimentais da contratação pública, conforme abaixo transcritos:

Art. 2º Para fins desta Lei, considera-se serviços de publicidade o conjunto de atividades realizadas integradamente que tenham por objetivo o estudo, o planejamento, a conceituação, a concepção, a criação, a execução interna, a intermediação e a supervisão da execução externa e a distribuição de publicidade aos veículos e demais meios de divulgação, com o objetivo de promover a venda de bens ou serviços de qualquer natureza, difundir ideias ou informar o público em geral.

§ 1º Nas contratações de serviços de publicidade, poderão ser incluídos como atividades complementares os serviços especializados pertinentes:

I – ao planejamento e à execução de pesquisas e de outros instrumentos de avaliação e de geração de conhecimento sobre o mercado, o público-alvo, os meios de divulgação nos quais serão difundidas as peças e ações publicitárias ou sobre os resultados das campanhas realizadas, respeitado o disposto no art. 3º desta Lei;

II – à produção e à execução técnica das peças e projetos publicitários criados;

III – à criação e ao desenvolvimento de formas inovadoras de comunicação publicitária, em consonância com novas tecnologias, visando à expansão dos efeitos das mensagens e das ações publicitárias. (...).

Art. 14. Somente pessoas físicas ou jurídicas previamente cadastradas pelo contratante poderão fornecer ao contratado bens ou serviços especializados relacionados com as atividades complementares da execução do objeto do contrato, nos termos do § 1º do art. 2º desta Lei.

§ 1º O fornecimento de bens ou serviços especializados na conformidade do previsto no caput deste artigo exigirá sempre a apresentação pelo contratado ao contratante de 3 (três) orçamentos obtidos entre pessoas que atuem no mercado do ramo do fornecimento pretendido.

§ 2º No caso do § 1º deste artigo, o contratado procederá à coleta de orçamentos de fornecedores em envelopes fechados, que serão abertos em sessão pública, convocada e realizada sob fiscalização do contratante, sempre que o fornecimento de bens ou serviços tiver valor superior a 0,5% (cinco décimos por cento) do valor global do contrato.

5 TCU. Acórdão 262/2006. Plenário

§ 3º O fornecimento de bens ou serviços de valor igual ou inferior a 20% (vinte por cento) do limite previsto na alínea a do inciso II do art. 23 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, está dispensado do procedimento previsto no § 2º deste artigo.

Do artigo 2º, denota-se que a Lei n. 12.232/2010 não se aplica a qualquer serviço de publicidade, mas somente às atividades nela delineadas, mais complexas e que devem ser executadas de modo integrado por intermédio de agências de publicidade.

Consoante preconizado na lei, as atividades a serem desenvolvidas no conceito amplo de publicidade abrangem as seguintes etapas:

a) planejamento e execução de pesquisas e estudos sobre o mercado, público-alvo, ações publicitárias e resultados;

b) produção e execução técnica;

c) criação e desenvolvimento de comunicação publicitária.

Vê-se, portanto, a preocupação do legislador com a limitação das atividades abrangidas no conceito de publicidade em atendimento à finalidade pública intrínseca ao objeto, excluindo-se outras atividades complementares que não precisam da intermediação de agência de propaganda, tais como, assessoria de imprensa, comunicação e relações públicas, cuja eventual contratação pela Administração Pública deverá seguir os procedimentos previstos na Lei nº 8.666/93.⁶

Observe-se que haverá casos em que a subcontratação não constituirá propriamente uma opção da agência contratada, mas sim um recurso inafastável para a execução do contrato. Atividades como a veiculação propriamente dita da campanha publicitária, embora necessárias ao pleno cumprimento do contrato, não são atividades tipicamente exercidas pela agência de publicidade – e, portanto, não são assumidas pela agência para execução pessoal, em nome próprio.

Ao contrário, desde a licitação, considera-se que esses serviços serão exercidos por outrem, o que, de certa forma, confere à subcontratação nesses casos um cunho compulsório. Em tais hipóteses, a subcontratação ficará caracterizada a partir de uma relação equivalente a um contrato de mandato ou de intermediação. Em vez de se responsabilizar diretamente pela veiculação da campanha publicitária, a agência contratada obriga-se a obter e intermediar o compromisso de terceiros incumbidos de fazê-lo em prol da Administração.

Como se vê, a Lei nº. 12.232/2010 não incide sobre um tipo específico de serviço de publicidade, contratado isoladamente, mas sobre a **concepção de uma solução integrada**, constituída por um conjunto de prestações heterogêneas a serem fornecidas em uma mesma relação contratual. Trata-se de contratar a publicidade sob um modelo **full service**, por meio do qual a agência de propaganda responsabiliza-se pela elaboração de um conjunto de atividades inerentes à concepção, execução e distribuição da campanha publicitária.

Dessa forma, essas **atividades complementares** são consideradas uma “**modalidade especial de subcontratação**”, por meio da qual apenas pessoas físicas ou jurídicas previamente cadastradas pelo contratante podem fornecer ao contratado bens e serviços especializados, desde que seja seguido o procedimento previsto no artigo 14 da Lei nº. 12.232/2010, a partir:

a) do cadastro prévio do fornecedor no órgão ou na entidade;

b) da realização, pelo contratado, de pesquisa de preços no mercado, por meio da apresentação de três orçamentos obtidos de pessoas que atuem no ramo, quando o valor se situar acima de um limite prefixado; e

c) da realização de sessão pública para abertura dos orçamentos, quando o valor se situar acima de um limite prefixado.

Assim, a subcontratação de serviços de publicidade, prevista na lei em comento, deve observar os seguintes requisitos:

6 Nesse sentido é o teor do Acórdão TCU 638/2012, Plenário.

(i) a subcontratação deve ser **autorizada** pela Administração Pública no caso concreto;

(ii) a subcontratação deve ser **parcial**;

(iii) deve haver **previsão expressa no edital** de licitação e, por consequência, no contrato que esteja a ela anexo;

(iv) só podem ser **subcontratadas atividades complementares** que se enquadrem na descrição do § 1º, do artigo 2º, por força do § 2º, do mesmo dispositivo da Lei nº 12.232/2010;

(v) só pode ser subcontratado o que já está contratado, evitando-se burla ao procedimento licitatório;

(vi) necessário que os fornecedores sejam previamente **cadastrados** pelo ente licitante; e, por fim,

(vii) exigência de **regularidade fiscal** do subcontratado pela empresa contratada pelo Poder Público.

Caso não sejam observados os citados requisitos, a subcontratação será **ilícita**. De outro modo, estar-se-ia admitindo que a empresa vencedora da licitação atuasse como mera intermediadora das empresas subcontratadas, as quais, aliás, sequer executariam atividades acessórias, mas, sim, realizariam a obrigação principal, o que frustraria o devido processo licitatório e ensejaria a concretização de ato de improbidade administrativa (art. 10, VIII, da Lei nº. 8.429/92⁷).

7 Lei n. 8.429/1992 – Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:(...) VIII – frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente (...).

PARTE II – DO SISTEMA REMUNERATÓRIO APLICÁVEL AOS SERVIÇOS DE ATIVIDADE PUBLICITÁRIA CONTRATADOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

2.3 – Normas-Padrão da Atividade Publicitária.

Remonta aos anos de 1950 o mais significativo marco regulatório no setor publicitário: o I Congresso Brasileiro de Propaganda, que influenciou decisivamente na atuação de seus respectivos atores e definiu uma série de normas aplicáveis a essa modalidade de serviço. Esse evento, convocado pela Associação Brasileira de Agências de Propaganda (ABAP) em 1957, incumbiu-se de reestruturar o setor de propaganda:

Quando se reuniram na sede da Associação Brasileira de Imprensa, em outubro de 1957, os publicitários estavam na vanguarda do desenvolvimento da Comunicação no Brasil. O I Congresso Brasileiro de Propaganda foi um evento à frente de seu tempo. **Suas principais teses e decisões eram ousadas. Levaram tempo para serem absorvidas formalmente pelo conjunto da “indústria da comunicação”. Exemplos claros são:** 1) o Código de Ética, que oito anos depois veio a ser incorporado pela Lei nº 4.680, de junho de 1965; **2) as Normas-Padrão, que, posteriormente aperfeiçoadas, foram recepcionadas pelo Decreto nº 57.690, de fevereiro de 1966;** e 3) a decisão de criar o Instituto Verificador de Circulação (IVC) – baluarte definitivo da racionalização das relações entre anunciantes, agências e veículos de mídia impressa –, efetivamente implantado em 1961, como departamento da Associação Brasileira de Propaganda, na gestão de Caio Domingues.⁸ (Destacamos).

Visando à consolidação da publicidade, estabeleceu-se a confecção das “normas-padrão”, com escopo de regulamentar o funcionamento das agências de propaganda, criando novas formas de

8 CAVALCANTI, Alberto R. **Congresso Brasileiro de Publicidade I, II e III.** (versão compilada). Disponível em: http://www.abapnacional.com.br/images/publicacoes/123_congressos.pdf. Acesso em 29 de janeiro de 2019. p.19.

remuneração para o setor publicitário e definindo pormenorizadamente as práticas consideradas reprováveis.

Nesse sentido, as Normas-Padrão da Atividade Publicitária constituem-se em um documento básico composto de recomendações e princípios éticos que objetivam avalizar melhores práticas comerciais no relacionamento estabelecido entre os agentes da publicidade brasileira. **São editadas pelo Conselho Executivo das Normas-Padrão (CENP)**, associação civil sem fins lucrativos, com atuação nacional, criada e mantida exclusivamente pelo setor privado, responsável pela condução da autorregulação das relações ético comerciais.

É importante destacar que, ao final de um longo e complexo processo administrativo, arquivado no início de 2017, o Tribunal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) reconheceu, em decisão unânime, que as Normas-Padrão da Atividade Publicitária estão amparadas e são incentivadas pela legislação em vigor no país. Nos termos do voto do Conselheiro Relator Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo:

Processo Administrativo 08012.008602/2005-09

Representante: SDE ex officio

Representado: Conselho Executivo de Normas-Padrão – CENP

Advogados: Tércio Sampaio Ferraz Júnior, Juliano Souza de Albuquerque Maranhão, Carla Osmo, Thiago Francisco da Silva Brito e outros.

Relator: Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo

EMENTA: Processo Administrativo. Conduta colusiva. Influência de conduta concertada ou uniforme. Mercado publicitário brasileiro. Previsões do Conselho Executivo das Normas-Padrão – CENP tendentes à uniformização remuneratória no mercado. Imposição de barreiras à entrada e criação de dificuldades de funcionamento de empresas. Normas-padrão. Descontos padrão uniformes. Leis 4.680/65 e 12.232/10 e Decretos 57.690/66 e 4.563/2002. Advocacia da concorrência. Art. 20, incisos I, II e IV, e do art. 21, incisos II, IV, V, X e XI, ambos da Lei 8.884/94. Arquivamento.

Palavras-chave: Influência de conduta uniforme. Mercado publicitário. Normas-padrão. Advocacia da concorrência. Arquivamento.

(...). DO MÉRITO.

O conteúdo normas-padrão abrangia – e ainda abrange – um leque de disposições regulamentares em torno de temas técnicos do mercado publicitário, mas também de temas econômicos que envolvem standards de remuneração a contratantes dos chamados “serviços de propaganda”. O problema aqui exposto é a extensão desse conteúdo, uma vez que a Lei 4.680/65 nada dispõe sobre as normas-padrão, mas a regulamentação desse diploma faz uso dos parâmetros emitidos pelo CENP como forma de remuneração dos contratantes (vide art. 7º do Decreto 57.960/66), tendo em vista que os filiados são obrigados a cumprir essas normas-padrão por força do Estatuto Social do CENP (vide art. 13[1], por exemplo).

(...). Um dos objetivos do Representado é zelar pela observância das **Normas-Padrão da Atividade Publicitária, as quais definem condutas e regras das melhores práticas éticas e comerciais entre os agentes do setor, bem como aderir irrestritamente e divulgar as normas-padrão da atividade publicitária (art. 5º do Estatuto Social do CENP).** Essas normas-padrão foram objeto de discussão nos presentes autos a fim de investigar se teriam o potencial de induzir a conduta uniforme de agentes econômicos ligados ao Representado.

As condutas em torno da implementação do Certificado de Qualidade Técnica do CENP e sua vinculação ao desconto de agência – que são alguns dos elementos inseridos nas normas-padrão – fazem parte do mercado publicitário brasileiro e do mercado nacional de venda de espaço/tempo publicitário por veículos de comunicação. Tais mercados possuem elevadas barreiras à entrada, notadamente, a restrição de atuação de nova entidade certificadora, capazes de suavizar as determinações do Representado, não obstante haver previsão legal que autoriza sua criação na Lei 12.232/10.

O poder de mercado de uma entidade de classe pode ser visualizado na representatividade de seus filiados no mercado. A congregação de praticamente todos os agentes – senão os mais relevantes – que compõem o mercado publicitário brasileiro pelo Representado demonstra a relevância da instituição, uma vez que tem o condão de impor práticas que podem envolver a regulação da atividade publicitária. A importância concorrencial dessa representatividade foi destacada pela

Superintendência-Geral no sentido de que “quanto maior a representatividade do CENP, maior a possibilidade de alterar unilateralmente as condições de mercado, inclusive mantendo preços sistematicamente acima do nível competitivo de mercado, ainda que não seja em proveito da associação, mas sim de seus associados” (SEI 0201327).

Não obstante a possível indução de conduta concertada que pode ser implementada por meio dessas normas-padrão, destacadamente na obrigação de padronização de percentuais de desconto imposta pelo CENP, forçoso observar que a sistemática possui amparo legal. Nesse contexto, decidindo pela existência ou não de risco concorrencial de se estabelecer ao mercado parâmetros uniformes de remuneração de 20%, a prática comercial do CENP é chancelada enquanto vigorarem as Leis 4.680/65 e 12.232/10 e os Decretos 57.690/66 e 4.563/2002. (...).

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA

ATA DA 97ª SESSÃO ORDINÁRIA DE JULGAMENTO REALIZADA EM 18 DE JANEIRO DE 2017

Às 11:14h do dia dezoito de janeiro de dois mil e dezessete, o Presidente Interino do Cade, Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, declarou aberta a presente sessão. Participaram os Conselheiros do Cade, Alexandre Cordeiro, João Paulo de Resende e Paulo Burnier da Silveira. Ausente, justificadamente, a Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt. Presentes o Procurador-chefe da Procuradoria Federal Especializada junto ao Cade, Victor Santos Rufino, o representante do Ministério Público Federal junto ao Cade, Márcio Barra Lima, e o Secretário do Plenário, Paulo Eduardo Silva de Oliveira.

O Presidente Interino do Cade saudou os participantes da 37ª Edição do Programa de Intercâmbio do Cade e o Senhor Márcio Barra Lima, atual representante do Ministério Público Federal junto ao Cade.

JULGAMENTOS

3. Processo Administrativo nº 08012.008602/2005-09 (b)

Representante: SDE ex officio

Representado: Conselho Executivo de Normas-
Padrão – CENP

Advogados: Tércio Sampaio Ferraz Júnior,
Juliano Souza de Albuquerque Maranhão, Carla
Osório, Thiago Francisco da Silva Brito e outros.

Relator: Conselheiro Gilvandro Vasconcelos
Coelho de Araújo

Decisão: O processo foi arquivado nos termos
do voto do Conselheiro Relator (negrito nosso).

Com efeito, ainda de acordo com o Conselheiro Relator, houve uma inegável evolução da legislação que dá suporte às normas-padrão da atividade publicitária, as quais podem ser elucidadas pelo seguinte quadro síntese adaptado:

Norma	Vigência	Conteúdo relevante
Lei 4.680/65	18/06/65	Art 17. A atividade publicitária nacional será regida pelos princípios e normas do Código de Ética dos Profissionais da Propaganda , instituído pelo I Congresso Brasileiro de Propaganda, realizado em outubro de 1957, na cidade do Rio de Janeiro.
Dec. 57.960/66	01/02/66	Este decreto aprovou o regulamento para a execução da Lei n 4.680/1965. Definiu, entre outros temas, os serviços básicos prestados por agência de propaganda ao anunciante.
Dec. 2.262/97	Entre 28/07/97 e 31/12/02	Alterou o regulamento aprovado pelo Decreto n. 57.690/1966, para, entre outras incumbências, determinar que os órgãos e entidades da Administração Pública Federal, direta e indireta, que mantivessem contrato com Agência de Propaganda deveriam renegociar, em benefício da Administração, as cláusulas de remuneração da contratada, quando da renovação ou prorrogação do contrato.
Dec. 4.563/02	31/12/02	Alterou, novamente, o regulamento aprovado pelo Decreto n. 57.690/1966, para a execução da Lei n. 4.680/1965. Fez menção específica às Normas-padrão da Atividade Publicitária, editadas pelo CENP, nos termos do artigo 1º, que deu a seguinte redação ao artigo 7º do Decreto n. n. 57.690/1966: “Os serviços de propaganda serão prestados pela Agência mediante contratação, verbal ou escrita, de honorários e reembolso das despesas previamente autorizadas, tendo como referência o que estabelecem os itens 3.4 a 3.6, 3.10 e 3.11, e respectivos subitens, das Normas-Padrão da Atividade Publicitária, editadas pelo CENP – Conselho Executivo das Normas-Padrão , com as alterações constantes das Atas das Reuniões do Conselho Executivo datadas de 13 de fevereiro, 29 de março e 31 de julho, todas do ano de 2001, e registradas no Cartório do 1o Ofício de Registro de Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica da cidade de São Paulo, respectivamente sob no 263447, 263446 e 282131 (NR)”.

Norma	Vigência	Conteúdo relevante
Lei n.12.232/10	29/04/10	Essa lei diz respeito às condições para contratação de serviços de publicidade pela Administração Pública, através de procedimento de licitação. Indica a Lei Federal n. 4.680/65 como norma subsidiária a ser utilizada em licitações e contratações pela Administração Pública de serviços de publicidade. Além disso, determina que os serviços de publicidade sejam contratados com agências de propaganda que tenham obtido certificado de qualificação técnica de funcionamento emitido pelo CENP, na forma do artigo 4º, § 1º: “os serviços de publicidade previstos nesta Lei serão contratados em agências de propaganda cujas atividades sejam disciplinadas pela Lei n. 4.680, de 18 de junho de 1965, e que tenham obtido certificado de qualificação técnica de funcionamento. O certificado de qualificação técnica de funcionamento previsto no caput deste artigo poderá ser obtido perante o Conselho Executivo das Normas-Padrão – CENP , entidade sem fins lucrativos, integrado e gerido por entidades nacionais que representam veículos, anunciantes e agências, ou por entidade equivalente, legalmente reconhecida como fiscalizadora e certificadora das condições técnicas de agências de propaganda”.

Nessa perspectiva, as normas-padrão encerram a proteção dos interesses de todos os agentes econômicos envolvidos nas negociações no mercado publicitário, além de pretender retificar determinadas insuficiências de mercado, atuando de forma permanente em quatro importantes áreas:

1. Certifica a qualidade técnica da agência de publicidade, assegurando que ela tenha estrutura física e de pessoal compatível com o mercado no qual atua, inclusive quanto ao uso competente de pesquisas de mídia;

2. Mantém depósito, para comprovação pública, das listas de preços dos veículos de comunicação, instrumento inibidor de práticas desleais na oferta de preços pelos serviços de veiculação da publicidade;

3. Credencia os serviços de informações de mídia oferecidos pelas empresas especializadas e credencia, também, institutos/empresas para atuarem na verificação de circulação dos Veículos de Comunicação impressos;

4. Atua como fórum permanente de discussão técnico-comercial da área publicitária. Não é ente público, mas tem as Normas e a

Certificações reconhecidas pela legislação federal como instrumento para entes públicos que utilizam a publicidade para o exercício da comunicação.

Percebe-se, portanto, que as Normas-Padrão são demonstração da **capacidade autorregulatória** do setor publicitário. Logo, o plexo normativo é composto, além da legislação vigente, das normas de autorregulação, que além de definir padrão de ética comum, rege direitos e deveres e a necessidade de implementar uma cultura de integridade (compliance) nesse setor.

Uma vez superadas essas considerações, cumpre-nos abordar o “Desconto-Padrão”, que pode ser compreendido como a padronização do patamar remuneratório, estabelecida pelas Normas-Padrão da Atividade Publicitária, conforme veremos doravante.

2.3.1 – Do Desconto-Padrão.

O desconto-padrão mínimo, de acordo com Sílvia Fagá de Almeida e Bernardo Macedo, é uma **estrutura de remuneração, referente à prestação dos serviços de mídia das agências, que visa estimular a qualidade dos serviços sem eliminar a concorrência via preço**⁹. Henrique Araújo Costa e Alexandre Araújo Costa explicam, de maneira didática, que:

O desconto-padrão tem origem na experiência norte-americana, que é pioneira na questão da publicidade. No Brasil, o modelo dos EUA foi estabelecido por meio de um convênio celebrado em 1949 entre agências e veículos, que instituiu a regra de cobrar uma comissão de 17,65% sobre o montante líquido pago aos veículos. Esse curioso número deriva de uma mudança na prática publicitária americana, que originalmente era a de cobrar uma comissão de 15% sobre o valor de tabela, mas que se mostrou inadequada porque ela terminava por gerar uma tensão entre os Anunciantes e as Agências.

Ainda na primeira metade do século XX, **tornou-se claro que o fato de o desconto incidir sobre o gasto total de veiculação fazia com que a remuneração das agências seja proporcional ao gasto que ela intermedeia**. Esse fato faz com que as agências não tenham interesse em realizar campanhas mais baratas, o que gera um potencial conflito de interesse com o anunciante.

(...)

Todavia, apesar do referido convênio de 1949, estabeleceu-se na publicidade brasileira dos anos 1950 o costume de pagar uma comissão de 20% sobre o valor de tabela dos veículos, de tal forma que esse valor foi reconhecido tanto pelas Normas Padrão de 1957 quanto pelas de 1998. Além disso, no Brasil essa comissão nunca foi paga diretamente pelos anunciantes, e sim pelos veículos.

Esse desconto é possível porque embora a veiculação seja contratada em nome do anunciante, os anunciantes repassam previamente às agências os valores a serem despendidos. Como todo o dinheiro relativo à campanha é gerido pela agência, o desconto do veículo significa uma

autorização para que ela retenha uma determinada percentagem do preço a ser pago pelos serviços de divulgação na mídia.

Em países mais influenciados pelo paradigma liberal da economia, como é o caso do próprio sistema norte-americano atual, essa comissão não tem um valor definido em lei, o que estabelece uma concorrência entre as agências que fixam a sua remuneração por meio do ajuste da comissão a ser recebida. **No Brasil, contudo, desde as Normas-Padrão de 1957, houve uma tentativa de limitar a concorrência de preços entre as agências, o que conduziu ao estabelecimento de um desconto uniforme de 20%.**

Essa padronização do patamar remuneratório fez com que, para os anunciantes, o único diferencial entre as diversas agências de publicidade seria a sua qualidade, na medida em que todas elas seriam remuneradas basicamente por meio desse desconto-padrão.

Uma padronização semelhante também foi implementada nas outras formas remunerativas, sendo definida em 15% o valor das comissões a serem recebidas pelas agências pela contratação de terceiros para a execução de serviços que não resultam em desconto-padrão. E quando a agência não cria as peças a serem produzidas, realizando simples *intermediação*, essa comissão cai para a faixa de 5 a 10%. Além disso, as NPAP atuais estabelecem que os próprios serviços internos da agência não devem ser submetidos à livre estipulação das partes, mas observar parâmetros definidos pelo Sindicato das Agências.

Desde 1957, a integralidade desse desconto-padrão é devido exclusivamente às agências, sendo vedada a sua concessão aos anunciantes que contratam os veículos de maneira direta. Em 1998, essa regra tornou-se ainda mais rígida, com a limitação do desconto às agências devidamente certificadas pelo CENP. Esses mecanismos de homogeneização e de exclusividade tiveram um impacto muito grande sobre o desenvolvimento da publicidade brasileira nos últimos cinquenta anos.

(...)

A tentativa das agências e veículos de manter o atual sistema remunerativo pode ser interpretada como o esforço para a manutenção de um ambiente em que a ausência de uma competição por preços garante a ambos os atores níveis de remuneração mais elevados que em um sistema de livre competição. A manutenção desse sistema de proteção é criticada por aqueles que

9 CENP. Documentos CENP – 2. ALMEIDA, Sílvia Fagá. MACEDO, Bernardo. **Concorrência em qualidade: análise econômica do modelo brasileiro de publicidade** in Visão Econômica do Modelo Brasileiro de Publicidade. Disponível em: http://www.cenp.com.br/PDF/modelo_brasileiro_publicidade.pdf. Acesso em 30 de janeiro de 2019. p. 11

consideram necessária uma liberalização dos mercados, mas essa posição deve ser vista com cuidado, especialmente porque o sistema também é defendido pelos próprios anunciantes, que teoricamente seriam a parte prejudicada por esse arranjo de coisas.¹⁰ (Destques nossos).

Com efeito, consoante o art. 19 da Lei nº. 12.232/10, o desconto-padrão constitui a receita da Agência de Propaganda como remuneração pela concepção, execução e distribuição da propaganda, por ordem e conta de seus clientes:

Lei 12.232/2010

Art. 19. Para fins de interpretação da legislação de regência, valores correspondentes ao desconto-padrão de agência pela concepção, execução e distribuição de propaganda, por ordem e conta de clientes anunciantes, constituem receita da agência de publicidade e, em consequência, o veículo de divulgação não pode, para quaisquer fins, faturar e contabilizar tais valores como receita própria, inclusive quando o repasse do desconto-padrão à agência de publicidade for efetivado por meio de veículo de divulgação.

A descrição do item 1.11 das **Normas-Padrão do CENP** acrescenta que o desconto-padrão é calculado sobre o valor negociado, na forma de percentual. É esta a previsão contida nas Normas-Padrão em razão da Lei nº. 4.680/65:

2.5 O “Desconto-Padrão de Agência” de que trata o art. 11 da Lei nº 4.680/65 e art. 11 do Decreto 57.690/66, bem como o art. 19 da Lei 12.232/10, é a remuneração destinada à Agência de Publicidade pela concepção, execução e distribuição de propaganda, por ordem e conta de clientes anunciantes.

2.5.1 Toda Agência que alcançar as metas de qualidade estabelecidas pelo CENP, comprometendo-se com os custos e atividades a elas relacionadas, habilitar-se-á ao recebimento do “Certificado de Qualificação Técnica”, conforme o art. 17, inciso I, alínea “f”, do Decreto nº 57.690/66, e fará jus ao “desconto padrão de agência” não inferior

a 20% (vinte por cento) sobre o valor dos negócios que encaminhar ao Veículo por ordem e conta de seus Clientes. (...).

3.6 Todos os demais serviços e suprimentos terão o seu custo coberto pelo cliente, deverão ser adequadamente orçados e requererão prévia e expressa autorização do Cliente para a sua execução. O custo dos serviços internos, assim entendidos aqueles que são executados pelo pessoal e/ou com os recursos da própria Agência, será calculado com base em parâmetros referenciais estabelecidos pelo Sindicato da base territorial onde a Agência estiver localizada e não será acrescido de honorários nem de quaisquer encargos.

3.6.1 Os serviços e os suprimentos externos terão os seus custos orçados junto a Fornecedores especializados, selecionados pela Agência ou indicados pelo Anunciante. O Cliente deverá pagar à Agência “honorários” de 15% (quinze por cento) sobre o valor dos serviços e suprimentos contratados com quaisquer Fornecedores.

3.6.2 Quando a responsabilidade da Agência limitar-se exclusivamente à contratação ou pagamento do serviço ou suprimento, sobre o valor respectivo o Anunciante pagará à Agência “honorários” de no mínimo 5% (cinco por cento) e no máximo 10% (dez por cento).

Consoante o CENP, os veículos devem **explicitar**, em campo próprio de sua nota fiscal ou fatura, como referência, o valor do desconto-padrão assegurado à Agência que intermediou a veiculação. Salvo reduções permitidas pelas Normas-Padrão, este valor de referência deve ser faturado pela Agência contra o Cliente-Anunciante para o qual criou a peça publicitária e por cuja ordem e conta encaminhou-a ao veículo de divulgação.

Ainda de acordo com o Conselho, **é possível que os veículos, agências e anunciantes estabeleçam, excepcionalmente, formas de relacionamento e de remuneração diversa**, desde que respeitada a legislação tributária e fiscal, mormente a que proíbe o faturamento do desconto-padrão pelo veículo.¹¹

Em síntese:

10 COSTA, Henrique Araújo. COSTA, Alexandre Araújo. **Direito da Publicidade**. Brasília: Thesaurus, 2008. p. 28-31.

11 Nesse sentido, vide: http://www.cenp.com.br/PDF/perguntas_Frequentes%20120711.pdf.

(i) o anunciante (“A”) contrata uma agência de propaganda (“B”) para a execução de serviços de concepção e desenvolvimento de campanhas de acordo com suas necessidades;

(ii) a agência de propaganda (“B”), a seu turno, cria/desenvolve a campanha e contrata um fornecedor (“C”) para a elaboração das peças publicitárias e coordena a inserção dessas peças nos veículos de divulgação, após desenvolver um plano de mídia;

Nesse contexto, cabe ao anunciante (em nosso exemplo, “A”) a remuneração de todos os agentes envolvidos, sendo os pagamentos realizados, geralmente, por intermédio da agência de propaganda (“B”).

2.4 – O contrato no regime da Lei nº 12.232/2010 e formas de remuneração da agência e prestadores de serviço.

A disciplina do contrato na Lei nº. 12.232/2010 apresenta inovações relevantes, se comparada ao paradigma da Lei das Licitações. Preveem-se formas remuneratórias específicas e a possibilidade de uma mesma licitação gerar relações contratuais diversas – seja com terceiros alheios ao certame, seja entre a própria Administração e várias agências, contratadas no âmbito de uma mesma licitação.

Adota-se assim, ao menos para uma parcela das obrigações, o regime de administração contratada, conforme se pode extrair da leitura do artigo 14, § 1º¹². Trata-se de regime contratual não previsto na Lei

12 Art. 14. Somente pessoas físicas ou jurídicas previamente cadastradas pelo contratante poderão fornecer ao contratado bens ou serviços especializados relacionados com as atividades complementares da execução do objeto do contrato, nos termos do § 1º do art. 2º desta Lei.

§ 1º O fornecimento de bens ou serviços especializados na conformidade do previsto no caput deste artigo exigirá sempre a apresentação pelo contratado ao contratante de 3 (três) orçamentos obtidos entre pessoas que atuem no mercado do ramo do fornecimento pretendido.

§ 2º No caso do § 1º deste artigo, o contratado procederá à coleta de orçamentos de fornecedores em envelopes fechados, que serão abertos em sessão pública, convocada e realizada sob fiscalização do contratante, sempre que o fornecimento de bens ou serviços tiver valor superior a 0,5% (cinco décimos por cento) do valor global do contrato.

nº. 8.666/93, em que o contratado não desembolsa recursos para a produção dos serviços (no caso, as atividades complementares), mas se incumbe de selecionar, contratar e remunerar o pessoal necessário para realizar a prestação.

A respeito dessa forma remuneratória, Marçal Justen Filho pontifica que na “Administração contratada, o preço consiste no custo da execução mais uma comissão assegurada ao contratado. A Administração tem o dever de reembolsar o particular por todas as despesas incorridas e remunerá-lo pela comissão¹³”. Vale ressaltar que regime de execução semelhante fora objeto de veto presidencial na Lei de Licitações e Contratos (alínea “c”, do inciso VII, do art. 6º; alínea “c”, do inciso II, do parágrafo único, do art. 10; e inciso XII, do art. 40), sob o argumento de risco de potencial prejuízo aos cofres públicos. A propósito, manifestou-se naquela época, oportunamente, a Advocacia-Geral da União:

A experiência tem demonstrado que a execução indireta, sob o regime de administração contratada, envolve a assunção de elevadíssimos riscos pela Administração. (...). Como é sabido, nesse regime de execução interessa ao contratado, que se remunera à base de um percentual incidente sobre os custos do que é empregado na obra ou serviço, tornar esses custos os mais elevados possíveis, já que, assim, também os seus ganhos serão maximizados. (...). **Tais dispositivos, portanto, se mostram contrários ao interesse público.**¹⁴ (Destaque nosso).

De qualquer sorte, a especificidade da contratação de agências de publicidade e até mesmo o modelo preconizado pela Lei nº. 4.680/65 demandam a adoção da administração contratada nessa temática, mas com temperamentos. Isso porque, dita lei, no artigo 11¹⁵, definiu que a

§ 3º O fornecimento de bens ou serviços de valor igual ou inferior a 20% (vinte por cento) do limite previsto na alínea a do inciso II do art. 23 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, está dispensado do procedimento previsto no § 2º deste artigo.

13 JUSTEN FILHO. Marçal. **Comentários à lei de licitações e Contratos Administrativos**. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 139.

14 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/anterior_98/Vep335-L8666-93.pdf. Acesso em 26 de março de 2019.

15 Art. 11. A comissão, que constitui a remuneração dos

remuneração das agências de propaganda será mediante comissão ou percentual de desconto sobre os preços estabelecidos em tabela, exatamente o modelo vetado na lei geral das licitações, a partir das fundadas preocupações da AGU.

Por meio do Acórdão nº. 2.062/06 – Plenário, o Tribunal de Contas da União havia se manifestado pela ilegalidade do pagamento por meio de comissão ou desconto sobre os preços. Esse posicionamento, entretanto, foi revisto no Acórdão nº 3.233/10 – Plenário¹⁶, em que o tribunal reconheceu que o pagamento das agências de publicidade tem regramento próprio, previsto na Lei nº. 4.680/65:

52. A Lei nº 8.666/93 “estabelece normas gerais” sobre contratações públicas, como textualmente está redigido no seu art. 1º. Dela não faz parte o regime de administração contratada, mas também não há uma disposição que o proíba de modo expresso sob qualquer situação.

(...).

54. Assim acontece com a contratação de publicidade. A Lei nº 8.666/93, que trata de normas gerais, é silenciosa quanto à administração contratada, o que, ordinariamente, impede o uso desse regime. Porém, esse Estatuto de Licitações e Contratos não exclui imperativamente outros regimes de contratação. Não soa estranho, por consequência, que a Lei nº 4.680/65, que é específica da atividade publicitária, traga no seu bojo a administração contratada.

55. A Lei nº 4.680/65 está vigente e sua aplicação é admitida pelo Acórdão nº 2.062/2006-Plenário. Em decorrência, não se pode dizer que o regime de administração contratada está completamente fora do ordenamento, pois pelo menos no caso da publicidade ele é permitido.

Agenciadores de Propaganda, bem como o desconto devido às Agências de Propaganda serão fixados pelos veículos de divulgação sobre os preços estabelecidos em tabela.

Parágrafo único. Não será concedida nenhuma comissão ou desconto sobre a propaganda encaminhada diretamente aos veículos de divulgação por qualquer pessoa física ou jurídica que não se enquadre na classificação de Agenciador de Propaganda ou Agências de Propaganda, como definidos na presente Lei.

16 Acórdão nº 3.233/2010-Plenário, TC-019.444/2005-2, rel. Raimundo Carreiro, 1º.10.2010.

Se por um lado é natural que o contrato de publicidade envolva serviços de terceiros (administração contratada), por outro é insuperável a conclusão de que o regime de remuneração previsto na lei – no que garante à agência “honorários” sobre o valor dos serviços e suprimentos de fornecedores e “desconto-padrão” sobre os gastos com a veiculação – é flagrantemente prejudicial à Administração Pública, já que, repita-se, estimula a agência contratada a encarecer a conta, para daí garantir maior ganho. Nem mesmo a previsão de coleta de pelo menos três (3) orçamentos, para submissão ao órgão público contratante, é capaz de afastar tal vulnerabilidade, pois faltará a esta capacidade técnica para afastar eventuais direcionamentos e abusos.

2.5 – Da remuneração paga pelo anunciante à agência.

As Normas-Padrão do CENP (item 1.13) conceituam a remuneração paga pelo anunciante à agência como **fee**, e o descrevem como “(...) **o valor contratualmente pago pelo Anunciante à Agência de Publicidade, nos termos estabelecidos pelas Normas-Padrão, independente do volume de veiculações, por serviços prestados de forma contínua ou eventual**”.

Como visto, **o conceito de remuneração presente no artigo 15 da nova lei é mais amplo que o das Normas-Padrão, porque engloba, além da remuneração da agência, o valor devido ao veículo**. Como já mencionado, especiais efeitos essa espécie de remuneração traz no âmbito dos contratos administrativos, tendo em vista que quanto maior forem os gastos desses serviços terceirizados, maior será o valor que corresponderá à remuneração da agência via desconto-padrão, situação que tem o potencial de incentivar o aumento dos custos dos serviços para justificar maiores ganhos para a agência, resultado que não se coaduna com o princípio da economicidade que orienta os processos públicos de contratação.

Outrossim, é bom salientar que o parágrafo único¹⁷, do artigo 15, da Lei n. 12.232/2010, busca impedir tão somente a retenção, pela agência, dos descontos ou abatimentos que forem negociados por ela ou pelo próprio anunciante sobre os preços de tabela do veículo de comunicação. Nada a ver com o desconto-padrão, bem como com as bonificações por volume (“bonificações na forma de reaplicações”), ou seja, com os planos de incentivo, por que estas verbas compõem, segundo o que fixado na lei, o sistema de remuneração da agência. O que previsto no art. 15 e no seu parágrafo único (apropriação, pela administração anunciante, dos abatimentos negociados) não se confunde e nem interfere no regime de remuneração da agência (honorários sobre produtos e serviços de terceiros e desconto-padrão do veículo).

Fácil perceber que a Lei nº. 12.232/2010 impõe à Administração Pública práticas e modelos típicos da iniciativa privada, correntes no mercado, estabelecendo que, sempre de acordo com a sistemática do edital, “a proposta de preço conterá quesitos representativos das formas de remuneração vigentes no mercado publicitário” (artigo 6º, V).

Nem mesmo a advertência dirigida à agência, de que a escolha dos veículos de divulgação da publicidade deve ser orientada por critérios técnicos, sem permitir que seus interesses remuneratórios se sobreponham, é capaz de garantir a supremacia do interesse público e, em especial, a observância do princípio da economicidade, especialmente porque o órgão público contratante não terá condições técnicas para avaliar e criticar as escolhas da agência. Quais os elementos técnicos balizam a decisão de veicular uma campanha de combate à Dengue em horário nobre da rede de TV líder de audiência (em que as inserções são caríssimas), no lugar de anunciar em emissoras de rádio comunitárias, alcançando localidades de maior incidência do vetor? O órgão público/anunciante terá servidores com qualificação técnica capaz de criticar, em nome da preservação do interesse público, as escolhas da agência? É sabido que não! (artigo 18, §2º¹⁸).

17 Parágrafo único. Pertencem ao contratante as vantagens obtidas em negociação de compra de mídia diretamente ou por intermédio de agência de propaganda, incluídos os eventuais descontos e as bonificações na forma de tempo, espaço ou reaplicações que tenham sido concedidos pelo veículo de divulgação.

18 § 2º As agências de propaganda não poderão, em

2.6 – Da remuneração paga pelo veículo de comunicação à agência de propaganda.

O Capítulo IV da Lei nº. 12.232/2010 trata das disposições finais e transitórias, em que relaciona mecanismos remuneratórios típicos de contratações de serviços de publicidade no mercado em geral. Nesse capítulo alude-se à possibilidade de, no trato com veículos de divulgação, a agência de propaganda perceber receitas no âmbito de planos de incentivo contratados diretamente com tais veículos – isso dentro de um relacionamento mais amplo entre a agência e o veículo, não circunscrito à contratação pública (artigo 18¹⁹) e a técnicas como a do desconto-padrão (artigo 19²⁰), sem que tais receitas integrem a equação econômico-financeira do contrato.

nenhum caso, sobrepor os planos de incentivo aos interesses dos contratantes, preterindo veículos de divulgação que não os concedam ou priorizando os que os ofereçam, devendo sempre conduzir-se na orientação da escolha desses veículos de acordo com pesquisas e dados técnicos comprovados.

19 Art. 18. É facultativa a concessão de planos de incentivo por veículo de divulgação e sua aceitação por agência de propaganda, e os frutos deles resultantes constituem, para todos os fins de direito, receita própria da agência e não estão compreendidos na obrigação estabelecida no parágrafo único do art. 15 desta Lei. § 1º A equação econômico-financeira definida na licitação e no contrato não se altera em razão da vigência ou não de planos de incentivo referidos no caput deste artigo, cujos frutos estão expressamente excluídos dela. § 2º As agências de propaganda não poderão, em nenhum caso, sobrepor os planos de incentivo aos interesses dos contratantes, preterindo veículos de divulgação que não os concedam ou priorizando os que os ofereçam, devendo sempre conduzir-se na orientação da escolha desses veículos de acordo com pesquisas e dados técnicos comprovados. § 3º O desrespeito ao disposto no § 2º deste artigo constituirá grave violação aos deveres contratuais por parte da agência contratada e a submeterá a processo administrativo em que, uma vez comprovado o comportamento injustificado, implicará a aplicação das sanções previstas no caput do art. 87 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

20 Art. 19. Para fins de interpretação da legislação de regência, valores correspondentes ao desconto-padrão de agência pela concepção, execução e distribuição de propaganda, por ordem e conta de clientes anunciantes, constituem receita da agência de publicidade e, em consequência, o veículo de divulgação não pode, para quaisquer fins, faturar e contabilizar tais valores como receita própria, inclusive quando o repasse do desconto-padrão à agência de publicidade for efetivado por meio de veículo de divulgação. Parágrafo único. (VETADO)

Planos de incentivo (mero nome alternativo para a bonificação de volume) é o valor pago com certa periodicidade pelo veículo de comunicação à agência de propaganda em razão da quantidade de anúncios que a agência faz circular por meio daquele veículo, independentemente de quais sejam os anunciantes-clientes da agência e sem depender da anuência desses, por se tratar de prática do mercado publicitário. Em outras palavras, é um “programa de pontos” que a agência vai somando a cada vez que direciona anúncios ao veículo (jornal, rádio, TV, etc.) e pelos quais é recompensada em algum momento.

Tem por consequência estimular a fidelidade entre a agência e o veículo, cujo resultado mais imediato é a utilização repetida desse mesmo veículo como forma de propagação dos anúncios de todos os clientes da agência, ainda que os públicos-alvo desses diferentes clientes não sejam iguais. Portanto, mesmo que o veículo não seja realmente o mais indicado para veicular os anúncios. Assim, a bonificação de volume traz grandes benefícios econômicos para a agência, influenciando na escolha feita por ela, também potencialmente em detrimento dos melhores interesses do órgão público-anunciante-cliente.

PARTE III – DA ANÁLISE CASUÍSTICA

2.7 – Análise do caso concreto trazido pela Promotora consulente.

O caso concreto trazido pela nobre Promotora consulente resume-se na aparente contradição havida entre a conclusão da Nota Técnica nº. 142/2011, expedida pelo Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Justiça de Defesa do Patrimônio Público e a conclusão do Parecer Técnico-contábil da CEAT, emitido nos autos do Inquérito Civil n. MPMG-0027.15.000.066-2.

Na Nota nº. 142/2011, na análise do caso concreto, chegou-se à conclusão de que a previsão contratual de pagamento pela contratante (Administração Pública) à contratada (Lume Comunicação Ltda.) de 15% dos valores dos serviços

subcontratados, a título de taxa de administração, e a previsão contratual de pagamento pelo veículo de comunicação à agência de publicidade de 20% do custo bruto dos anúncios e comerciais, a título de comissão de mídia (ou desconto-padrão), ferem os princípios da moralidade e da economicidade. Isso porque a contratada, diretamente interessada no recebimento de tais percentuais – que variam de acordo com o preço dos serviços – certamente não buscará colher orçamentos com os menores valores e nem escolherá veículos de divulgação mais baratos.

Já a CEAT, no Parecer Técnico-contábil expedido nos autos do Inquérito Civil n. MPMG-0027.15.000.066-2 da comarca de Betim, concluiu que “confrontando as cláusulas editalícias e contratuais, no tocante a definição de honorários e desconto-padrão em favor da agência de publicidade, verificamos que as mesmas foram definidas **em conformidade com as Normas-Padrão da Atividade Publicitária**”.

Como se vê, de imediato é importante consignar que o parecer técnico da CEAT, no trecho retro transcrito, não conflita com a Nota 142/2011 do CAO PP, posto que se limitou a dizer que as cláusulas do edital e do contrato, no caso concreto, estavam **em conformidade com as Normas-Padrão**, sendo certo, ainda, que o formato de remuneração não foi avaliado sob a ótica daquela nota.

Ademais, através daquele parecer, observou-se que o inquérito civil alhures mencionado investiga a contratação da empresa Articulação Comunicação e Marketing Ltda., para a prestação de serviços de comunicação, propaganda e marketing, para atendimento às necessidades gerais do Município de Betim (cultura, transporte, trânsito e mobilidade), ocorrida por meio do Processo Administrativo de Compras nº. 223/2009, Licitação Concorrência nº. 002/2009, que resultou no Contrato nº. 448/2009, em 25/11/2009, fls. 409/418.

Do referido Contrato de Prestação de Serviço nº. 448/2009, ressalta-se a cláusula 3.2.1, letras A, B, C, D e E, em que consta os percentuais definidos a favor da agência de publicidade a título de “Desconto-padrão” e “Honorários”:

3.2.1 – O preço dos serviços contratados será em conformidade com o discriminado abaixo e proposta da contratada que passa a fazer parte integrante deste contrato como Anexo I.

A) preço para veiculação em mídia impressa, eletrônica e telemática de acordo com a tabela de preços em vigor, dos veículos na data da veiculação da matéria, sendo que do preço cobrado 20% pertence a Agência, conforme Lei 4.680 art. 11 de 18/06/65, Decreto 57.690 art. 11 parágrafos 1º, 2º, 3º, cuja porcentagem está especificada em Conceitos Básicos 1.12 das Normas Padrão deste Decreto.

B) preço para serviços terceirizados necessários à execução do objeto do presente Contrato, excluídos os citados na letra “A”, será aferido mediante a apresentação pela “CONTRATADA”, de 03 (três) orçamentos, desde que estejam no preço de mercado, para o “CONTRATANTE” analisar e autorizar o orçamento que melhor o atenda, tendo o mesmo autonomia e a seu critério, para solicitar a inclusão de outras propostas de fornecedores. No caso de serviços que constam de tabelas de Entidades Representativas, excluem-se os 03 (três) orçamentos, prevalecendo o preço da tabela, desde que seja mais vantajoso para o Município, ressalvada a possibilidade de oferecer descontos sobre a mesma.

C) Os preços dos serviços realizados diretamente pela “CONTRATADA”, com exclusão dos preços apurados, na forma dos itens acima, serão prestados mediante honorários, tendo como parâmetro básico as referências de Custos do Sindicato da Agência de Propaganda do Estado de Minas Gerais, consolidada na Tabela em vigor, com o respectivo percentual de desconto de 50% (cinquenta por cento), conforme a proposta da “CONTRATADA”.

D) Honorários de 15% (quinze por cento) que incidirão sobre os custos dos serviços e suprimentos externos, contratados junto a fornecedores especializados.

E) Honorários de 5% (cinco por cento) que incidirão sobre os custos dos serviços e suprimentos externos, contratados junto a fornecedores especializados, quando sua responsabilidade limitar-se exclusivamente à contratação ou pagamento dos serviços.

Tal cláusula está em consonância com a proposta de preço apresentada pela empresa na Concorrência n. 002/2009, qual seja: **50% de**

desconto sobre os custos internos da agência, baseados na Tabela de Custos Referenciais do Sindicato das Agências de Propaganda do Estado de Minas Gerais; **15% de honorários sobre o valor dos serviços e suprimentos externos contratados com fornecedores especializados**; e **5% de honorários incidentes sobre os custos de outros serviços realizados por terceiros**, quando a responsabilidade da agência limitar-se exclusivamente à contratação do serviço/suprimento; e, por sua vez, em conformidade com as Normas-Padrão da Atividade Publicitária, conforme parecer da CEAT.

2.8 – *Esclarecimentos referente ao funcionamento da precificação das despesas com publicidade e propaganda.*

Conforme descrito no Item 3.1 das Normas-Padrão da Atividade Publicitária – CENP, a prestação dos serviços de publicidade deve ser fundamentada e executada com base em um plano publicitário, a saber:

3.1 Toda Agência, habilitada e certificada em conformidade com o item 2.5 e subitens destas Normas-Padrão, deve estar capacitada a prestar a seu Cliente os seguintes serviços, além de outros que constituam seu desdobramento natural ou que lhes sejam complementares, agindo por ordem e conta do Cliente/Anunciante:

3.1.1 Estudo do conceito, ideia, marca, produto ou serviço a difundir, incluindo a identificação e análise de suas vantagens e desvantagens absolutas e relativas aos seus públicos e, quando for o caso, ao seu mercado e à sua concorrência;

3.1.2 Identificação e análise dos públicos e/ou do mercado onde o conceito, ideia, marca, produto ou serviço encontre melhor possibilidade de assimilação;

3.1.3 Identificação e análise das idéias, marcas, produtos ou serviços concorrentes;

3.1.4 Exame do sistema de distribuição e comercialização, incluindo a identificação e análise das suas vantagens e desvantagens absolutas e relativas ao mercado e à concorrência;

3.1.5 **Elaboração do plano publicitário, incluindo a concepção das mensagens e peças (Criação) e o estudo dos meios e Veículos que, segundo técnicas adequadas, assegurem a melhor cobertura dos públicos e/ou dos mercados objetivados (planejamento de Mídia);**

3.1.6 Execução do plano publicitário, incluindo orçamento e realização das peças publicitárias (Produção) e a compra, distribuição e controle da publicidade nos Veículos contratados (execução de Mídia), e o no pagamento das faturas. (destaque nosso)

Note-se que o tal plano publicitário deve refletir o trabalho de estudo e pesquisa, definidos nos subitens 3.1.1 a 3.1.4 daquele mesmo dispositivo.

Todavia, em que pese o plano publicitário mostrar-se essencial ao atingimento dos objetivos da campanha, na prática ele não tem estado presente nos procedimentos examinados pelos Analistas da Central de Apoio Técnico – CEAT, quando da análise de grande parte das prestações de contas envolvendo serviços de publicidade contratados por órgãos públicos. Pelo contrário, a experiência da CEAT autoriza concluir que a regra tem sido a veiculação de publicidade sem o antecedente planejamento formal, controle e fiscalização, impossibilitando, por conseguinte, a identificação das reais razões que levaram a agência a escolher este ou aquele veículo para executar a campanha e se o meio utilizado seria, de fato, idôneo ao fim almejado. Sem os estudos prévios (plano publicitário) e, portanto, sem qualquer controle da Administração-anunciante, a agência-contratada fica livre para elevar a remuneração ao seu sabor.

Percebe-se que a formalização da execução dos serviços de publicidade tem seguido uma mesma linha, assim podendo ser descrita:

1 – Solicitação e autorização do serviço pelo órgão público (exemplo, solicitação da criação/ produção de um áudio referente a campanha contra a Dengue e sua veiculação);

2 – Nota fiscal emitida pela agência de publicidade contratada, com os serviços gerados pela solicitação do órgão público, podendo contemplar:

2.1 – Custos Internos: serviços de criação da publicidade; honorários e/ou comissões pelos serviços subcontratados.

2.2 – Custos Externos: serviços terceirizados, correspondentes aos valores devidos às empresas subcontratadas.

Na quase totalidade dos casos analisados pela Central de Apoio Técnico – CEAT, denota-se que as prestações de contas mostram-se precárias e incompletas, não permitindo sequer a comprovação de que a publicidade foi de fato veiculada e que a Administração Pública, portanto, pagou por um serviço efetivamente fornecido.

De todo incontestado que as notas fiscais da agência contratada devem ser acompanhadas dos seguintes documentos/informações:

a) Nota fiscal dos serviços subcontratados de produção da publicidade (exemplo: serviços de gráfica, estúdio, pesquisas);

b) Orçamentos prévios para a execução dos serviços descritos no item “a” retro. De acordo com o item 3.6.1 das Normas-Padrão da Atividade Publicitária – CENP e inciso III, art. 9º, do Decreto nº 57.690/66, os serviços especializados devem ser previamente orçados e o resultado deve estar inserido na prestação de contas;

c) Nota fiscal dos serviços subcontratados de veiculação da publicidade (exemplo: matéria veiculada em jornais, revistas, outdoors, busdoor, rádio, televisão);

d) “Tabela Pública” dos preços praticados pelo veículo de comunicação subcontratado. De acordo com os arts. 14 e 15 do Decreto nº 57.690/66, os preços dos serviços do veículo de comunicação devem ser por esse fixados em Tabela Pública,

aplicável a todos os clientes, inclusive os privados, e anexada à prestação de contas. Sendo fato que a comunicação conhece diferenças substanciais entre os veículos disponíveis no mercado, ditadas por características peculiares a cada um, como o quadro de profissionais, a confiabilidade do seu editorial, a sua abrangência territorial e a sua popularidade, a escolha não deve mesmo pautar-se somente pelo preço, mas pela eficiência da publicidade.

e) Comprovantes da realização dos serviços, com base no inciso III, § 2º, do art. 63, da Lei 4.320/64. A fase de liquidação da despesa, prevista neste dispositivo, visa à comprovação da efetiva realização dos serviços e/ou entrega do material, pressuposto indispensável ao pagamento que se seguirá. Sem esta comprovação, o pagamento é ilegítimo e configura dano ao erário, pois ao desembolso de dinheiro não terá correspondido o efetivo fornecimento. Fazem prova da veiculação da propaganda, v.gr., a folha do jornal, o plano de mídia da emissora, a fotografia do outdoor, dentre outros.

A Agência obrigará-se a apresentar ao Cliente, nos primeiros dias de cada mês, uma demonstração dos dispêndios do mês anterior, acompanhada dos respectivos comprovantes (...) (inciso III, artigo 9º, Decreto nº 57.690/66).

A comprovação da publicidade autorizada é feita mediante anexação, à fatura emitida pela Agência de Propaganda, das Notas Fiscais emitidas pelos Veículos, acompanhadas das folhas (inteiras) dos jornais que a veicularam. Consulta da FENAPRO.²¹

Nesse contexto, a Central de Apoio Técnico, por meio do Ofício-Circular nº 008/2016, regulamentou algumas práticas e procedimentos de trabalho, dentre os quais que os serviços de publicidade fossem comprovados nos seguintes moldes:

Discriminação do Serviço	Comprovação/ liquidação
Veiculação de anúncios em jornais, revistas (...)	Apresentação da cópia da página onde encontra-se a publicação da matéria, abrangendo o preâmbulo com a data, nome e edição do jornal
Veiculação de anúncios em outdoor, busdoor (...)	Apresentação de fotos das imagens da propaganda no outdoor/busdoor (...)
Veiculação de anúncios em rádio e TV (...)	Apresentação de relatório de inserção da propaganda emitido pela emissora de TV/ rádio, e cópia da gravação da propaganda (...)
Confecção de cartilhas, bottons, cartazes, faixas, camisas (...).	Apresentação da foto ou exemplar do material confeccionado

Do caso concreto – Contrato nº 448/2009 – Inquérito Civil n. MPMG-0027.15.000.066-2.

Do total das despesas apuradas na execução do Contrato nº 448/2009, 77% se destinaram a serviços subcontratados, 14% a comissões e honorários em favor da agência contratada e apenas 9% a serviços realizados pela própria agência de publicidade.

21 Disponível em: <http://www.fenapro.org.br/fenapro-responde/licitacoes>. Acesso em 26 de março de 2019.

Consolidação do Quadro I da Planilha I em Anexo (em reais)

Natureza das despesas	Gasto	%
1) Remuneração da agência de publicidade		
1.1) Serviços prestados pela própria agência	180.001,80	9%
1.2) Comissão e honorários sobre serviços subcontratados	292.343,39	14%
2) Serviços subcontratados	1.563.232,60	77%
Total das Despesas	2.035.577,79	

Nota-se que **a maior parcela de gastos no caso em tela se referiu a despesas com serviços subcontratados**, seguidas das despesas com comissões e honorários em favor da agência de publicidade e, por último na ordem de grandeza, com as despesas com os serviços próprios da agência contratada. A referida ordem da natureza de gastos tem se refletido em praticamente todas as licitações analisadas pela Central de Apoio Técnico – CEAT.

Apesar dos valores das subcontratações e das comissões e honorários delas decorrentes corresponderem aos maiores gastos da conta publicitária, tais rubricas não são consideradas e analisadas na etapa de escolha da agência de publicidade, ou seja, na licitação propriamente dita, pois esta, quando o tema é publicidade e propaganda, a modalidade adotada pela administração é quase sempre a “melhor técnica e preço”.

Com relação à “técnica”, a classificação e o julgamento na licitação se dão por meio do plano de publicidade, elaborado pelos participantes a partir das informações fornecidas no Edital (*briefing*), sendo o mesmo pontual, ou seja, elaborado apenas para efeito de avaliação e concorrência, não tendo serventia na etapa da execução contratual.

Já no que tange ao quesito “preço”, a escolha da agência de publicidade limita-se em julgar os descontos oferecidos pelas licitantes, para a execução dos serviços próprios, sobre os preços da “Lista de Referência de Custos Internos”, fornecida,

anualmente, pelo Sindicato das Agências de Propaganda – SINAPRO/MG, sendo muito comum o desconto oferecido por elas atingir **90% (noventa por cento) sobre os preços sugeridos na dita “Lista de Referência de Custos Internos”**.

Essa prática rotineira de grandes descontos sobre a “tabela” do Sindicato chama a atenção para duas hipóteses:

a) Estariam os preços sugeridos pela “Lista de Referência de Custos Internos” superdimensionados, permitindo à agência praticar os tais descontos de cerca de 90%?

b) A agência de publicidade disporia de outra fonte de receita no contrato, a ponto de perder na remuneração por serviços próprios e compensar essa perda com os honorários e com as comissões?

Não é sabido como e quando foram formados os custos da “Lista de Referência de Custos Internos”, sabendo-se apenas da existência da atualização monetária anual dos preços da Lista.

Dito tudo isso, a CEAT e o CAOPP, considerando a sistemática com a qual tem sido implementado o “desconto padrão”, concluem que o procedimento de licitação pública sequer cumpre o seu papel de estabelecer efetiva competição entre os interessados em contratar com a administração pública, dada a inconsistência dos valores de referência (a tabela do sindicato) e o artificial percentual de desconto que sobre ela se oferece (algo em torno de 90%, repita-se), bem como devido ao fato de os maiores gastos, da conta publicitária, não serem analisados na etapa da escolha da agência de publicidade.

Como se percebe, embora previstos na legislação, os honorários e as comissões sobre serviços subcontratados, em favor das agências de publicidade, mostram-se evidentemente nocivos aos interesses da Administração Pública, pois fazem com que a agência de publicidade tenha interesse em majorar o quanto possível o preço dos serviços subcontratados, haja vista serem eles a base para o cálculo da referida remuneração. Fácil perceber o conflito de interesses entre a Administração-contratante e a agência-contratada, pois aquela busca sempre o menor preço, enquanto que a esta interessa subcontratações de valores mais elevados.

Ademais, na totalidade dos casos analisados pela CEAT, tem se verificado a ausência de planejamento, de controle e de fiscalização (inclusive por não haver plano publicitário) para o atingimento dos fins da publicidade. Nunca visto, o plano publicitário poderia indicar, em cada caso, qual a forma de divulgação e quais veículos seriam os mais apropriados para a propaganda pretendida, permitindo, ainda que apenas em tese (pois os órgãos públicos em geral não têm pessoal qualificado para a avaliação e crítica dos critérios técnicos orientadores da escolha), um mínimo de controle.

Evidente que a agência de publicidade contratada, agindo de forma livre na escolha dos fornecedores e dos veículos e na quantidade de serviços/mídias subcontratados, pode se valer dessa liberdade para compensar os preços subestimados por ela na etapa da licitação, quando oferecidos os descontos na casa dos 90%.

Em arremate, se a remuneração das agências vem – em valores realmente importantes – dos “honorários” e do “desconto-padrão” e se estes têm como base de cálculo o valor por elas contratado com fornecedores e veículos, percebe-se que o contrato de publicidade deixa a administração-contratante inteiramente nas mãos da agência-contratada.

3) CONCLUSÃO

O advento da Lei nº. 12.232, de 20 de abril de 2010, decorreu do reconhecimento da deficiência na legislação que regulava a matéria à época, exigindo alterações nos normativos pertinentes e nos critérios adotados na Lei nº. 8.666/93. Assim, a Lei nº 12.232/2010, que estabelece normas gerais para licitação e contratação pela Administração Pública de serviços de publicidade por intermédio de agências de propaganda, presta-se a regulamentar a contratação de serviços de publicidade em consonância com o mercado próprio e específico de tais serviços, sem olvidar dos princípios inspiradores da Administração Pública, em especial aqueles afetos às licitações e contratos.

Depreende-se do artigo 2º desse diploma que a lei não se aplica a qualquer serviço de publicidade, mas somente às atividades nela delineadas, mais complexas e que devem ser executadas de modo integrado por intermédio de agências de publicidade. Com efeito, a Lei nº 12.232/2010 não incide sobre um tipo específico de serviço de publicidade, contratado isoladamente, mas sobre a concepção de uma solução integrada, constituída por um conjunto de prestações heterogêneas a serem fornecidas em uma mesma relação contratual. Trata-se de contratar a publicidade sob um modelo full service, por meio do qual a agência de propaganda responsabiliza-se pela elaboração de um conjunto de atividades inerentes à concepção, execução e distribuição da campanha publicitária.

É mister registrar, porém, que o arcabouço legislativo aplicável *in casu* não se restringe à Lei nº 12.232/2010. Esta lei se aplica prioritariamente aos procedimentos licitatórios de serviço de publicidade, mas também incide, de forma complementar, a Lei nº. 8.666/1993 e subsidiariamente a Lei nº. 4.680/1965 (que dispõe sobre o exercício da profissão de publicitário e de agenciador de propaganda e dá outras providências). Outrossim, as Normas-Padrão, que são demonstrações da capacidade autorregulatória do setor publicitário, ainda orientam os contratos da espécie. Logo, o plexo normativo é composto não apenas da legislação vigente, mas também das normas de autorregulação, que além de definir padrão de ética comum, rege direitos e deveres e a necessidade de implementar uma cultura de integridade (compliance) nesse setor. Justamente por essa razão é que é relevante, em tema de sistema remuneratório aplicável aos serviços de atividade publicitária contratados pela Administração Pública, analisar o que vem a ser o “desconto padrão”.

O desconto-padrão é, basicamente, uma estrutura de remuneração, referente à prestação dos serviços de mídia das agências. Reside aqui importante controvérsia quanto à conformidade constitucional da Lei nº 12.232/2010, pois vulnerado o princípio da economicidade que deve reger todos os negócios da administração pública. Ainda, é curioso que o mencionado conjunto normativo só se impõe à administração pública, especialmente quanto ao sistema remuneratório, obrigando práticas, como o “desconto padrão”, as “comissões”

e os “honorários”, que eliminam a livre concorrência entre as agências interessadas em contratar com órgãos públicos.

Consoante o art. 19 da Lei nº. 12.232/10, o desconto-padrão constitui a receita da Agência de Propaganda como remuneração pela concepção, execução e distribuição da propaganda, por ordem e conta de seus clientes. A descrição do item 1.11 das Normas-Padrão do CENP acrescenta que o desconto-padrão é calculado sobre o valor negociado, na forma de percentual. É esta a previsão contida nas Normas-Padrão em razão da Lei nº. 4.680/65.

Como cotidianamente detectado pela CEAT, as licitações para escolha das agências de publicidade têm se limitado, no quesito “preço”, em apreciar os descontos oferecidos pelas agências participantes, para a execução dos serviços próprios, sobre os preços da “Lista de Referência de Custos Internos” (ou “tabela do sindicato” da categoria, cuja formação é desconhecida). Ainda segundo a experiência da CEAT, também é muito comum que tal desconto atinja o percentual de **90% (noventa por cento)** sobre os preços sugeridos na dita “Lista de Referência de Custos Internos”.

O que chama a atenção é a amplitude desse “desconto” oferecido à Administração Pública, dando ensejo a duas indagações:

a) Estariam os preços sugeridos pela “Lista de Referência de Custos Internos” superdimensionados, permitindo à agência praticar os tais descontos de cerca de 90%?

b) A agência de publicidade apostaria nas outras fontes de receita do contrato, a ponto de perder na remuneração por serviços próprios e compensar essa perda com os honorários, com as comissões e com o desconto-padrão, cujos valores ficam a seu critério, já que calculados sobre os serviços de terceiros por ela escolhidos?

De um modo ou de outro, há evidente potencial risco de prejuízo para a Administração Pública contratante, do ponto de vista prático, a recomendar que esse modelo de remuneração seja evitado. Melhor, por prestigiar a efetiva competição entre

as agências licitantes e por preservar o interesse da Administração Pública em gastar o quanto menos na realização das despesas em geral, e em particular nas despesas com publicidade, que o edital de licitação fixe como remuneração única para a agência-contratada, para os seus custos internos, o valor que a agência vencedora ofertar, em forma de desconto sobre a “Lista de Referência de Custos Internos” (ou “tabela do sindicato”). E que o edital deixe claro que a Administração arcará, como já arca, com os custos externos, ou seja, com os relacionados a serviços subcontratados de gráficas, estúdios, jornais, emissoras, etc., sobre os quais não poderá haver comissões, honorários e desconto-padrão em proveito da agência-contratada.

De outro lado, enquanto mantido o modelo de remuneração da questionada Lei nº. 12.232/2010, imprescindível que, tratando-se de serviços publicitários, o procedimento de realização de despesas observe as seguintes exigências:

a) Nota de empenho;

b) Nota fiscal da agência de publicidade, envolvendo os custos internos (de criação da campanha, desenvolvimento do plano de publicidade, comissões, honorários e desconto-padrão, etc.) e custos externos (serviços subcontratados: gráficas, estúdios, jornais, emissoras de rádio e TV, etc.), acompanhada de documentos comprobatórios dos serviços subcontratados:

b.1) Plano publicitário;

b.2) Notas fiscais dos fornecedores subcontratados (gráfica, estúdios, etc.),

b.3) Mínimo de **3 orçamentos** de serviços de produção da publicidade (gráficas, etc.) e **tabela de preços** do veículo de comunicação utilizado;

b.4) comprovante da efetiva realização do serviço (exemplar do jornal, da cartilha, do panfleto, etc.; foto do outdoor; CD ou DVD da matéria veiculada; relatório de inserções da emissora, etc.)

Diante de todo o exposto, respeitada a independência funcional do Promotor de Justiça Natural e sem caráter vinculante, são essas as considerações do Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Justiça de Defesa do Patrimônio Público e da Central de Apoio Técnico que tem a registrar.

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

Registre-se e cumpra-se.

Belo Horizonte, 03 de maio de 2019.

JOSÉ CARLOS FERNANDES JUNIOR

Promotor de Justiça

Coordenador do CAO – Patrimônio Público

EDSON DE RESENDE CASTRO

Promotor de Justiça

Coordenador da CEAT

Nota Jurídica nº 09/2019

PAAF nº 0024.19.000892-0

Requerente: 2ª Promotoria de Justiça da Comarca de Lagoa Santa

Ementa: Fiscalização de trânsito. Poder de Polícia. Servidores Públicos Municipais. Carreiras Diversas. Impossibilidade. Falta de Legitimidade. Desvio de Função. Ratio Decidendi do RE 658.570/MG. Não Aplicabilidade ao Caso Concreto

1) RELATÓRIO

Trata-se de consulta formulada pela Dra. Mirella Giovanetti Vieira, DD. Promotora de Justiça da Comarca de Lagoa Santa, solicitando a este Centro de Apoio Operacional a elaboração de parecer sobre a legalidade de ato do Diretor do Departamento Municipal de Transportes e Trânsito – DEMUTRAN de capacitar servidores ocupantes de cargos diversos no município para fiscalizarem o trânsito nas vias do município até que seja finalizado concurso público destinado ao preenchimento de cargos de agente municipal de trânsito.

É esse, em síntese, o relatório.

2) FUNDAMENTAÇÃO

Inicialmente, depreende-se dos autos deste Procedimento de Apoio que o r. Diretor Municipal de Transportes e Trânsito, com fundamento no Recurso Extraordinário nº. 658.570/MG, especialmente no voto prolatado pelo Ministro Luís Roberto Barroso (fls. 04-06), sugeriu qualificar servidores públicos municipais de diversas carreiras para atuarem na fiscalização de trânsito. Argumenta, em essência, que “o voto do Ministro Luís Roberto Barroso é muito claro, reconhecendo ao município, dentro do seu poder de auto-organização, se valer de qualquer cargo já organizado em carreira, vinculado ou não ao trânsito”, para a formação de agente de trânsito.

Nada obstante, verifica-se que o julgamento do apelo extraordinário trabalhou com vários conceitos, não se restringindo aqueles suscitados pela municipalidade. Aliás, muitos outros elementos foram trabalhados, uns com maior destaque e outros, conquanto mais sutis, igualmente necessários para o deslinde do feito.

Nessa ordem de ideias, passa-se a gizar importantes considerações que darão baldrame a esta Nota Técnica. Preambularmente uma inarredável advertência faz-se necessária, considerando os contornos próprios que assume o caso subexamine, qual seja a não adoção, pelo Supremo Tribunal Federal, da “Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes”, conforme passa-se a explicar.

2.1 – Do Recurso Extraordinário nº. 658.570/MG: reflexão crítica.

Depreende-se do Recurso Extraordinário nº. 658.570/MG que “é constitucional a atribuição às guardas municipais do exercício de poder de polícia de trânsito, inclusive para imposição de sanções administrativas legalmente previstas” (tema 472 da repercussão geral). O case trabalhou com uma série de conceitos, entre os quais: capacidade de auto-organização dos Municípios, Poder de Polícia, Segurança Pública etc., sendo alguns analisados doravante.

Antes disso, porém, cumpre registrar a seguinte advertência: o Supremo Tribunal Federal não adota a “Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes”, de modo que não é seguro fundamentar-se tão somente na “ratio decidendi” de seus precedentes. Explica-se.

A expressão textual de uma decisão judicial, seja ela monocrática ou colegiada, é um ato complexo a partir da qual é possível vislumbrar o percurso intelectual da aplicação do direito ao caso concreto. Nessa operação, em que se une certo fato ao plexo normativo de regência, utiliza-se informações de caráter acessório e argumentos que compõem a essência da tese jurídica desenvolvida. No estudo do sistema de precedentes judiciais, tais elementos recebem o nome de “obiter dictum” e de “ratio decidendi”.

Em geral, entende-se por “obiter dictum” (ou no plural “obiter dicta”) as *considerações periféricas* ou meramente incidentais que, conquanto úteis para a compreensão da decisão, são dispensáveis para sua fundamentação jurídica. A expressão “obiter dictum” significa aquilo “dito de passagem”. A seu turno, a “ratio decidendi” é o argumento ou a informação que constitui fundamento da decisão. De acordo com Daniel Mitidiero,

A *ratio* é uma razão necessária e suficiente para resolver uma questão relevante constante do caso. A *ratio decidendi* envolve a análise da dimensão fático-jurídica das questões que devem ser resolvidas pelo juiz. A proposição é necessária quando sem ela não é possível chegar à solução da questão. É suficiente quando basta para resolução da questão. A proposição necessária e suficiente para solução da questão diz-se essencial e determinante e consubstancia o precedente (*ratio decidendi* – *holding*).²² (itálico no original).

Nesse contexto, a “ratio decidendi” possui posição de destaque na decisão judicial, de modo que se defendia imprimir eficácia vinculante à parte da fundamentação necessária à conclusão do julgamento. Trata-se da Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes:

22 MITIDIERO apud BORGES, Vinícius Verdi. **O Sistema de Precedentes Judiciais**: dos marcos teóricos conceituais à implantação no processo civil brasileiro. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/158828/001022582.pdf?sequence=1>. Acesso em 08 de maio de 2019. p. 15-16.

Originalmente, a teoria da transcendência dos motivos determinantes, também chamada de teoria dos efeitos irradiantes ou transbordantes ou, ainda, teoria do transbordamento dos motivos determinantes, consiste na ampliação do efeito vinculante das decisões prolatadas no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade para estendê-lo aos fundamentos determinantes da decisão, ou seja, para além do seu dispositivo. Como observou a procuradora Joana Faria Salomé: “na prática, significa que o efeito vinculante será amplo o suficiente para eivar de inconstitucionalidade, erga omnes, outras normas cujo conteúdo se assemelhe ao daquela efetivamente impugnada.” (...) É importante ressaltar que, adotando-se a teoria da transcendência dos motivos determinantes, se futuramente ocorrer a aplicação de regra regimental análoga, por juízo ou órgão administrativo de outro estado-membro, [por exemplo], a parte interessada poderá intentar reclamação perante o STF, a fim de preservar a autoridade dos julgados da Corte, que determinará a anulação da decisão administrativa ou a cassação da decisão judicial reclamada (art. 102, I, “I”). Embora esta teoria tenha origem na das *bindungswirkung* alemã (instituto processual germânico que introduziu o efeito vinculante), cujo escopo é atribuir aos fundamentos determinantes das decisões prolatadas em sede de controle abstrato, no Brasil, a mesma chegou a ser adotada também no âmbito do controle concreto-difuso. De acordo com a procuradora Joana Faria Salomé, a origem da teoria da transcendência dos motivos determinantes no Brasil está vinculada: (i) à formação do próprio sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, influenciado pelos modelos norte-americano e austríaco e (ii) à introdução da representação interventiva pela Constituição de 1934, modelo de fiscalização concreta realizada por meio de ação direta cuja função é concretizar os princípios sensíveis no direito constitucional estadual.²³ (itálico no original).

A Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes chegou a ser aplicada pelo Supremo Tribunal Federal. Contudo, nos últimos anos, a posição pacífica da Corte é no sentido de que não pode ser acolhida, conforme se depreende da jurisprudência atual:

23 ALBERNAZ, Paula Umbelino de Souza. **Reflexões acerca da Teoria da Transcedência dos motivos determinantes a partir do STF**. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/22283/22283.PDF>. Acesso em 09 de maio de 2019.

AGRAVO REGIMENTAL. UTILIZAÇÃO DA VIA RECLAMATÓRIA COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. INADMISSIBILIDADE. FALTA DE IDENTIDADE ENTRE A DECISÃO PARADIGMA E A DECISÃO RECLAMADA. ALTERAÇÃO LEGISLATIVA. TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES. INAPLICABILIDADE PELO STF. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

I – A reclamação não é sucedâneo ou substitutivo de recurso próprio para conferir eficácia à jurisdição invocada nos autos de recursos interpostos da decisão de mérito e da decisão em execução provisória.

II – É inadmissível a reclamação quando a decisão adotada como paradigma violado não encaixa-se perfeitamente à hipótese dos autos.

III – O Plenário desta Corte manifestou-se contrariamente à chamada “transcendência” ou “efeitos irradiantes” dos motivos determinantes das decisões proferidas em sede de controle abstrato de normas. Precedentes.

IV – Agravo regimental a que se nega provimento.

STF. Rcl 27702 AgR. Relator Min. Ricardo Lewandowski. Segunda Turma. Julgado em 06/10/2017. Processo Eletrônico Dje-238. Publicação 19/10/2017. (Negrito nosso).

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO EM RECLAMAÇÃO. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO À ADI 1.851. AUSÊNCIA DE ADERÊNCIA ESTRITA.

1. A reclamação exige estrita aderência entre a decisão reclamada e o paradigma invocado, não servindo de sucedâneo recursal.

2. Na sistemática da Lei nº 8.038/1990 e do CPC/1973, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido contrário à adoção da teoria da transcendência aos motivos determinantes de suas decisões, impedindo o uso de tese jurídica para o fim de ajuizamento de reclamação constitucional.

3. Agravo interno desprovido.

STF. Rcl 4090 AgR, Relator Min. Roberto Barroso. Primeira Turma. Julgado em 26/05/2017. Acórdão Eletrônico Dje-118. Publicação 06/06/2017. (Negrito nosso).

Na mesma esteira: Reclamação 25.880-AgR/RJ (Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 26/04/2018); Reclamação 2.491-AgR/PI (Rel. Min. Rosa Weber, DJe 16/12/2016); Reclamação Rcl 16.619-AgR/SC (Rel. Min. Edson Facchin, DJe 20/10/2015); Reclamação 9.778-AgR/RJ (Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 10/11/2011); Reclamação 6.319-AgR/SC (Rel. Min. Eros Grau, DJe 06/08/2010); Reclamação 3.014/SP (Rel. Min. Ayres Britto, DJe 21/05/2010); Reclamação 5.703-AgR/SP (Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 16/09/2009); Reclamação 4.448-AgR (Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 08/08/2008); Reclamação 2.990-AgR/RN (Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 14/09/2007), entre outros.

Considerando que o Supremo Tribunal Federal rechaça a aplicabilidade da Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes, é preciso concluir que o emprego dos fundamentos determinantes (“ratio”) de certo precedente judicial como exclusivo norte condutor para adoção desta ou daquela decisão na seara administrativa não se mostra adequado.

Como bem se sabe, o Princípio da Segurança Jurídica tem por finalidade gerar na sociedade civil perspectiva de estabilidade, no sentido de consolidar as ações administrativas, inclusive no âmbito do Poder Normativo da Administração Pública:

Doutrina moderna, calcada inicialmente no direito alemão e depois adotada no direito comunitário europeu, advoga o entendimento de que a tutela da confiança legítima abrange, inclusive, o *poder normativo da Administração*, e não apenas os atos de natureza concreta por ela produzidos. Cuida-se de proteger expectativas dos indivíduos oriundas da crença de que disciplinas jurídico-administrativas são dotadas de certo grau de estabilidade. Semelhante tutela demanda dois requisitos: (1º) a ruptura inesperada da disciplina vigente; (2º) a imprevisibilidade das modificações.²⁴

Ora, se o próprio STF não se vincula aos motivos determinantes (*ratio decidendi*) de seus julgados, podendo a qualquer momento alterá-los, como a Administração Pública pode adotá-los e desconsiderar o possível juízo de alteração que paira sobre eles? Diante do exposto, em homenagem ao Princípio da Segurança Jurídica, deve a Administração Pública abster-se de

fundamentar exclusivamente suas decisões, sejam meratórias ou normativas, nas razões determinantes de precedentes judiciais da Suprema Corte.

Ademais, da leitura integral do acórdão lavrado no RE 658570/MG, principalmente do voto condutor do Ministro Luís Roberto Barroso, percebe-se que o Ilustre representante do DEMUTRAN embasa sua decisão de qualificar servidores de cargos diversos para o exercício das funções de agente de trânsito em equivocada interpretação dos fundamentos (*ratio decidendi*) contidos no voto no RE 658570/MG.

Conforme se verifica do voto vencedor, o Ministro Luís Roberto Barroso, ao afirmar a competência do Município – aqui importante salientar que Município enquanto membro da Federação, composto portanto de seus poderes executivo e legislativo, e não apenas Poder Executivo – para escolher a carreira de servidores que exercerão o poder de polícia de trânsito, vincula tal escolha ao competente processo legislativo para a atribuição de tal exercício, senão vejamos:

III. Esclarecimento a propósito da edição da EC 82/2014

26. Por fim, esclareço que o advento da EC 82/2014 não altera a conclusão acima exposta. Conforme já indicado neste voto, a emenda incluiu, no âmbito do art. 144 da CF/1988, a possibilidade de exercício de atividades de segurança viária por agentes de trânsito municipais e estaduais, estruturados em carreira. Não se pode extrair daí, entretanto, que o poder de polícia de trânsito só pode ser exercido, em âmbito estadual e municipal, por integrantes dessa nova e apartada carreira dos agentes de trânsito.

27. Em primeiro lugar, porque, como visto, segurança pública não se confunde com poder de polícia, de maneira que, ao menos em princípio, a segurança viária prevista no art. 144, §10, da CF, seria algo distinto do poder fiscalizatório discutido no presente recurso extraordinário. Em segundo lugar, porque mesmo se o art. 144, §10, da CF, tratasse do poder de polícia de trânsito, não seria razoável interpretá-lo como uma exigência de criação de uma nova carreira, distinta da dos policiais militares estaduais e dos guardas municipais. Deve-se interpretar o preceito sistematicamente, à luz, sobretudo, do princípio constitucional da eficiência, considerando-se as diferentes realidades sociais e orçamentárias dos Estados e Municípios brasileiros. Assim, o art. 144, §10, da CF exigiria tão-somente o

24 CARVALHO FILHO, 2013, p. 39.

exercício da função de agente de trânsito por agente público – e, nesse sentido, estruturado em carreira. A escolha de qual carreira do serviço público contemplará as funções de agente de trânsito fica a cargo do legislador estadual e municipal, sendo perfeitamente possível recair, nessa última hipótese, sobre a guarda municipal, como, aliás, é comum no país.(grifos nossos)

Superada essa importante observação, resta de qualquer sorte tecer breves comentários acerca do Recurso Extraordinário nº. 658.570/MG.

Extrai-se do voto proferido pelo *i.* Ministro Luís Roberto Barroso que a expressão agente civil ou servidor público civil foi empregada para distinguir de servidor público militar, agente público vinculado a instituições militares instituídas apenas no âmbito estadual e federal. Essa diferenciação foi necessária porque a guarda municipal não integra o serviço militar, mas a estrutura civil do ente político. Delimitou-se também os conceitos de poder de polícia, ato da Administração Pública que impõe limites a direitos e liberdades individuais para salvaguardar o interesse público, e instituição Polícia, detentora exclusiva da promoção da segurança pública (art.144, CR/88).

A conclusão do julgamento é coerente com o quadro juspolítico pós CR/88, pois considerou a competência dos entes municipais para exercer a fiscalização, a orientação e o controle do trânsito. Isso, contudo, não significa que o exercício dessa competência se dá ao alvedrio da Administração Municipal. Em diversas passagens, por exemplo, constata-se que os ministros concordaram que a atividade de fiscalização de trânsito deve ser compatível com a função originária atribuída ao agente público.

A título de exemplo, no voto proferido pelo Ministro Marco Aurélio, o *i.* magistrado apontou: “a atribuição da guarda municipal para exercer a fiscalização e o controle do trânsito aos casos em que existir conexão entre a atividade a ser desempenhada e a proteção de bens, serviços e equipamentos municipais, respeitando-se os limites das competências municipais versados na legislação federal.” (p. 22 do acórdão).

O *i.* Ministro Luís Roberto Barroso, por sua vez, quando delimita a questão fulcral (exercício do poder de polícia de trânsito), afirma: “eu devo dizer que, independentemente dessa mudança constitucional, que é posterior à decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, eu já achava que a guarda municipal poderia legitimamente exercer essa competência, **porque está previsto na legislação própria que ela possa fazê-lo**. E, posteriormente, houve esse plus de legitimação dessa atuação” (p. 25 do acórdão).

Além de deter o poder de polícia de trânsito, o Município pode “escolher, **[por meio de lei]**, qual carreira do serviço público contemplará as funções de agente de trânsito” (p. 41 do acórdão), com fundamento na capacidade de autoadministração. Esse justo reconhecimento, porém, deve ser compatibilizado com a logicidade constitucional, sobretudo com os limites imanentes ao exercício do Poder de Polícia e com a proibição do desvio de função, como se passa a expor.

2.2. Dos Poderes Administrativos.

A racionalidade do Direito Administrativo, enquanto ramo jurídico do direito público, detém, segundo leciona Maria Sylvia Zanella di Pietro, um caráter bipolar, pois objetiva a um só tempo a proteção da liberdade individual e assegurar a autoridade da Administração Pública.

Destacam-se, nesse contexto, as prerrogativas públicas e as restrições impostas ao Estado. Com efeito, ao mesmo tempo que aquelas colocam a Administração Pública em posição de supremacia em relação ao particular, essas sujeitam o exercício de sua atividade a intenção de perseguir e alcançar o interesse da coletividade.

O Direito Administrativo nasce e desenvolveu-se baseado em duas ideias opostas: de um lado, a **proteção aos direitos individuais** frente ao Estado, que serve de fundamento ao princípio da legalidade, um dos esteios do Estado de Direito; de outro lado, a de **necessidade de satisfação dos interesses coletivos**, que conduz à outorga de prerrogativas e privilégios para a Administração Pública (...). Daí a bipolaridade do Direito Administrativo: liberdade do indivíduo e autoridade da Administração; **restrições e prerrogativas**. Para assegurar-se a liberdade, sujeita-se a Administração Pública à

observância da lei e do direito (incluindo princípios e valores previstos explícita ou implicitamente na Constituição); é a aplicação, ao direito público, do **princípio da legalidade**. Para assegurar a autoridade da Administração Pública, necessária à consecução de seus fins, são-lhe outorgados prerrogativas e privilégios que lhe permitem assegurar a **supremacia do interesse público sobre o particular**. Isto significa que a Administração Pública possui **prerrogativas ou privilégios**, desconhecidos na esfera do direito privado.²⁵ (Negritos da autora).

Assim, a concessão de prerrogativas públicas serve, justamente, para operacionalizar a atuação do Estado na busca do bem comum, espelhando o que se convencionou denominar de “poderes deveres” (ou “deveres poderes”), diante da índole eminentemente instrumental que possuem. Com efeito, certos poderes administrativos são verdadeiros mecanismos para que os órgãos e entidades da Administração Pública possam executar suas funções e tarefas, a fim de alcançar o fim público que colimam. Esses poderes são irrenunciáveis, mas somente são exercidos legitimamente enquanto instrumentos necessários à concretização do interesse público.

De mais a mais, aponta a literatura autorizada quatro espécies de poderes a serem exercidos pela Administração Pública, quais sejam: (i) o Poder Normativo (ou Regulamentar); (ii) o Poder Disciplinar; (iii) o Poder Hierárquico e (iv) o Poder de Polícia. Um desses poderes decorre do confronto entre interesse público e interesse privado, cuja dissensão é apta a atrair a atuação do Estado a fim de disciplinar e restringir, em favor de interesse público adequado, direitos e liberdades individuais. Quando isso ocorre, desponta o exercício do Poder de Polícia.

2.2.1. Do Poder de Polícia.

O Poder de Polícia é, essencialmente, a atividade desempenhada pela Administração Pública que impõe limites a direitos e liberdades individuais para salvaguardar o interesse público. Trata-se de tema sensível do Direito Administrativo, pois reflete

diretamente o antagonismo entre autoridade e liberdade, abrangendo características históricas, políticas e econômicas do Estado.

José dos Santos Carvalho Filho entende ser o Poder de Polícia a “prerrogativa de direito público que, calcada na lei, autoriza a Administração Pública a restringir o uso e o gozo da liberdade e da propriedade em favor do interesse da coletividade”²⁶. Este autor, na mesma linha de entendimento engendrada por Celso Antônio Bandeira de Mello, expõe que a expressão “poder de polícia” comporta dois sentidos:

Em sentido amplo, poder de polícia significa toda e qualquer ação restritiva do Estado em relação aos direitos individuais. Sobreleva nesse enfoque a função do Poder Legislativo, incumbindo da criação do *ius novum*, e isso porque apenas as leis, organicamente consideradas, podem delinear o perfil dos direitos, elastecendo ou reduzindo seu conteúdo. É princípio constitucional o de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, II, CF). Em sentido estrito, o poder de polícia se configura como a atividade administrativa, que consubstancia, como vimos, verdadeira prerrogativa conferida aos agentes da Administração, consistente no poder de restringir e condicionar a liberdade e a propriedade. É nesse sentido que foi definido por RIVERO, que deu a denominação de *polícia administrativa*. Aqui se trata, pois, de atividade tipicamente administrativa e, como tal, subjacente à lei, de forma que esta já preexiste quando os administradores impõem a disciplina e as restrições aos direitos. É nesse sentido que nos concentraremos, porque o tema é inerente ao Direito Administrativo.²⁷ (itálicos no original).

Assim, tomado em sentido estrito, o Poder de Polícia possui fixação de suas linhas fundamentais no Direito Positivo Brasileiro. Além das disposições estatuídas pela Constituição da República de 1988 (com especial destaque para o artigo 145, inc. II²⁸), dispõe o artigo 78 do Código Tributário Nacional (Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966):

25 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 62.

26 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 77.

27 *Idem*, p. 76.

28 Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: (...) II – taxas, em razão do exercício do **poder de polícia** ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição.

Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos. (Redação dada pelo Ato Complementar nº 31, de 1966)

Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder.

Examinando sob essa ótica, o Poder de Polícia decorre da Supremacia do Interesse Público sobre o Interesse Privado, supraprincípio do Direito Administrativo que atribui um status especial ao Estado nas relações travadas com particulares em geral. Por isso, aplica-se a todos indistintamente, sem necessidade de demonstração de vínculo de natureza especial.

É de se observar, entretanto, que para serem legítimos os atos decorrentes do exercício do Poder de Polícia, tal qual quaisquer outros atos administrativos, devem estar revestidos de todos os requisitos gerais de validade, que são: competência, forma, finalidade, motivo e objeto.

No que pertine à competência, pontifica José dos Santos Carvalho Filho que, a “princípio, [o exercício do poder de polícia compete] a pessoa federativa a qual a Constituição Federal conferiu o poder de regular a matéria”²⁹. Com efeito, a Constituição da República de 1988 organizou a estrutura político-administrativa da República Federativa do Brasil pautada na autonomia da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, fixando as linhas básicas do poder de regulamentação de cada um desses entes políticos, além de estabelecer hipóteses em que todos podem atuar simultaneamente (quando configurada competência concorrente –

art. 24 c/c art. 30 da CR/88). Os demais requisitos seguem a mesma acepção extraída do estudo da teoria geral dos atos administrativos.

Superadas essas breves considerações, cumpre aduzir que, conquanto inegável a importância do exercício do Poder de Polícia na sociedade moderna, é certo que esse poder deve ser limitado, de maneira a ser empregado de modo justo, proporcional e coerente aos objetivos que colima. Ora, é justamente a partir dessa perspectiva que se pode distinguir o uso e o abuso de poder: enquanto o uso é o legítimo emprego do poder dever na medida do indispensável ao atendimento do interesse público, o abuso existe quando o poder é exercido além dos limites do estritamente necessário à persecução do interesse coletivo.

Outrossim, merece prestígio a doutrina especializada que achou por bem incorporar, como pressuposto de legitimidade da medida de polícia, o Princípio da Proporcionalidade, no sentido de exigir “uma relação necessária entre a limitação ao direito individual e o prejuízo a ser evitado”³⁰.

O princípio da proporcionalidade deriva, de certo modo, do poder de coerção de que dispõe a Administração ao praticar atos de polícia. Realmente, não se pode conceber que a coerção seja utilizada indevidamente pelos agentes administrativos, o que ocorreria, por exemplo, se usada onde não houvesse necessidade. Em virtude disso, tem a doutrina moderna mais autorizada erigido à categoria de princípio necessário à legitimidade do ato de polícia a existência de uma linha proporcional entre os meios e os fins da atividade administrativa. Como bem observa CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, é preciso que a Administração tenha cautela na sua atuação, “nunca se servindo de meios mais enérgicos que os necessários à obtenção do resultado pretendido pela lei”. Não havendo proporcionalidade entre a medida adotada e o fim a que se destina, ocorrerá a autoridade administrativa em abuso de poder e ensejará a invalidação da medida na via judicial, inclusive através de mandado de segurança.³¹ (Destques no original).

29 CARVALHO FILHO, 2013, p. 78.

30 DI PIETRO, 2013, p. 129.

31 CARVALHO FILHO, 2013, p. 92.

O Princípio da Proporcionalidade aplica-se ao Poder de Polícia considerado como um todo, e não apenas a algumas fases do chamado “ciclo de polícia”. Como sabido, alguns autores nacionais dividem a atividade de polícia em quatro fases, quais sejam (i) ordem de polícia, (ii) consentimento de polícia, (iii) fiscalização de polícia e (iv) sanção de polícia. Em todas elas, portanto, há de se identificar a justa medida entre os meios e os fins da atividade administrativa de polícia.

Nesse ínterim, o principal elemento limitador do Poder de Polícia é a lei, aqui compreendida tanto como todo o arcabouço normativo (positivado ou não), bem como a “Ordem de Polícia”, que é o preceito legal básico que dá validade à limitação prevista:

O exercício do poder de polícia encontra limites. O primeiro situa-se nos próprios direitos fundamentais declarados e assegurados pela Constituição Federal. O poder de polícia pode acarretar disciplina e restrições ao exercício de um direito fundamental, em benefício do interesse público. Ao mesmo tempo, o reconhecimento de direitos fundamentais configura limite ao poder de polícia; os direitos fundamentais não podem ser suprimidos. Nem sempre se apresenta fácil situar o ponto onde começa a violação dos direitos fundamentais pelo exercício do poder de polícia. No tocante aos direitos fundamentais, algumas hipóteses emergem. **a) Existe lei disciplinadora do direito fundamental. Neste caso, o poder de polícia é limitado pelos preceitos da lei, não se admitindo prescrição mais rigorosa que a da lei: as restrições da lei devem ser interpretadas de modo restrito, isto é, no sentido mais favorável ao exercício do direito.** Por vezes a lei confere à autoridade administrativa a faculdade de agravar disposições da lei, em casos especiais, mas sempre de modo temporário. **b) Inexiste lei disciplinadora do direito fundamental. Neste caso, observadas as regras de competência, a medida de polícia, sempre fundamentada no interesse público, deve ser: b.1) necessária,** isto é, exigida ante as circunstâncias, para evitar conflitos, desordens, perigo à integridade de pessoas e bens; **b.2) eficaz,** isto é, adequada para evitar perturbações; **b.3) proporcional à gravidade da possível perturbação;** por exemplo: em locais de grande afluxo de pessoas são impostas restrições mais amplas que em locais sem nenhum afluxo de pessoas. Em geral, medidas temporárias podem ser mais rigorosas que medidas gerais e permanentes. **Outro limite ao poder de polícia encontra-se na legalidade dos meios. Os meios e modos de exercício do poder de polícia**

devem estar previstos legalmente. Na ausência de norma, a autoridade competente escolhe os meios, observados os princípios e limites já apontados. Aparecem, ainda, como limites ao poder de polícia as regras de competência, forma, motivo (sobretudo, existência dos fatos invocados e base legal) e o fim de interesse público; caso o poder de polícia seja exercido para fins pessoais, subjetivos ou político partidários, poderá ser caracterizado o desvio de poder ou finalidade.³² (Negrito nosso).

2.3. Do Provimento de Cargos Públicos.

A atuação administrativa rege-se pelos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, segundo dispõe o artigo 37, “caput”, da Constituição da República de 1988. Em vista de tal matiz e à luz do Interesse Público, estabeleceu o legislador constituinte no inciso II do mesmo dispositivo o dever para o Poder Público de, em regra, contratar servidores somente após a aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego.

Conforme defendido por este Centro de Apoio em outras ocasiões³³, o sistema normativo brasileiro adota o Concurso Público como **princípio** a ser observado para o ingresso em cargos e empregos públicos. Inclusive, há precedentes do Supremo Tribunal Federal em que se pretende preservar a força normativa dessa norma. A propósito:

FORÇA NORMATIVA DO PRINCÍPIO DO CONCURSO PÚBLICO. Esse entendimento, na medida em que atesta a existência de um direito subjetivo à nomeação, reconhece e preserva a melhor forma a **força normativa do princípio do concurso público**, que vincula diretamente a Administração. 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**

32 MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 339.

33 Vide, v.g., as Notas Jurídicas nº 03/2017 e 31/2017.

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. (Negrito nosso; itálico no original). (Excerto da ementa do Recurso Extraordinário nº. 598.099/MS. Relator Min. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgado em 10/08/2011. Publicação 03/10/2011).

Com efeito, “a Constituição Federal é intransigente em relação à imposição à efetividade do princípio constitucional do concurso público, como regra a todas as admissões da Administração Pública, vedando expressamente tanto a ausência deste postulado, quanto seu afastamento fraudulento por meio de transferência de servidores públicos para outros cargos diversos daquele para o qual foi originariamente admitido”.³⁴

Nesse contexto, destacam-se as formas de provimento em cargo público, especialmente as formas de provimento derivadas. Isso porque, para ocupar um cargo público, o ordenamento jurídico exige que ocorra um ato administrativo constitutivo hábil a promover tal ingresso, qual seja, o provimento. Como assevera Maria Sylvia Zanella di Pietro: “provimento é o ato pelo qual o servidor público é investido no exercício do cargo, emprego ou função”³⁵.

O provimento pode ser originário ou derivado. Considerando os cargos públicos de caráter efetivo, o provimento originário é aquele que não depende de vinculação jurídica anterior e se concretiza por meio da nomeação. Por outro lado, nas situações de provimento derivado, o cargo público será atribuído a um servidor que já tenha uma relação anterior com a Administração Pública, podendo se concretizar, ainda, no plano vertical ou horizontal.

O provimento derivado vertical é a promoção. O provimento derivado horizontal, a seu turno, pode ser constatado, por exemplo, na readaptação, na recondução e no aproveitamento. Essas hipóteses são admissíveis na ordem jurídica implementada pela Constituição da República de 1988, ao contrário do que se vislumbra com os institutos da

transferência e da ascensão. Em apertada síntese, a ascensão (ou acesso) pode ser compreendida como a progressão funcional para cargo de carreira distinta (e de nível mais elevado), enquanto a transferência é o deslocamento para cargo de carreira diversa, mas de mesmo nível hierárquico em relação ao que ingressara o servidor.

Essas vetustas formas de provimento, como bem se sabe, constituem modos de ingresso em cargos ou carreiras diversos daquele para a qual o servidor ingressou por intermédio do concurso público. Como as ordens jurídicas anteriores exigiam concurso apenas para “a primeira investidura nos cargos públicos”³⁶, inexistia incompatibilidade na mudança de um quadro funcional para outro ou na passagem de uma carreira para outra, havendo vozes que pugnavam pela obrigatoriedade do concurso público somente para o ingresso originário no serviço público.

Ocorre que com o atual texto da Constituição, em que se suprimiu o adjetivo “primeira” que qualificava o termo “investidura”, não se admite mais quaisquer formas de provimento sem que antes haja a aprovação em concurso público. Efetivamente, foi robustecido o preceito constitucional de regência, antes mais maleável e inanimado perante práticas abusivas na praxe administrativa.

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: (...).

36 Constituição de 1937 (art. 156 – O Poder Legislativo organizará o Estatuto dos Funcionários Públicos, obedecendo aos seguintes preceitos desde já em vigor: [...] b) a **primeira investidura** nos cargos de carreira far-se-á mediante concurso de provas ou de títulos) | Constituição de 1946 (Art 186 – A **primeira investidura** em cargo de carreira e em outros que a lei determinar efetuar-se-á mediante concurso, precedendo inspeção de saúde.) | Constituição de 1967 (Art 95 – Os cargos públicos são acessíveis a todos os brasileiros, preenchidos os requisitos que a lei estabelecer. § 1º – A **nomeação** para cargo público exige aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos. [lembrar que nomeação é forma de provimento originário]) | Emenda Constitucional nº. 1 de 1969 “Constituição de 1969” (Art. 97. Os cargos públicos serão acessíveis a todos os brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei. § 1º A **primeira investidura** em cargo público dependerá de aprovação prévia, em concurso público de provas ou de provas e títulos, salvo os casos indicados em lei.).

34 MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2007. p. 818-819.

35 DI PIETRO, 2013, p. 664.

II – a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998). (Destacamos).

Por conseguinte, Alexandre de Morais apropriadamente conclui:

Importante, também, ressaltar que, a partir da Constituição de 1988, a absoluta imprescindibilidade do concurso público não mais se limita à hipótese singular da primeira investidura em cargos, funções ou empregos públicos, impondo-se às pessoas estatais como regra geral de observância compulsória, **inclusive às hipóteses de transformação de cargos e a transferência de servidores para outros cargos ou para categorias funcionais diversas das iniciais, que, quando desacompanhadas da prévia realização do concurso público de provas ou de provas e títulos, constituem formas inconstitucionais de provimento no serviço público, pois implicam o ingresso do servidor em cargos diversos daqueles nos quais foi ele legitimamente admitido.** Dessa forma, claro o desrespeito constitucional para investiduras derivadas de prova de títulos e da realização de concurso interno, por óbvia ofensa ao princípio isonômico. **Em conclusão, a investidura em cargos ou empregos públicos depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou provas e títulos, não havendo possibilidade de edição de lei que, mediante agrupamento de carreiras, opere transformações em cargos, permitindo que os ocupantes dos cargos originários fossem investidos nos cargos emergentes, de carreira diversa daquela para a qual ingressaram no serviço público, sem concurso público.**³⁷ (Negritamos).

Desse modo, a adoção do Princípio do Concurso Público para o ingresso em cargos ou empregos públicos é uma conquista do processo de redemocratização recentemente emergido na república brasileira. Como valioso instrumento democrático que é, se presta não só a seleção de

pessoas mais qualificadas para o desempenho de funções públicas, mas também ao resgate da transparência, da credibilidade e do implemento de condições igualitárias de acesso a postos de trabalho no Poder Público. Como bem acentua Fabrício Motta:

O instituto do concurso público possui princípios endógenos, imanentes à sua natureza e inseparáveis de sua noção que independem de consagração normativa, doutrinária ou jurisprudencial para que sejam reconhecidos. Seguindo as lições citadas, deve o operador do direito guiar-se pelos “princípios-maiores” que ocupam o núcleo central da ideia de concurso público: **o princípio democrático, fulcrado na premissa de que todos têm direito de concorrer para ocupar as posições estatais; o princípio da isonomia, consistente na garantia de igualdade de tratamento e vedação de privilégios e discriminações injustificadas; e o princípio da eficiência que impõe à Administração a seleção transparente e objetiva dos que mais atributos** – méritos, qualificações, aptidões – possuem para se adequar ao necessário oferecimento de um serviço eficiente. É relevante ainda destacar a sempre presente necessidade de obedecer aos “reclamos de probidade administrativa”, utilizando a expressão de Celso A. Bandeira de Mello.³⁸ (Destaque nosso).

2.3.1 – Do Desvio de Função

Diante das considerações acima e atento aos elementos que ensejam a inconstitucionalidade de qualquer forma de provimento em cargo público - salvo as próprias exceções constitucionais, como os cargos admissíveis e demissíveis *ad nutum* - sem a aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos (na toada da súmula vinculante nº. 43³⁹), bem como diante da patente violação ao Princípio do Concurso Público o ato de deslocar servidores públicos para outros cargos ou funções diversos daqueles para os quais foram originariamente admitidos, passa-se a expor a semelhança existente entre o instituto da transferência (não mais admissível em nosso

37 MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 328.

38 MOTTA, Fabrício. *Concursos Públicos e o Princípio da Vinculação ao Edital*. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/43864/44722> . Acesso em 08 de maio de 2019.

39 Súmula Vinculante 43 – É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido.

atual ordenamento jurídico) e a irregular prática do desvio de função, ambos igualmente atentatórios à Constituição da República.

O desvio de função existe quando o servidor público passa a desempenhar atividades exclusivas de outro cargo e que são distintas daquelas afetas para o qual fora investido, configurando, portanto, disparidade fática entre as atribuições formalmente outorgadas por lei e as que são efetivamente exercidas.

Ora, como se sabe, cargo público é o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor (art. 3º da Lei nº. 8.112/1990), de modo que as atribuições inerentes a determinado cargo são prévia e especificamente imputadas por lei.

Na esteira da doutrina, cargo público e função pública são conceitos diversos, mas imbricados entre si:

Cargo público é o lugar instituído na organização do serviço público, com denominação própria, atribuições e responsabilidades específicas e estipêndio correspondente, para ser provido e exercido por um titular, na forma estabelecida em lei.⁴⁰

A função pública é o conjunto de atividades atribuídas a um cargo ou emprego público, seja este cargo isolado ou de carreira, para provimento efetivo, vitalício ou em comissão. Com efeito, pode-se definir que todo cargo ou emprego público deve ter função estipulada por lei, que corresponde às tarefas a serem executadas pelo servidor público que, de forma lícita, o ocupar. Trata-se da atividade pública, propriamente dita e, cada uma destas funções, deve ser criada e extinta mediante a edição de lei, haja vista integrar a estrutura organizacional da Administração Pública, para cumprimento de suas finalidades.⁴¹

Todo cargo tem função, porque não se pode admitir um lugar na Administração que não tenha a predeterminação das tarefas do servidor. Mas nem

toda função pressupõe a existência do cargo. O titular do cargo se caracteriza como servidor público estatutário.⁴²

Dessa maneira, constitui direito, e também dever do servidor público, o exercício das funções próprias de seu cargo, assegurando-se em contrapartida a remuneração equivalente na forma da lei. Nesse sentido, Cármen Lúcia Antunes Rocha, i. Ministra do Supremo Tribunal Federal, afirma que:

Com o início de exercício nascem para o servidor todos os direitos que a lei lhe assegura nessa condição, inclusive o de desempenhar as funções inerentes ao cargo para o qual foi nomeado, cumprindo-se o quanto posto legalmente. Nomeado para determinado cargo e nele investido, há de exercer o servidor, a partir de então, as funções a ele inerentes e a nenhum outro. (...). Dá-se o nome de desvio de função quando o servidor é nomeado e investido em um cargo público e passa a desempenhar funções inerentes a outrem, mediante ato que o designa para tanto, sem qualquer comportamento formal.⁴³

Assim sendo, quando o servidor público realiza funções privativas de cargo diverso do seu, é notória a burla à obrigatoriedade de Concurso Público, constituindo causa de nulidade do ato de nomeação, conforme determina o artigo 37, § 2º, da Constituição da República de 1988. Vide, portanto, a semelhança entre os institutos da “transferência” e do “desvio de função”, sobretudo no que pertine ao viés prático:

40 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 524.

41 CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 792.

42 CARVALHO FILHO, 2013, p. 611.

43 ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 233.

Transferência	Desvio de Função
É forma de ingresso em carreira diversa daquela para a qual o servidor público ingressou por concurso. Trata-se de provimento derivado horizontal não mais admitido na atual ambiência constitucional;	O desvio de função de servidor público consiste no exercício, de forma não excepcional, não transitória e/ou sem contraprestação específica, de atividades diversas das inseridas no rol legal das atribuições previamente determinadas que devem ser acometidas ao titular do cargo efetivo em que ele foi provido ¹ . Trata-se de uma figura anômala dentro do serviço público;
Opera-se “entre cargos da mesma carreira, mas de quadros diversos, ou entre cargos de mesmo quadro, mas de carreiras diferentes, ou entre cargo isolado e de carreira, e vice-versa, ou, finalmente, entre cargos isolados” (trecho extraído do voto proferido pelo Ministro Moreira Alves na ADI 231/RJ). Ocorre que, como todo cargo público corresponde a uma função pública, o servidor público acaba por desempenhar atribuições próprias – função – de outro cargo;	Consiste no exercício de funções relativas a outro cargo que o servidor público não ocupa efetivamente;
Por ser incompatível com a Constituição da República de 1988, se sobrevier lei regulamentando seu implemento, sofrerá essa lei de inconstitucionalidade material (ou nomoestática);	Como cada cargo público corresponde a um conjunto de atribuições e responsabilidades (função), o desvio de função é prática ilegal, afrontando a lei que instituiu o cargo. De toda sorte, também viola a Constituição da República, porque vulnera o Princípio do Concurso Público;
Razão determinante para a nulidade do provimento e a punição da autoridade responsável, conforme art. 37, § 2º, CR/88;	Fato habitualmente encontrado nos órgãos e entidades da Administração, podendo, inclusive, configurar a prática de ato de improbidade administrativa;
<u>Na prática, o servidor público exerce atribuições diversas daquelas próprias do cargo público em que fora investido.</u>	<u>Na prática, o servidor público exerce atribuições diversas daquelas próprias do cargo público em que fora investido.</u>

Nesse sentido, o desvio de função “cuida-se de uma corruptela no sistema de cargos e funções e precisa ser coibida”⁴⁴, tal como outrora combateu-se e extirpou-se do ordenamento jurídico e da praxe administrativa o instituto da transferência. Ambos os institutos violam a Constituição da República, pelo que não podem ser convalidados:

44 (Footnotes) ANDRADE, Marlon. **O desvio ilegal de função de servidor público titular de cargo efetivo e a possibilidade de sua caracterização como ato de improbidade administrativa**. Disponível em: https://www.antcbrasil.org.br/admin/uploads/artigo_marlon_andrade_revista_usp_desvio_de_funcao.pdf. Acesso em 08 de maio de 2019.

AGRAVO REGIMENTAL EM AÇÃO RESCISÓRIA. SERVIDOR PÚBLICO. DESVIO DE FUNÇÃO. ENQUADRAMENTO EM CARGO DIVERSO DAQUELE EM QUE FOI INICIALMENTE INVESTIDO. IMPOSSIBILIDADE. AFRONTA AO ART. 37, INCISO II, DA CF/88. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Viola a Constituição Federal o enquadramento de servidor, sem concurso público, em cargo diverso daquele de que é titular. Mesmo antes da Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal tinha entendimento firmado no sentido da impossibilidade de convalidação da situação do servidor em desvio de função, seja para efetivá-lo no cargo ou para lhe deferir o pagamento da diferença remuneratória correspondente. Precedentes: RE nº 83.755/MG, Primeira Turma, Relator o Ministro Antonio Nader, RTJ 98/734; RE nº 83.755/MG, Segunda Turma, Relator o Ministro Thompson Flores, RTJ 98/734; e MS nº 20081/DF, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Moreira Alves, DJ de 1º/10/76.

2. O fato de ocorrer o desvio de função não autoriza o enquadramento do servidor público em cargo diverso daquele em que foi inicialmente investido, mormente quando esses cargos não estão compreendidos em uma mesma carreira. Precedentes: RE nº 644.483/DF-AgR, Primeira Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 4/10/11; RE nº 311.371/SP-AgR-ED, Primeira Turma, Relator o Ministro Eros Grau, DJ de 5/8/05; RE 219.934/SP, Primeira Turma, Relator o Ministro Octavio Gallotti, DJ de 16/2/01; RE nº 209174, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 13/3/98; RE nº 165.128, Segunda Turma, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJ de 15/3/96.

3. Agravo regimental não provido.

STF. AR 2137 AgR, Relator Min. Dias Toffoli. Tribunal Pleno. Julgado em 19/09/2013. Publicação 26-11-2013. (Negrito nosso).

Em epítome, diante da gravosa mácula que pode provocar, é impossível admitir o “desvio de função”, ainda que se manifeste sob o argumento de prestigiar o interesse público ou a eficiência administrativa. Como visto, tal como a transferência, o desvio de função despreza os princípios comezinhos da Administração Pública, dentre os

quais se destaca o Princípio do Concurso Público, cuja densidade axiológica encontra procedência no ideal democrático (art. 1º, “caput”, da CR/88).

3 – Análise do caso concreto trazido pela Promotora consulente.

A consulta promovida questiona a legalidade de ato do Diretor do Departamento Municipal de Transportes e Trânsito do Município de Lagoa Santa (DEMUTRAN) em capacitar servidores municipais ocupantes dos mais diversos cargos públicos naquela municipalidade para exercerem, temporariamente, as funções do cargo de agentes de trânsito até que seja realizado concurso público para o provimento próprio de dito cargo.

Infere-se dos documentos juntados ao presente PAAF que o Diretor do DEMUTRAN informou que tal exercício temporário das funções do cargo de agente de trânsito, por servidores de cargos diversos, encontra fundamento jurídico nas razões do voto do Ministro Luís Roberto Barroso nos autos do RE Nº658570; que a designação para o exercício dessa função seria inicialmente apenas de servidores que executavam atribuições similares. Entretanto, posteriormente, admitiu-se a possibilidade de servidores de outras áreas (v.g., limpeza urbana, protocolo e saúde) serem aproveitados para esse mesmo fim.

Por fim, informa que para capacitar os servidores civis municipais que exerceriam a função de agente de fiscalização de trânsito, o DEMUTRAN preparou um curso de formação a ser ministrado por professores com nível superior e grande experiência na área policial, com 200 (duzentas) horas de duração, que seria realizado no período de 15/10/2018 a 22/12/2018. Entretanto, o curso foi suspenso até final pronunciamento do Ministério Público acerca do tema em epígrafe.

A Lei nº 3.241/2012⁴⁵ do município de Lagoa Santa, traz em seu Anexo II a descrição dos cargos que compõem a estrutura organizacional do Município, de onde se extrai as atribuições do cargo de agente de trânsito:

45 Dispõe sobre a estrutura do plano de cargos e vencimentos da Prefeitura Municipal de Lagoa Santa/MG, estabelece normas de reenquadramento, institui nova tabela de vencimentos e dá outras providências.

ANEXO II DESCRIÇÕES DE CARGOS

(...)

Agente de Trânsito

PATRULHAR OSTENSIVAMENTE VIAS PÚBLICAS

Elaborar boletim de ocorrência

Interditar via pública em condições adversas

Auxiliar usuário na via pública

Trabalhar em parcerias com outros órgãos para fiscalização

Auxiliar na retirada de animais da faixa de domínio da via

Escortar veículos e cargas especiais

Realizar comboios de veículos

Acionar meios para extinção de focos de incêndio às margens da via

MANTER A FLUIDEZ E SEGURANÇA DO TRÂNSITO URBANO E RODOVIÁRIO

Monitorar trânsito em unidades móveis

Interagir em situações emergenciais

Remover obstáculos da via pública

Sinalizar obstáculos na via pública

Criar rotas alternativas para o tráfego

Solicitar auxílio para desobstrução total da via

Orientar condutores por meio de gestos e apitos

Atuar em interseções de vias

Monitorar trânsito em postos fixos de observações

Sinalizar existência de obras nas vias públicas

Prestar informações sobre trânsito

Solicitar manutenção de vias públicas

Sincronizar semáforo às condições de trânsito

Intervir no tráfego em situações de eventos

Sugerir medidas para melhoria do trânsito

FISCALIZAR O CUMPRIMENTO DAS LEIS DE TRÂNSITO

Abordar veículos para fiscalização

Analisar documentação do condutor e do veículo

Vistoriar estado de conservação de veículos

Fiscalizar transporte de produtos perigosos e controlados

Autuar infratores

Vistoriar veículo em processo de remoção

Lacrar veículo para remoção

Documentar processo de remoção de veículo

Participar de bloqueios na via pública para fiscalização

Advertir condutores

Operar equipamentos de controle de velocidade de veículos

Fiscalizar sistema de transportes públicos rodoviários

Fiscalizar serviços de escolta

Apreender veículo

Reter veículo até que seja sanada irregularidade constatada

Fiscalizar dimensões e peso de cargas e veículos

COLABORAR COM SEGURANÇA A PÚBLICA

Promover segurança nas escolas e imediações

Proferir palestras de orientação a sociedade

Prestar assistência aos transeuntes

Acionar autoridades competentes de acordo com cada ocorrência

Prestar segurança na realização de eventos públicos

Prestar assistência à população em casos de calamidades públicas

PROTEGER OS BENS PÚBLICOS, SERVIÇOS E INSTALAÇÕES

Proteger próprios municipais

Prestar assistência ao cumprimento da legislação municipal

E demais atividades correlatas à função

Também infere-se de mencionada lei, em seu art. 47, a possibilidade de deslocamento de um servidor para exercício em órgão diverso, desde que haja prévia autorização do Chefe do Executivo e que seja para fim determinado e por prazo certo e que **não haja desvio de função**:

Art. 47 O afastamento de servidor do órgão em que estiver lotado, para ter exercício em outro, só se verificará mediante prévia autorização do Prefeito Municipal de Lagoa Santa, para fim determinado e por prazo certo.

Parágrafo único. Atendido sempre o interesse do serviço, o Prefeito Municipal de Lagoa Santa poderá alterar a lotação do servidor, ex-offício ou a pedido, **desde que não haja desvio de função** ou alteração de vencimento do servidor. (Negrito nosso).

Pois bem. Como visto alhures, o exercício do poder de polícia de trânsito não se dá ao alvedrio da Administração Municipal, Estadual e Federal. Antes, a execução de qualquer prerrogativa pública (ou poder-dever) deve se compatibilizar com a mensagem deontológica da Constituição da República de 1988. O exercício do poder de polícia encontra limites, cujo principal elemento limitador é a lei, razão pela qual tal exercício deve constar expressamente das funções de determinado cargo público.

Diferentemente do interpretado pelo DEMUTRAN, o Ministro Luís Roberto Barroso, no voto condutor do RE 658570/MG, ao afirmar o poder de auto-organização do Município no sentido da não necessidade de que o poder de polícia de trânsito seja exercido apenas por integrantes da carreira dos agentes de trânsito, nos termos do art.144, §10, II, da CR/88, deixou bem claro que o legislador municipal é quem irá escolher qual carreira exercerá a função de agente de trânsito, senão vejamos:

o art. 144, §10, da CF “exigiria tão-somente o exercício da função de agente de trânsito por agente público – e, nesse sentido, estruturado em carreira. A escolha de qual carreira do serviço público contemplará as funções de agente de trânsito fica a cargo do legislador estadual e municipal. sendo perfeitamente possível recair, nessa última hipótese, sobre a guarda municipal, como aliás, é comum no país.”

Isso porque, conforme já dito, o exercício do poder de polícia, dentre eles o poder de polícia de trânsito, deve constar das atribuições de determinado cargo, seja ele exclusivo de agente de trânsito ou não.

Portanto, o Município, ou melhor, o Poder Executivo Municipal, não pode escolher qualquer servidor público, de qualquer carreira de seu quadro funcional, para o exercício do poder de polícia de trânsito. Tal poder deve constar, legalmente, das atribuições do cargo, sob pena de ilegitimidade da atuação do agente público.

A alocação de servidores públicos civis municipais para o desempenho de atividades completamente estanques e dissociadas da função afeta ao cargo público titularizado originalmente, principalmente quando tais atividades envolvem o poder de polícia, como quer proceder o DEMUTRAN, não pode ser admitida, a uma porque tais servidores não titularizam cargo que lhes permitem o exercício do poder de polícia, a duas porque tal alocação caracteriza desvio de função.

3) CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, respeitada a independência funcional do Promotor de Justiça Natural e sem caráter vinculante, conclui este Centro de Apoio Operacional às Promotoria de Justiça de Defesa do Patrimônio Público pela inadmissibilidade do emprego de servidores públicos ocupantes de cargos públicos cujo rol de funções não preveem aquelas de fiscalização do trânsito nas vias do município, como noticia o Diretor do DEMUTRAN, a uma porque tais servidores não titularizam cargo que lhes permitem o exercício do poder de polícia, a duas porque tal alocação caracterizaria desvio de função.

São essas as ponderações que este Centro de Apoio Operacional julga pertinentes, sem caráter vinculante e respeitada a independência funcional da Douta Promotora de Justiça Natural.

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, 14 de maio de 2019.

JOSÉ CARLOS FERNANDES JUNIOR

Promotor de Justiça

Coordenador do CAO – Patrimônio Público

Nota Técnica nº 10/2019

PAAF nº 0024.19.004319-0

Requerente: 3ª Promotoria de Justiça da Comarca de Patos de Minas

Ementa: Concessão de direito real de uso de bem público. Decreto-Lei nº. 271/67. Construção de hangares em aeroporto municipal. Sucessão de leis no tempo prorrogando prazo de vigência das concessões. Inaplicabilidade. Traços de ilegalidade. Violação ao Procedimento Licitatório. Modulação dos efeitos

1) RELATÓRIO

Trata-se de consulta formulada pela DD. Promotora de Justiça da Comarca de Patos de Minas, Dra. Vanessa Dosualdo Freitas, solicitando a este Centro de Apoio Operacional a elaboração de nota técnica sobre a legalidade de contratos de concessão de direito real de uso dos hangares localizados em Aeroporto Municipal, celebrados entre o Município de Patos de Minas e particulares.

Depreende-se da documentação juntada pela nobre Promotora Consulente que, em 24 de junho de 1994, foi editada a Lei Municipal nº 3.735, autorizando a concessão de direito real de uso de espaços do Aeroporto Municipal a pessoas físicas ou jurídicas, para construção de hangares, mediante prévio processo de licitação pública⁴⁶.

⁴⁶ Art.1º Fica o Chefe do Executivo Municipal autorizado a outorgar concessão de direito real de uso de terrenos situados no Aeroporto Municipal “Pedro Pereira dos Santos” de Patos de Minas, procedentes de documento registrado sob o nº 1/29.320, no Cartório de Registro de Imóveis desta cidade. Parágrafo único. A concessão será dada a pessoas físicas ou jurídicas, para construção de hangares, mediante processo de licitação pública.

Previu-se, nesse mesmo diploma, os requisitos que deveriam ser preenchidos pelos candidatos (pessoas físicas ou jurídicas) para participarem do processo licitatório (art. 2º); enquanto que, no artigo 3º, fora estabelecido o prazo máximo para a outorga da concessão como sendo 10 (dez) anos, findo o qual as benfeitorias edificadas se integrariam ao patrimônio municipal, sem ônus para o município.

Após a edição dessa lei, foi deflagrado processo licitatório – Concorrência nº 006/94 – por meio do qual foram outorgadas as concessões de seis lotes localizados no Aeroporto Municipal, para a construção de hangares e uso pelo prazo de 10 (dez) anos. Originalmente, os concessionários que participaram da Concorrência nº 006/94 firmaram os seguintes contratos com o Município de Patos de Minas:

1) Contrato de Concessão de Direitos nº 001/94

Data: 11/10/94

Partes: Município de Patos de Minas (concedente) e Luiz Antônio Franco e Divino José da Silva (concessionários)

Objeto: Concessão aos concessionários do direito real de uso de terreno localizado no Aeroporto Municipal, para construção de um hangar, localizado no lote nº 01, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, conforme projetos e especificações constantes da Concorrência nº 006/94

Prazo: 10 (dez) anos, findo este prazo as benfeitorias edificadas integram o patrimônio do município que passará a alugar o hangar.

Obrigações do concessionário: a) Zelar pela conservação do imóvel; b) seguir fielmente o projeto apresentado na concorrência nº 006/94; c) pagar quaisquer impostos, tarifas, taxas ou outras despesas que incidam ou venham a incidir sobre o imóvel; d) utilizar o imóvel exclusivamente para os fins de construção de um hangar para aeronaves; e) cumprir e fazer cumprir fielmente o regimento interno do Aeroporto Municipal.

2) Contrato de Concessão de Direitos nº 002/94

Data: 11/10/94

Partes: Município de Patos de Minas (concedente) e Inácio Carlos Urban e Maria Denise Veloso Cury (concessionários)

Objeto: Concessão de direito real de uso de terreno localizado no Aeroporto Municipal, para construção de um hangar, localizado no lote nº 02, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, conforme projetos e especificações constantes da Concorrência nº 006/94

Prazo: 10 (dez) anos, findo este prazo as benfeitorias edificadas integram o patrimônio do município que passará a alugar o hangar.

Obrigações do concessionário: a) Zelar pela conservação do imóvel; b) seguir fielmente o projeto apresentado na concorrência nº 006/94; c) pagar quaisquer impostos, tarifas, taxas ou outras despesas que incidam ou venham a incidir sobre o imóvel; d) utilizar o imóvel exclusivamente para os fins de construção de um hangar para aeronaves; e) cumprir e fazer cumprir fielmente o regimento interno do Aeroporto Municipal.

3) Contrato de Concessão de Direitos nº 003/94

Data: 11/10/94

Partes: Município de Patos de Minas (concedente) e Hamilton Queiroz Bicalho (concessionário)

Objeto: Concessão de direito real de uso de terreno localizado no Aeroporto Municipal, para construção de um hangar, localizado no lote nº 03, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, conforme projetos e especificações constantes da Concorrência nº 006/94

Prazo: 10 (dez) anos, findo este prazo as benfeitorias edificadas integram o patrimônio do município que passará a alugar o hangar.

Obrigações do concessionário: a) Zelar pela conservação do imóvel; b) seguir fielmente o projeto apresentado na concorrência nº 006/94; c) pagar quaisquer impostos, tarifas, taxas ou outras despesas que incidam ou venham a incidir sobre o imóvel; d) utilizar o imóvel exclusivamente para os fins de construção de um hangar para aeronaves; e) cumprir e fazer cumprir fielmente o regimento interno do Aeroporto Municipal.

4) Contrato de Concessão de Direitos nº 004/94

Data: 11/10/94

Partes: Município de Patos de Minas (concedente) e Décio Bruxel e José Humberto Bahia (cessionários)

Objeto: Concessão de direito real de uso de terreno localizado no Aeroporto Municipal, para construção de um hangar, localizado no lote nº 04, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, conforme projetos e especificações constantes da Concorrência nº 006/94

Prazo: 10 (dez) anos, findo este prazo as benfeitorias edificadas integram o patrimônio do município que passará a alugar o hangar.

Obrigações do concessionário: a) Zelar pela conservação do imóvel; b) seguir fielmente o projeto apresentado na concorrência nº 006/94; c) pagar quaisquer impostos, tarifas, taxas ou outras despesas que incidam ou venham a incidir sobre o imóvel; d) utilizar o imóvel exclusivamente para os fins de construção de um hangar para aeronaves; e) cumprir e fazer cumprir fielmente o regimento interno do Aeroporto Municipal.

5) Contrato de Concessão de Direitos nº 005/94

Data: 11/10/94

Parte: Município de Patos de Minas (concedente) e Flávio Thadeu Souza Godoy (cessionário)

Objeto: Concessão de direito real de uso de terreno localizado no Aeroporto Municipal, para construção de um hangar, localizado no lote nº 05, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, conforme projetos e especificações constantes da Concorrência nº 006/94

Prazo: 10 (dez) anos, findo este prazo as benfeitorias edificadas integram o patrimônio do município que passará a alugar o hangar.

Obrigações do concessionário: a) Zelar pela conservação do imóvel; b) seguir fielmente o projeto apresentado na concorrência nº 006/94; c) pagar quaisquer impostos, tarifas, taxas ou outras despesas que incidam ou venham a incidir sobre o imóvel; d) utilizar o imóvel exclusivamente para os fins de construção de um hangar para aeronaves; e) cumprir e fazer cumprir fielmente o regimento interno do Aeroporto Municipal.

6) Contrato de Concessão de Direitos nº 006/94

Data: 11/10/94

Partes: Município de Patos de Minas (concedente) e Lindomar Antônio Alves (cessionário)

Objeto: Concessão aos cessionários do direito real de uso de terreno localizado no Aeroporto Municipal, para construção de um hangar, localizado no lote nº 06, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, conforme projetos e especificações constantes da Concorrência nº 006/94

Prazo: 10 (dez) anos, findo este prazo as benfeitorias edificadas integram o patrimônio do município que passará a alugar o hangar.

Obrigações do concessionário: a) Zelar pela conservação do imóvel; b) seguir fielmente o projeto apresentado na concorrência nº 006/94; c) pagar quaisquer impostos, tarifas, taxas ou outras despesas que incidam ou venham a incidir sobre o imóvel; d) utilizar o imóvel exclusivamente para os fins de construção de um hangar para aeronaves; e) cumprir e fazer cumprir fielmente o regimento interno do Aeroporto Municipal.

Já em 06 de março de 1995 foi editada a Lei Municipal nº 3.852, que alterou o caput do artigo 3º da Lei nº 3.735/94, elevando o prazo máximo para a outorga da concessão de 10 (dez) para 30 (trinta) anos, bem como estendendo seus efeitos aos contratos já firmados pelo município com os participantes da licitação que teve por objetivo a concessão de uso de terrenos situados no aeroporto. Assim, foram celebrados aditivos para “adequar” os contratos retro especificados com os termos da novel lei:

– Primeiro Termo Aditivo ao Contrato de Concessão nº 001/94 – Data: 09/03/95 – Cláusula Segunda: (Prazo) A concessão é outorgada pelo prazo de 30 (trinta) anos. Findo este prazo as benfeitorias edificadas integram o patrimônio do município, que passará a alugar o hangar, dando-se preferência ao ocupante do hangar.

– Primeiro Termo Aditivo ao Contrato de Concessão nº 002/94 – Data: 09/03/95 – Cláusula Segunda: (Prazo) A concessão é outorgada pelo prazo de 30 (trinta) anos. Findo este prazo as

benfeitorias edificadas integram o patrimônio do município, que passará a alugar o hangar, dando-se preferência ao ocupante do hangar.

– Primeiro Termo Aditivo ao Contrato de Concessão nº 003/94 – Data: 09/03/95 – Cláusula Segunda: (Prazo) A concessão é outorgada pelo prazo de 30 (trinta) anos. Findo este prazo as benfeitorias edificadas integram o patrimônio do município, que passará a alugar o hangar, dando-se preferência ao ocupante do hangar.

– Primeiro Termo Aditivo ao Contrato de Concessão nº 004/94 – Data: 09/03/95 – Cláusula Segunda: (Prazo) A concessão é outorgada pelo prazo de 30 (trinta) anos. Findo este prazo as benfeitorias edificadas integram o patrimônio do município, que passará a alugar o hangar, dando-se preferência ao ocupante do hangar.

– Primeiro Termo Aditivo ao Contrato de Concessão nº 005/94 – Data: 09/03/95 – Cláusula Segunda: (Prazo) A concessão é outorgada pelo prazo de 30 (trinta) anos. Findo este prazo as benfeitorias edificadas integram o patrimônio do município, que passará a alugar o hangar, dando-se preferência ao ocupante do hangar.

– Primeiro Termo Aditivo ao Contrato de Concessão nº 006/94 – Data: 09/03/95 – Cláusula Segunda: (Prazo) A concessão é outorgada pelo prazo de 30 (trinta) anos. Findo este prazo as benfeitorias edificadas integram o patrimônio do município, que passará a alugar o hangar, dando-se preferência ao ocupante do hangar.

Posteriormente, foram feitos mais aditivos com a finalidade específica de alterar os concessionários:

– Termo Aditivo – Contrato de Concessão de Direito de Uso nº 288/2012 – Termo aditivo ao contrato de concessão de direito real de uso – Datado de 19/12/2012 – Município de Patos de Minas como concedente e Ademar Vaz de Andrade Júnior como concessionário (os herdeiros de Divino José da Silva venderam seus direitos sobre o referido bem ao concessionário, em conformidade com a alínea “b” da Cláusula II do contrato de concessão de direito real de uso nº 001/94) – Objeto: concessão a Ademar Vaz de Andrade Júnior do direito real de uso de 50% do hangar nº 01, que tem área de 360 metros quadrados, localizado no interior do Aeroporto Municipal Pedro Pereira dos Santos – Concessão outorgada até 11/10/2024 – Obrigações do concessionário: a) Zelar pela conservação do

imóvel; b) pagar quaisquer impostos, tarifas, taxas ou outras despesas que incidam ou venham a incidir sobre o imóvel, à razão de 50%; c) utilizar o imóvel exclusivamente para os fins de guarda e manutenção de aeronaves; d) cumprir e fazer cumprir fielmente o regimento interno do Aeroporto Municipal.

– Processo Administrativo nº 2017/019349 – Transferência dos direitos pertencentes a Luiz Antônio Franco a Ricardo Alexandre Silva e José Roberto Barbosa, desde que respeitadas às exigências contidas na Lei Municipal nº 3.735/94 e a finalidade precípua da concessão de uso que se destina a guarda de manutenção de aeronaves.

– Segundo Termo Aditivo ao Contrato de Concessão nº 003/94 – Datado de 16/10/02 – Cláusula Primeira: (Objeto) Constitui objeto deste contrato a concessão a Geraldo Magela Campos o direito real de uso de terreno localizado no aeroporto municipal de Patos de Minas, para construção do hangar.

– Segundo Termo Aditivo ao Contrato de Concessão nº 005/94 – Datado de 29/08/08 – Cláusula Primeira: (Objeto) Constitui objeto deste instrumento a transferência da concessão de direito real de uso de terreno localizado no lote nº 05 no aeroporto municipal à Detoni Máquinas Agrícolas Ltda, que passa a ser denominado daqui em diante de cessionário, com anuência da Prefeitura Municipal de Patos de Minas.

Observa-se que os contratos de números 002/94, 004/94 e 006/94 não sofreram quaisquer modificações no tocante aos concessionários originais. Entretanto, ao contrário desses, os contratos de números 001/94, 003/94 e 005/94 passaram a contar com novos concessionários a partir da formalização da transferência dos direitos decorrentes dos contratos, isso com anuência do Município.

Destaca-se, ainda, que, nos contratos administrativos originais (firmados nos idos de 1994), restou prevista expressamente a inadmissibilidade: (i) de transferência de tal direito real de uso sem a anuência da administração pública municipal e (ii) de destinação do imóvel para finalidade diversa da que estabelecida na concessão original.

É, em resumo, o relatório.

2) FUNDAMENTAÇÃO

Inicialmente, há de se lembrar que a doutrina identifica quatro formas principais de uso de bens públicos, quais sejam: bens que admitem uso comum, uso especial, uso compartilhado e uso privativo. Essa classificação não leva em consideração a categoria ou destinação do bem (na forma do artigo 99 e ss. do Código Civil), mas sim a “generalidade do uso ou sua privatividade”⁴⁷. Conforme José dos Santos Carvalho Filho:

Uso comum é a utilização de um bem público pelos membros da coletividade sem que haja discriminação entre os usuários, nem consentimento estatal específico para esse fim. A medida certa para o uso comum está nos bens de uso comum do povo. Pela sua própria natureza, esses bens são destinados a utilização coletiva, no exercício dos direitos e liberdades individuais em relação aos quais só é vedada a conduta quando a lei expressamente comina essa qualificação. (...). Mas não são apenas os bens de uso comum do povo que possibilitam o uso comum. Os bens de uso especial também admitem quando a utilização é processada em conformidade com os fins normais a que se destinam. Por exemplo: as repartições públicas, o edifício de Justiça, os prédios de autarquias e fundações governamentais sujeitam-se, como regra, ao uso comum, porque as pessoas podem ingressar livremente nesses locais, sem necessidade de qualquer autorização especial. (...). O uso comum, entretanto, deve ser gratuito, de modo a não causar qualquer ônus aos que utilizem o bem.

Uso especial é a forma de utilização de bens públicos em que o indivíduo se sujeita a regras específicas e consentimento estatal, ou se submete à incidência da obrigação de pagar pelo uso. O sentido do uso especial é rigorosamente o inverso do significado do uso comum. (...). Alinhemos, então, os aspectos que marcam o uso especial dos bens públicos: a) a exclusividade do uso aos que pagam a remuneração ou aos que recebem consentimento estatal para o uso; b) a onerosidade, nos casos de uso especial remunerado; c) a privatividade, nos casos de uso especial privativo; e d) inexistência de compatibilidade estrita, em certos casos, entre o uso e o fim a que se destina.

Ainda a respeito do uso especial de bens públicos, têm sido suscitadas, vez ou outra, questões a respeito do denominado *uso compartilhado* – inclusive no que respeita a remuneração do usuário –, assim considerado aquele em que pessoas

públicas ou privadas, prestadoras de serviços públicos, precisam utilizar-se de espaços integrantes de áreas da propriedade de pessoas diversas. É o caso, por exemplo, do uso de certas áreas para instalação de serviços de energia. De comunicação e de gás canalizado por meio de dutos normalmente implantados no subsolo.

O uso privativo, ou *uso especial privativo*, é o direito de utilização de bens públicos conferido pela Administração a pessoas determinadas, mediante instrumento jurídico específico para tal fim. A outorga pode ser transmitida a pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, sabido que inexistente qualquer impeditivo quanto ao usuário do bem. Por outro lado, dada a natureza do uso, é significativamente variável o conteúdo da outorga, e isso porque variáveis são também as situações que a ensejam.⁴⁸ (itálico no original).

Assim, o **uso especial privativo** ocorre quando a utilização de um bem público é outorgada mediante instrumento específico por tempo certo a determinada pessoa. José dos Santos Carvalho Filho⁴⁹ pontifica as seguintes características do uso especial privativo:

a) **Privatividade**: significa que aquele que recebeu o consentimento estatal tem o direito a usar sozinho o bem, afastando os possíveis interessados. Se o uso é privativo, não admite a concorrência de outras pessoas;

b) **Instrumentalidade formal**: o uso privativo não existe senão através de título jurídico formal, através do qual a Administração exprima seu consentimento. É nesse título que estarão fixadas as condições de uso, condições essas que o administrado deve se submeter estritamente;

c) **Precariedade**: significa admitir a posição de prevalência da Administração, de modo que, sobrevindo interesse público, possa ser revogado o instrumento jurídico que legitimou o uso;

d) **Regime de Direito Público**: a Administração possui em seu favor alguns princípios administrativos que levam em consideração o interesse público.

47 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 1164.

48 CARVALHO FILHO, 2013, p. 1164-1167, 1171.

49 CARVALHO FILHO, 2013, p. 1171-1172.

A outorga de uso privativo, portanto, depende essencialmente de dois requisitos: tratar-se de bem de natureza pública e instrumento formal. Explica-se.

Tratando-se da outorga de bem de natureza pública, é imprescindível a celebração de um instrumento formal, por meio do qual se fixará as condições inarredáveis à regularidade da transação.

Com efeito, os principais instrumentos formais de outorga de uso privativo de bens públicos são a **autorização de uso**, a **permissão de uso**, a **concessão de uso** e a **concessão de direito real de uso**. A respeito da autorização, permissão e concessão de uso, este Centro de Apoio Operacional expediu as Notas Jurídicas 07/2017 e 14/2018, apresentando estudo verticalizado sobre esses institutos e temas correlatos. A propósito, extrai-se da Nota Jurídica 07/2017⁵⁰:

Certo é que, como se trata de categoria de bem público, o regime jurídico desse uso é diferenciado daquele existente para o direito privado, impondo-se, assim, a observância de alguns pressupostos.

Acerca do tema, Odete Medauar⁵¹ ensina:

(...) As seguintes notas sobressaem no regime jurídico da utilização por particulares:

a) Compatibilidade com o interesse público – o uso privativo pelo particular não pode contrariar o interesse público, pois, se assim fosse, não poderia ocorrer. Daí caber razão a Chapus (op. cit., p. 387) quando discorda do qualificativo ‘anormal’, atribuído por muitos a tais usos: anormal é o uso incompatível com o interesse público ou que obstaculiza o uso afetado;

b) Consentimento da administração – o uso privativo do bem por particular depende de consentimento da Administração, que é o título legal para esse uso. Há figuras jurídicas que veiculam esse consentimento e a legislação a respeito há de ser cumprida pela Administração e particulares. A ausência de consentimento possibilita medidas da Administração visando a reaver o bem (ou medidas intentadas pelo Tribunal de Contas ou por particulares, contra a omissão da Administração);

c) Observância de condições fixadas pela Administração – a Administração pode fixar preceitos relativos ao uso pelo particular e este deverá observar tais regras, sob pena de cessação do uso;

d) Pagamento de preço – o uso privativo de bem público admite a cobrança de preço por parte da Administração a que se vincula o bem, havendo também usos gratuitos;

e) Precariedade – É a regra para o uso privativo. Por motivo de atendimento ao interesse público, a Administração pode cessar unilateralmente o uso privativo, mesmo dotado de prazo determinado, mesmo formalizado mediante contrato; havendo prazo, a cessação do uso privativo, somente por motivo de interesse público, enseja indenização a favor do particular. (...).

Já as formas administrativas para o uso especial de bem público por particulares variam desde a simples e unilateral autorização e permissão de uso até os formais contratos de concessão de uso.

Como bem conceitua Carvalho Filho,

Autorização de uso é o ato administrativo pelo qual o Poder Público consente que determinado indivíduo utilize bem público de modo privativo, atendendo primordialmente a seu próprio interesse. (...) Como o ato é discricionário e precário, ficam resguardados os interesses administrativos. Sendo assim, o consentimento dado pela autorização de uso não depende de lei nem exige licitação prévia. Exemplos: uso de terrenos baldios, de área para estacionamento, retirada de água, entre outros.

Permissão de uso é o ato administrativo pelo qual a Administração consente que certa pessoa utilize privativamente o bem público, atendendo ao mesmo tempo aos interesses público e privado. (...). Na autorização de uso, o interesse que predomina é o privado.

Concessão de uso é o contrato administrativo pelo qual o Poder Público confere a pessoa determinada uso privativo de bem público, independentemente do maior ou menor interesse público da pessoa concedente.

Como se vê, é plenamente possível o uso de bem público por particulares, havendo instrumentos legais que viabilizam a sua utilização. Mais amiúde, a concessão de uso de bem imóvel público foi ainda

50 Confira <https://intranet.mpmg.mp.br/intranetmpmg/atividade-fim/defesa-do-cidadao/patrimonio-publico/notas-juridicas/>

51 MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 287-288.

abordada na Nota nº 14/2018⁵², também expedida por este Centro de Apoio Operacional, restando aclarado que:

(...) em relação à cessão de uso, pode-se concluir que:

I – a cessão de uso decorre do interesse da administração em concretizar, mediante outorga da utilização privativa de imóvel seu, auxílio ou colaboração que entenda prestar (juízo de conveniência);

II – o instrumento da cessão de uso é aplicável para o uso por entidades da Administração Pública Indireta, conforme previsão legal conferida ao artigo 79, § 3º, do Decreto-Lei nº 9.760/46 e regulamentação dos artigos 11 a 13 do Decreto nº 3.725/2001;

III – limitava-se ao uso colaborativo interno na Administração Pública, porém, foi permitido o uso a particulares, quando presente interesse coletivo, nos termos da lei;

IV – poderá ser gratuita, mas deverá dar-se em caráter oneroso sempre que destinada à execução e empreendimento de fim lucrativo; e

V – tem caráter contratual e prazo determinado, devendo observar procedimento licitatório, sempre que houver condições de competitividade.

No caso específico dos autos deste procedimento, no entanto, o instrumento de outorga de uso privativo eleito foi a **concessão de direito real de uso**, instituto sobre o qual passa-se a tecer breves, mas importantes, considerações.

A concessão de direito real de uso é um dos instrumentos para desenvolvimento da política urbana e se materializa com a transferência de direitos reais afetos à propriedade. Trata-se, assim, de contrato administrativo por meio do qual Poder Público concede o uso de terreno público ou privado, por tempo certo ou indeterminado, a título oneroso ou gratuito, com o atendimento das finalidades de interesse social qualificadas pela lei.

Seu tratamento normativo está previsto no Decreto-Lei nº 271, de 28 de junho de 1967:

Art. 7º É instituída a **concessão de uso de terrenos públicos** ou particulares remunerada ou gratuita, por tempo certo ou indeterminado, como direito real resolúvel, **para fins específicos de regularização fundiária de interesse social, urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, aproveitamento sustentável das várzeas, preservação das comunidades tradicionais e seus meios de subsistência ou outras modalidades de interesse social em áreas urbanas.** (Redação dada pela Lei nº 11.481, de 2007)

§ 1º A concessão de uso poderá ser contratada, por instrumento público ou particular, ou por simples termo [sic] administrativo, e será inscrita e cancelada em livro especial.

§ 2º Desde a inscrição da concessão de uso, o concessionário fruirá plenamente do terreno para os fins estabelecidos no contrato e responderá por todos os encargos civis, administrativos e tributários que venham a incidir sobre [sic] o imóvel e suas rendas.

§ 3º Resolve-se a concessão antes de seu termo [sic], desde que o concessionário dê ao imóvel destinação diversa da estabelecida no contrato ou termo [sic], ou descumpra cláusula resolutória do ajuste, perdendo, neste caso, as benfeitorias de qualquer natureza.

§ 4º A concessão de uso, salvo disposição contratual em contrário, transfere-se por ato *inter vivos*, ou por sucessão legítima ou testamentária, como os demais direitos reais sobre [sic] coisas alheias, registrando-se a transferência.

§ 5º Para efeito de aplicação do disposto no caput deste artigo, deverá ser observada a anuência prévia: (Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007)

I – do Ministério da Defesa e dos Comandos da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica, quando se tratar de imóveis que estejam sob sua administração; e (Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007)

II – do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência de República, observados os termos do inciso III do § 1º do art. 91 da Constituição Federal. (Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007). (Negritamos).

52 Confira <https://intranet.mpmg.mp.br/intranetmpmg/atividade-fim/defesa-do-cidadao/patrimonio-publico/notas-juridicas/>

De acordo com a doutrina do eminente professor Hely Lopes Meirelles, a concessão de direito real de uso “é o contrato pelo qual a Administração transfere o uso remunerado ou gratuito de terreno público a particular, como direito real resolúvel, para que dele se utilize em fins específicos de (...) interesse social em áreas urbanas”⁵³.

Como se percebe, o instituto tem objetivos eminentemente sociais. Por isso, é dotado de tipicidade, com condições e hipóteses de aplicação normatizadas em leis de caráter geral (além do Decreto-Lei 271/1967, vide, e.g., art. 1.225, XII do Código Civil⁵⁴, art. 167, I, 40 da Lei 6.015/1973⁵⁵, art. 4º da Lei 10.257/2001⁵⁶ e art. 23, § 3º da Lei 8.666/1993⁵⁷), que devem ser estritamente interpretadas. Extrai-se da doutrina que o instituto se assemelha, em certos pontos, à concessão de uso, mas com ele não se confunde. Assim, merece destaque a seguinte conformação jurídica da concessão de direito real de uso de bem público:

a) **Constituição:** de modo geral, há consenso quanto à obrigatoriedade de autorização legal e licitação prévia, desde que não esteja configurada quaisquer hipóteses de dispensa (art. 24 da Lei nº. 8.666/1993). O instrumento de formalização desse ajuste pode ser tanto uma escritura pública como “termo administrativo”, devendo o direito real ser inscrito no Registro de Imóveis competente;

53 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 649.

54 Código Civil: Art. 1.225. São direitos reais: (...) XII – a concessão de direito real de uso.

55 Lei de Registros Públicos: Art. 167 – No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos. I – o registro: (...) do contrato de concessão de direito real de uso de imóvel público.

56 Estatuto da Cidade: Art. 4º Para os fins desta Lei, serão utilizados, entre outros instrumentos: (...) V – institutos jurídicos e políticos: (...) g) concessão de direito real de uso.

57 Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação: (...). § 3º A concorrência é a modalidade de licitação cabível, qualquer que seja o valor de seu objeto, tanto na compra ou alienação de bens imóveis, ressalvado o disposto no art. 19, como nas concessões de direito real de uso e nas licitações internacionais, admitindo-se neste último caso, observados os limites deste artigo, a tomada de preços, quando o órgão ou entidade dispuser de cadastro internacional de fornecedores ou o convite, quando não houver fornecedor do bem ou serviço no País. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

b) **Natureza jurídica:** trata-se de direito real sobre coisa alheia, afastando-se, nesse aspecto, da concessão de uso. Embora inexista alienação do domínio em ambas, é certo que na concessão de uso pura há constituição de relação jurídica de caráter pessoal, ao passo que na modalidade em comento é outorgado a concessão de poderes jurídicos do proprietário em favor do concessionário, que viabilizará a “fruição qualificada pelo interesse social” do bem público por meio da transferência da posse direta;

c) **Objeto:** somente versa sobre terrenos ou o espaço aéreo que se ergue sobre essa superfície. José dos Santos Carvalho Filho evidencia ainda que a concessão de direito real de uso, se incidir sobre terrenos públicos, deve contemplar aqueles em que não existam benfeitorias⁵⁸;

e) **Prazo:** pode ser outorgada por prazo determinado ou não. É válido apontar, no entanto, que o prazo indeterminado não pode ser confundido com perpetuidade, uma vez que o direito detém caráter resolúvel (art. 7º, caput, Decreto-Lei nº 271/1967), pelo que é passível de ser extinto por força de uma condição (causa superveniente accidental, futura e incerta).

A propósito, nessa mesma linha de inteligência, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, citando Eurico Azevedo, tece as seguintes considerações:

Eurico Azevedo aponta as distinções entre a concessão de uso e a concessão de direito real de uso, dizendo que a primeira é contrato administrativo pelo qual o Poder Público cede ao particular a utilização de um bem do seu domínio para que ele se sirva de acordo com o fim a que está destinado e no interesse público; pode ter por objeto qualquer tipo de bem público. A concessão de direito real só pode ter por objeto os terrenos não edificados, tem a natureza de direito real sobre coisa alheia e se transfere por ato *inter vivos* ou por sucessão legítima ou testamentária. Seu objetivo é o de transpassar para terceiros o uso do terreno, para qualquer fim de interesse social, conservando o concedente a propriedade do solo.⁵⁹

58 Nesse sentido, vide CARVALHO FILHO, 2013, p. 1180.

59 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Uso privativo de bem público por particular**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 201.

O quadro síntese abaixo demonstra algumas dessas diferenças:

Concessão de Uso	Concessão de Direito Real de Uso
Contrato Administrativo	C o n t r a t o Administrativo
Licitação Prévia (não necessariamente concorrência ¹)	Licitação Prévia (<u>necessariamente concorrência</u> – Art. 23, § 3º, Lei n.º 8.666/1993)
Concessão de qualquer tipo de bem público.	Concessão de um <u>terreno</u> ou <u>espaço aéreo</u> correspondente a um particular, conforme <u>finalidades específicas</u> estatuídas pelo Decreto-Lei n.º 271/67 (com a redação que lhe foi dada pela Lei n.º 11.481/2007).
Direito de caráter pessoal	<u>Direito de caráter real</u>
Prazo determinado	Prazo determinado ou indeterminado

Assim, a partir desse norte axiológico, depreende-se que a concessão de direito real de uso revela-se como instrumento jurídico adequado à formalização do uso privativo de bem público diante da verificação de, no mínimo, dois elementos: o objeto é um bem imóvel ou a superfície aérea correspondente e que o uso esteja jungido às finalidades de interesse social e regulamentada pelo Decreto-Lei n.º 271/1967.

O caso *sub examine* apresenta peculiaridades não avistadas anteriormente, pois versa sobre concessão de direito real de uso – instituto que, como visto, distancia-se da autorização, permissão e concessão de uso pura. Portanto, a análise da regularidade das concessões dos espaços no Aeroporto Municipal de Patos de Minas exige, necessariamente, a superação das seguintes indagações:

1) tratam-se de concessões onerosas?

2) a elevação do prazo de vigência das concessões (de 10 para 30 anos), efetivada com a edição da Lei Municipal n.º 3.852, teria incidência sobre a vigência das concessões cujos contratos administrativos foram firmados anteriormente?

Passemos, então, à análise individualizada de cada uma dessas questões.

2.1 – Das concessões onerosas e do interesse social.

É necessário partir da premissa inicial de que os bens públicos, como regra, destinam-se prioritariamente a subsidiar as atividades executadas pelo Estado, como instrumentos de gestão pública. Bem por isso, os bens públicos são regidos por um regime jurídico especial e, modo geral, são dotados de inalienabilidade, impenhorabilidade, imprescritibilidade e não onerabilidade.

Tal premissa, porém, não tem o condão de impedir que o bem público seja usufruído por outras pessoas que não o Estado. Com efeito, os bens públicos podem ser desfrutados, abertamente, pela coletividade, ou, a depender do juízo de conveniência e oportunidade, é possível que sejam usufruídos privativamente por um particular.

Como bem afirma Vladimir da Rocha França:

As concessões de direito real de uso podem ser empregadas de **modo vinculado** a um projeto governamental de urbanização e progresso econômico de uma determinada região. Por meio desses contratos, o Poder Público procura atrair investimentos da iniciativa privada em troca da outorga de benefícios estatais, mediante a criação, por exemplo, de uma área destinada à exploração de hotelaria, turismo e lazer⁶⁰. (Destaque nosso).

60 FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Temas diversos sobre a concessão de direito real de uso celebrada por sociedade de economia mista**. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/92844/Fran%C3%A7a%20Vladimir.pdf?sequence=1>. Acesso em 26 de abril de 2019.

1 Acórdão-TCU 2.844/2010 – Plenário: (...) Importa notar que a jurisprudência do Tribunal recomenda a utilização de pregão para a concessão remunerada de uso de bens públicos. O tema foi exaustivamente discutido na apreciação de representação acerca de possível irregularidade no uso dessa modalidade para concessão áreas comerciais em aeroportos (TC 011.355/2010-7) (negrito nosso).

Ora, se desassociadas do interesse social, as concessões de direito real de uso serão ilegais, por violação ao art. 7º, caput, do Decreto-Lei nº. 271/67. Há de se lembrar, nesse contexto, que o interesse social, segundo as lições de Odete Medauar, é mais amplo que o conceito de interesse público:

No tratamento terminológico também se compara interesse público com interesse social, de regra para associar o primeiro à Administração ou ao Estado e o segundo, à sociedade; nesta concepção o interesse social seria mais abrangente que o interesse público e expressaria uma distância da atuação estatal quanto às aspirações da sociedade. No direito administrativo brasileiro a expressão “interesse social” é mencionada, ainda, como um dos fundamentos da desapropriação: aí significa justa distribuição da propriedade ou seu melhor aproveitamento, configurando, portanto, especificação do interesse público que justifica o exercício do poder expropriatório.⁶¹

Com efeito, a logicidade hermenêutica do conceito de interesse social repousa no fato de que a matriz democrática do Estado brasileiro tem por objetivo alcançar o bem comum da sociedade, no sentido de “criar um conjunto de condições incluindo a ordem jurídica e garantia de possibilidades que consintam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana”⁶². Por outro lado, “quando uma sociedade está organizada de tal modo que só promove o bem de uma parte de seus integrantes, é sinal de que ela está mal organizada e afastada dos objetivos que justificam sua existência”⁶³. Assim, se há violação do interesse social, exige-se a intervenção do Ministério Público, ao qual incumbe precipuamente sua tutela, ex vi do art. 127, “caput”, da CR/88.

Dentre os mecanismos mais importantes e aptos a outorgar a utilização privativa de bens públicos a particulares estão as concessões de uso e as concessões de direito real de uso. Embora os institutos sejam próximos, não se confundem, como já delineado. Neste tópico, todavia, convém

analisar um dos pontos de convergência entre concessão de uso e concessão de direito real de uso: a vantajosidade nos contratos de concessão.

Será a concessão remunerada (ou onerosa) se o concessionário estiver obrigado a pagar ao concedente, periodicamente ou não, uma contraprestação pelo direito outorgado, ou se a Administração estipular ao concessionário a obrigação de realizar investimentos de determinada ordem ou ainda impor obrigação outra. Nesse ínterim, o contrato de concessão, seja de uso, seja de direito real de uso, pode ser considerado oneroso ainda que não haja previsão expressa de pagamento em pecúnia pelo concessionário ao Poder Público.

De outra sorte, a concessão de direito real de uso pode ser gratuita, de modo a ser empregada como um instrumento jurídico de defesa do patrimônio público, conforme defende a doutrina:

A concessão de direito real de uso salvaguarda o patrimônio da Administração e evita a alienação de bens públicos, autorizada às vezes sem qualquer vantagem para ela. Além do mais, o concessionário não fica livre para dar ao uso a destinação que lhe convier, mas, ao contrário, será obrigado a destiná-lo ao fim estabelecido em lei, o que mantém resguardado o interesse público que originou a concessão real de uso.⁶⁴

Atente-se, porém, de que é possível que na prática a concessão não observe as condicionantes legais ou nem mesmo se revista de formalidades essenciais a sua regularidade. Nesse caso, a toda evidência, o uso privativo de bem público não será legítimo e o uso não se prestará a salvaguardar o patrimônio público.

No caso em apreço, verifica-se dos autos que, em 24 de junho de 1994, foi editada a Lei Municipal nº 3.735, autorizando a concessão de direito real de espaços do Aeroporto Municipal a pessoas físicas ou jurídicas, para construção de hangares, mediante prévio processo de licitação pública. Após a edição dessa lei, foi deflagrado processo licitatório (concorrência nº 006/94) por meio do qual foram outorgadas as concessões de seis lotes localizados no Aeroporto Municipal, para a construção de hangares e uso pelo prazo de 10 (dez) anos. Os seis contratos de concessão de direito real de uso foram

61 MEDAUAR, 2014, p. 160.

62 DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de teoria geral do Estado. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 35.

63 Idem.

64 CARVALHO FILHO, 2013, p. 1181.

celebrados em 11 de outubro de 1994, quando ainda era vigente a redação original do artigo 7º do Decreto-Lei nº. 271/1967: “é instituída a concessão de uso de terrenos públicos ou particulares, remunerada ou gratuita, por tempo certo ou indeterminado, como direito real resolúvel, para fins específicos de urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, ou outra utilização de interesse [sic] social.

É pertinente gizar que “os contratos onerosos são aqueles no qual as partes transferem certos direitos, serviços ou vantagens uma à outra, mediante determinada **compensação**”⁶⁵. *In casu*, a vantajosidade (ou onerosidade) nas concessões de direito real de uso pode ser verificada na construção dos hangares, como obrigação de fazer intrínseca a esses contratos, que representam forma de compensação, ao município, pelo uso dos terrenos públicos.

Em suma, permite-se concluir que o caso em apreço envolve concessões de direito real de uso, de natureza onerosa, tendo como propósito a edificação de hangares que, uma vez extinta a relação, seriam incorporados ao patrimônio do município, não se vislumbrando, portanto, neste aspecto, violação à legislação aplicável à matéria.

2.2 – Concessão e sucessão de leis no tempo: (in)aplicabilidade.

Incumbe verificar, neste tópico, se a elevação do prazo de vigência das concessões (de 10 para 30 anos), efetivada com a edição da Lei Municipal nº 3.852, teria incidência sobre a vigência das concessões cujos contratos administrativos foram firmados anteriormente à sua vigência.

Como sabido, o artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição da República de 1988, alberga a garantia de segurança na estabilidade das relações jurídicas, na qual está inserido o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Esse dispositivo consagra o “Princípio da Irretroatividade”, direito fundamental que vincula o legislador infraconstitucional.

65 WALD, Arnaldo. Direito Civil: Direito das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos. 19. ed. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 255.

A Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Decreto-Lei nº 4.657/1942), conquanto assumia viés mais prático, também determina que: “a lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitadas o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada” (art. 6º, caput).

O diploma 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 prefixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem (art. 6º, § 2º); e, por fim, a **coisa julgada** ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso (art. 6º, § 3º).

A compreensão desses institutos trabalha, ainda que por vias oblíquas, com proposições afetas ao direito intertemporal, mormente no que diz respeito a sucessão de leis no tempo. Isso porque, muito embora a lei normalmente projete suas disposições para o futuro, não alcançando os atos anteriores e seus respectivos efeitos (máxima “tempus regit actum”), é possível excepcionalmente uma lei nova retroagir para alcançar atos anteriores ou os seus efeitos. Essa retroatividade excepcional varia de intensidade ou grau, podendo ser máxima, média e mínima. De acordo com Carlos Roberto Gonçalves:

Irretroativa é a lei que não se aplica às situações constituídas anteriormente. É um princípio que objetiva assegurar a certeza, a segurança e a estabilidade do ordenamento jurídico-positivo, preservando as situações consolidadas em que o interesse individual prevalece. **Entretanto, não se tem dado a ele caráter absoluto, pois razões de política legislativa podem recomendar que, em determinada situação, a lei seja retroativa, atingindo os efeitos dos atos jurídicos praticados sob o império da norma revogada**⁶⁶. 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

66 GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil brasileiro: parte geral. 14. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 84-85.

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 a palavra “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. (itálico no original; negrito nosso).

Desse modo, a retroatividade máxima ou restitutória se opera quando a nova lei retroage para atingir os atos ou fatos que já se consumaram no passado e cujos efeitos também se extinguiram no passado. A retroatividade média, a seu turno, se apresenta menos intensa do que a retroatividade máxima e ocorre quando a novel lei, sem alcançar os atos anteriores, atinge os efeitos pendentes verificados antes da data em que entra em vigor. Por fim, a retroatividade mínima, temperada ou mitigada se verifica quando a lei nova incide apenas sobre os efeitos dos atos anteriores produzidos após sua data em que entra em vigor.

Por conseguinte, a retroatividade legal representa, em epítome, uma exceção às indispensáveis previsibilidade e estabilidade das relações jurídicas. Por isso, somente pode ser admitida quando “(i) houver expressa previsão na lei, determinando sua aplicação a casos pretéritos (ou seja, no silêncio da lei, prevalece a irretroatividade),

e (ii) desde que essa retroatividade não ofenda o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada”⁶⁷. É o que ocorre, s.m.j., no caso dos autos. Dispõe Lei Municipal nº 3.852, de 06 de março de 1995:

Art. 1º. O “caput” do artigo 3º da Lei 3.735, de 24/06/1994, passa a vigorar com a seguinte redação: “Art. 3º. A concessão será outorgada pelo prazo máximo de 30 (trinta) anos, findo o qual as benfeitorias edificadas se integrarão ao patrimônio do Município, sem ônus para este”.

Art. 2º. O prazo ora estabelecido se estende aos contratos já firmados entre a Prefeitura Municipal de Patos de Minas e os participantes da licitação que teve por objetivo a concessão de uso de terrenos situados no Aeroporto Municipal “Pedro Pereira dos Santos” de Patos de Minas, para a construção de hangares.

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

Art. 4º. Revogam-se as disposições em contrário. (Negritamos).

Não obstante a singela atecnia, depreende-se que o desígnio da norma foi de alcançar também os contratos de concessão de direito real de uso celebrados em razão da Concorrência nº. 006/1994. É inconteste que o dispositivo alcança atos jurídicos perfeitos configurando, portanto, retroatividade máxima e injusta. Senão, vejamos.

Ato jurídico perfeito pode ser compreendido como aquele já constituído e acabado segundo a lei vigente ao tempo em que se celebrou, apto para o advento de seus respectivos efeitos. Os contratos de concessão de direito real de uso 001/94, 002/94, 003/94, 004/94, 005/94 e 006/94, celebrados sob a égide da Lei Municipal nº. 3.735/1994, encaixam-se ao conceito de “ato jurídico perfeito”. Assim, a Lei Municipal nº. 3.852/1995, por atingir negócios jurídicos perfeitos, estatui modalidade de retroatividade máxima.

Ademais, percebe-se que a lei retrocitada pretendeu estender-se aos contratos de concessão de direito real de uso com a finalidade de reger

67 FARIAS, Cristiano Chaves. ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB. 13. ed. v. 1. São Paulo: Atlas, 2015. p. 107.

não só seus efeitos, mas modificando cláusulas e disposições do edital da concorrência que os originou.

Ora, sabe-se também que pelo Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório Administração (arts. 3º, 41 e 55, inc. XI, da Lei nº. 8.666/1993⁶⁸) a Administração Pública está estritamente vinculada ao edital da licitação, de modo que, é vedado ao administrador afastar-se das regras trazidas pelo edital, pois “o instrumento convocatório é a lei da licitação que anuncia, daí a exigência de sua observância durante todo o processo”⁶⁹.

A vinculação ao instrumento convocatório, nesse sentido, traduz uma importante garantia para a sociedade ao assegurar a inexistência de favorecimentos ou distorções nas contratações promovidas pela Administração Pública, em fidedigna homenagem ao interesse público. No entanto, no caso em apreço, com o advento da Lei nº. 3.852/1995, especificamente seu art. 2º, pretendeu-se alterar as condições preestabelecidas no edital e no respectivo contrato administrativo. À vista disso, a retroatividade por ela imposta é injusta.

Como se sabe, “o direito quer que o ato jurídico perfeito seja respeitado pelo legislador e pelo intérprete na aplicação da lei, precisamente porque o ato jurídico é gerador, modificador ou extintivo de direitos”⁷⁰. A salvaguarda constitucional, tendo em vista a proteção da segurança do direito, respeita nesse caso o plano da eficácia dos atos jurídicos.

68 Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. | Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada. | Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam: (...) XI – a vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexistiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor. (Negritamos).

69 MEDAUAR, 2014, p. 210.

70 BEVILÁQUA apud NERY FERRARI, Regina Maria Macedo. O Ato Jurídico Perfeito e a Segurança Jurídica no Controle da Constitucionalidade. Disponível em: <https://recyt.fecyt.es/index.php/AIJC/article/viewFile/44788/26324>. Acesso em 26 de abril de 2019.

Quaisquer alterações legislativas que visem sua alteração são, por isso, injustas, de modo a não ser compatíveis com a realidade jurídico-constitucional vigente no país. Depreende-se da doutrina que todas as hipóteses de retroatividade injusta devem ser repudiadas:

Destarte, a elevação do prazo de vigência das concessões (de 10 para 30 anos), efetivada com a edição da Lei Municipal nº 3.852, não pode ter incidência sobre a vigência das concessões cujos contratos administrativos foram firmados anteriormente à sua vigência, mormente aquelas decorrentes de procedimento licitatório, cujo prazo fixado para vigência da concessão de direito real de uso era de 10 anos.

3) CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, sem caráter vinculante e respeitada a independência funcional do Promotor Natural, conclui este centro de apoio operacional:

a) a ampliação do prazo de vigência de 10 para 30 anos das concessões de direito real de uso decorrentes da Concorrência nº. 006, promovida pelo município de Patos de Minas no ano de 1994, de acordo com as cópias remetidas e que instruem o presente Procedimento de Apoio, mostram-se irregulares, tendo em vista a impossibilidade de aplicação retroativa do art. 2º da Lei Municipal nº. 3.852/1995, como já exposto.

b) embora se verifique traços de irregularidades nas ditas concessão de direito real de uso celebradas entre o município de Patos de Minas e particulares, mais especificamente no que pertine à extrapolação do prazo de 10 anos de vigência, é certo que, diante das alterações promovidas pela Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018, no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro), mormente ao disciplinar que ao “decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa” “deve-se indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas” (art. 20), incumbe registrar que, em razão dos potenciais efeitos práticos da anulação, é necessário que se estabeleça modulação razoável, conforme se trata a seguir.

Smj, não se pode ignorar que: (i) houve a edição de uma lei municipal (nº 3.852/95), em cujo texto foi previsto expressamente dispositivo ampliando (irregularmente, é claro) o prazo de vigência dos contratos administrativos já firmados a partir de um processo de licitação (concorrência); (ii) a administração pública municipal firmou aditivos ampliando o prazo de vigência dos contratos para 30 anos, como previsto (irregularmente, repita-se) em lei municipal (art. 2º, Lei nº 3.852/95); e, (iii) o imenso lapso temporal já transcorrido (mais de 20 anos).

Portanto, considerando o tratamento dado a celeuma até o momento, parece crível que a melhor solução seja a anulação dos contratos e aditivos ainda vigentes e firmados a partir do procedimento licitatório Concorrência nº 06/94, com efeito ex nunc, reconhecendo-se, inclusive, a integração ao patrimônio do município das benfeitorias edificadas, sem qualquer ônus para este, como, aliás, apontado expressamente nos contratos administrativos originais e no texto da Lei Municipal nº 3.735/94.

São essas, pois, as considerações deste Centro de Apoio Operacional.

Remeta-se cópia da presente nota técnica a Douta Promotora de Justiça consulente, via e-mail.

Registre-se e archive-se.

Belo Horizonte, 17 de maio de 2019.

JOSÉ CARLOS FERNANDES JUNIOR

Promotor de Justiça

Coordenador do CAO – Patrimônio Público

Nota Técnica nº 11/2019

PAAF nº 0024.19.003744-0

Requerente: Dra. Danielle Vignoli Guzella Leite
– Promotora de Justiça da Comarca de Juiz de Fora

Ementa: Fomento ao Esporte de Alto Rendimento. Clube de Futebol Profissional. Possibilidade. Art.217 da CR/88. Subvenção e patrocínio. Observância dos Princípios da Administração Pública

1) RELATÓRIO

O presente Procedimento de Apoio à Atividade Fim foi instaurado em decorrência de consulta realizada pela Promotora de Justiça da Comarca de Juiz de Fora, Dra. Danielle Vignoli Guzella Leite. A questão se relaciona à possibilidade de transferência de recursos financeiros, pelos Municípios, a times de futebol a título de subvenção ao esporte.

A consulente se reporta ao Ofício n.º 1702/2007, datado de 18 de julho de 2007, por meio do qual este Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Justiça de Defesa do Patrimônio Público destaca que “as atividades de um time de futebol profissional, num primeiro momento, não se adequam aos fins a que se destinam as subvenções sociais (assistência social, educação e saúde)”; sugerindo, então, a instauração de inquérito civil para se averiguar a motivação dos repasses então efetuados ao time de futebol Tupi de Juiz de Fora.

Considerando que a concessão da dita “subvenção” perdura até os dias atuais, inclusive com lei municipal recentemente editada, questiona a titular da 22ª Promotoria de Justiça da Comarca de Juiz de Fora acerca da posição do CAOPP quanto à possibilidade de sua concessão.

É o breve relatório.

2) Fundamentação

Em seu Manual de Direito Administrativo, Alexandre Mazza ensina que compõem as tarefas precípuas 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, tratam-se de incentivos a setores sociais específicos, que se condicionam à utilidade pública e propiciam o desenvolvimento da ordem social e econômica.⁷¹

Maria Sylvania Zanella DiPietro, por sua vez, citando Fernando Andrade de Oliveira, elenca, entre os exemplos das possíveis manifestações de fomento, os auxílios financeiros ou subvenções, por conta dos orçamentos públicos, e as desapropriações que favoreçam entidades privadas sem fins lucrativos, que realizem atividades úteis à coletividade, como clubes desportivos e as instituições beneficentes.⁷² Com efeito, fomento é qualquer ação de promoção a ações que, embora não desempenhadas pelo Estado, são legalmente reconhecidas em razão de sua utilidade pública⁷³

As subvenções sociais estão disciplinadas no art. 16 da Lei 4.320/64, que estatui normas gerais de Direito Financeiro, vejamos:

Art. 16. Fundamentalmente e nos limites das possibilidades financeiras, a concessão de subvenções sociais visará a prestação de serviços

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

72 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Direito Administrativo. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2011. Pág. 56.

73 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 Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. Pág. 514.

essenciais de assistência social, médica e educacional, sempre que a suplementação de recursos de origem privada aplicados a esses objetivos revelar-se mais econômica.

A respeito de tal dispositivo legal, Afonso Gomes Aguiar⁷⁴ afirma:

Trata, o dispositivo, da ajuda financeira que os Poderes Públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios devam prestar às entidades públicas ou privadas que se ocupam das prestações desses serviços sem visar lucro. Estabelece o artigo que quando a Administração Pública observar ser mais econômico, ao erário, suplementar os recursos privados dessas entidades, que prestam à coletividade as assistências de natureza social, médica e educacional, sem finalidade lucrativa, deve, ela, colaborar financeiramente com essas entidades, mediante repasses de recursos financeiros denominados de subvenções sociais, classificadas como despesas correntes, na subcategoria econômica transferências correntes. Diz, entretanto, que essa colaboração financeira deve ser concedida parcimoniosamente, isto é, feita dentro dos limites da capacidade financeira do ente federativo promotor da colaboração.

Como se percebe, a subvenção se justifica quando a transferência de recursos a instituições que realizem o papel do Estado suplementarmente se mostra mais interessante do ponto de vista econômico do que o próprio Estado prestar diretamente os serviços subvencionados. É o Estado fomentando atividades de interesse público atendendo ao princípio da economicidade.

Há que se observar que só podem ser concedidas subvenções dentro dos limites da capacidade financeira do ente federado, não se admitindo quando consuma parcela do orçamento público que deveria ser aplicado nas necessidades básicas do município. E como quaisquer outras despesas ou transferências de recursos, deve estar prevista em lei, preferencialmente na lei orçamentária anual.

74 AGUIAR, Afonso Gomes. *Direito Financeiro: a Lei n.º 4320 – comentada ao alcance de todos*. 3ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

A Lei n.º 4.320/64 classifica como transferências correntes as dotações destinadas a entidades de direito público ou privado a título de contribuições e subvenções⁷⁵:

Art. 12. A Despesa será classificada nas seguintes categorias econômicas:

DESPESAS CORRENTES

Despesas de Custeio

Transferências Correntes

DESPESAS DE CAPITAL

Investimentos

Inversões Financeiras

Transferências de Capital

(...)

§ 2º Classificam-se como Transferências Correntes as dotações para despesas às quais não corresponda contraprestação direta em bens ou serviços, inclusive para contribuições e subvenções destinadas a atender à manutenção de outras entidades de direito público ou privado.

§ 3º Consideram-se subvenções, para os efeitos desta lei, as transferências destinadas a cobrir despesas de custeio das entidades beneficiadas, distinguindo-se como:

I – subvenções sociais, as que se destinem a instituições públicas ou privadas de caráter assistencial ou cultural sem finalidade lucrativa;

II – subvenções econômicas, as que se destinem a empresas públicas ou privadas de caráter industrial, comercial, agrícola ou pastoril.

Também comentando o dispositivo legal retrotranscrito, Afonso Gomes Aguiar⁷⁶ leciona que:

Subvenções Sociais são transferências de recursos financeiros realizadas por uma entidade pública ou privada em proveito de outras entidades públicas ou privadas que prestem serviços de natureza social, educacional e médica, sem finalidade lucrativa, de cuja transferência não resulta contraprestação direta em bens ou serviços a favor da entidade transferidora dos recursos.

(...)

Subvenções Econômicas são parcelas de recursos financeiros repassadas às empresas públicas ou privadas, de natureza industrial, comercial, agrícola ou pastoril, destinadas.

Subvenções Sociais são as dotações que cumprem transferir recursos de uma para outra entidade, pública ou privada, que prestem serviços de assistência social, médica e educacional à coletividade, de modo suplementar ao Poder Público, e que têm por finalidade cobrir os gastos com Despesas de Custeio das entidades beneficiadas.

Denota-se, portanto, que, as subvenções sociais prestam-se a fomentar atividades executadas por instituições públicas ou privadas que suplementam as ações do Poder Público no exercício de deveres estabelecidos constitucionalmente.

75 41- Contribuições – utilizado para transferências correntes e de capital aos entes da Federação e a entidades privadas sem fins lucrativos, exceto para os serviços essenciais de assistência social, médica e educacional;

42- Auxílios – utilizado para transferências de capital aos entes da Federação e a entidades sem fins lucrativos;

43 – Subvenções Sociais – utilizado para transferências às entidades privadas sem fins lucrativos para os serviços essenciais de assistência social, médica e educacional;

45- Subvenções Econômicas – utilizado para transferências, exclusivamente, a entidades privadas com fins lucrativos;

81 – Distribuição Constitucional ou Legal de Receitas – utilizado para transferências aos entes da Federação em decorrência de determinação da Constituição ou estabelecida em lei. Manual de Contabilidade Aplicada ao Setor Público. Secretaria do Tesouro Nacional. Ministério da Fazenda. 8ª Edição. Vide http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/695350/CPU_MCASP+8%C2%AA%20ed+-+publica%C3%A7%C3%A3o_com+capa_3vs_Errata1/6bb7de01-39b4-4e79-b909-6b7a8197afc9

76 AGUIAR, Afonso Gomes. Direito Financeiro: a Lei n.º 4320 – comentada ao alcance de todos. 3ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

Dentre as atividades que devem ser fomentadas, o desporto é expressamente previsto pela Constituição da República de 1988, que em seu art. 217 dispõe:

Art. 217. É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um, observados:

I - a autonomia das entidades desportivas dirigentes e associações, quanto a sua organização e funcionamento;

II - a destinação de recursos públicos para a promoção prioritária do desporto educacional e, em casos específicos, para a do desporto de alto rendimento;

III - o tratamento diferenciado para o desporto profissional e o não-profissional;

IV - a proteção e o incentivo às manifestações desportivas de criação nacional.

Como se vê, prevendo o desporto como direito social, nossa Carta Magna trata o seu fomento como dever do Estado. Neste particular, o Manual de Gestão Pública Municipal, editado pela Associação Mineira de Municípios, em seu volume dedicado aos Esportes, contém a seguinte explanação:

A prática esportiva vai muito além da sua finalidade de lazer. O esporte fomenta o desenvolvimento saudável das crianças e adolescentes, reduz a probabilidade de aparecimento de doenças e contribui para a formação física e psíquica dos nossos jovens. É também uma importante ferramenta de inclusão social, incluindo os jovens na sociedade e distanciando-os da marginalidade.

O esporte é uma importante arma social para melhor desenvolvimento da nação, visando aproximar os povos e fazer com que estes exercitem não somente o corpo, mas também a mente, para que possam obter resultados mais expressivos da sua vida, seja ela profissional, estudantil ou dedicada ao lazer.

(...)

É extremamente importante que o gestor público entenda o esporte, acima de tudo, como um instrumento pedagógico capaz de agregar

valor à educação, ao desenvolvimento das individualidades, a formação pessoal para a cidadania e a orientação para a prática social.⁷⁷

Dentro deste contexto, percebe-se a possibilidade do Município conceder subvenções ao esporte.

A Lei Federal n.º 9.615/98, em seu artigo 56, complementando as disposições constitucionais, prevê:

Art. 56. Os recursos necessários ao fomento das práticas desportivas formais e não-formais a que se refere o art. 217 da Constituição Federal serão assegurados em programas de trabalho específicos constantes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além dos provenientes de:

I - fundos desportivos;

II - receitas oriundas de exploração de loteria;

III - doações, patrocínios e legados;

IV - (revogado);

V - incentivos fiscais previstos em lei;

VI - dois por cento da arrecadação bruta dos concursos de prognósticos e loterias federais e similares cuja realização estiver sujeita a autorização federal, deduzindo-se este valor do montante destinado aos prêmios.

VII - outras fontes.

Como se depreende da leitura do dispositivo, a lei nacional prevê que os orçamentos da União, dos Estados e dos Municípios assegurarão recursos para o fomento do esporte, formal e não formal.

A matéria é regulamentada no âmbito do Estado de Minas Gerais pela Lei n.º 15.457/2005, que determina:

77 Associação Mineira de Municípios – AMM. Manual de Orientações sobre Esportes ao Gestor Municipal. ISBN 978-85-93293-05-4. 2017. P. 10 e 11.

Art. 4º Na implementação da política de que trata esta Lei, observada a legislação federal, caberá ao poder público:

(...)

III – quanto ao financiamento do desporto:

a) assegurar recursos orçamentários para programas, projetos e ações desportivos, profissionais ou amadores;

A Lei Municipal n.º 13.842/2019, editada pelo Município de Juiz de Fora, na mesma linha das legislações estadual e federal, em seu artigo 1º, autoriza o Poder Executivo a conceder, mensalmente, contribuição corrente aos Clubes de Futebol de Campo Profissional do Município de Juiz de Fora, no período que estejam disputando os campeonatos das divisões organizados pela Federação Mineira de Futebol e Confederação Brasileira de Futebol.

Sem sombra de dúvidas, o incentivo ao esporte educacional deve ter prioridade em relação ao esporte de rendimento, como, aliás, expressamente previsto no art. 217 da Constituição Federal. No entanto, não se pode ignorar também ser norma programática constitucional o fomento ao desporto de alto rendimento, em casos específicos, através da destinação de recursos públicos.

Aliás, no já citado Manual de Orientações sobre Esportes ao Gestor Municipal, afirma-se que o esporte é uma política pública estruturante, cuja visão de futuro é alçar o Brasil à condição de potência esportiva sustentável. Isso requer a articulação entre duas faces inseparáveis dessa prática social: a democratização do acesso, em especial as crianças e os jovens, e a potencialização do esporte de rendimento.⁷⁸

Assim, o incentivo ao esporte de rendimento é também importante para a realização do fim almejado pela norma contida no art. 217 da Constituição. Acerca desta faceta do direito social ao esporte, é o seguinte trecho daquele Manual:

O Esporte de Rendimento traz consigo os propósitos de novos êxitos e a vitória sobre os adversários. As diferentes modalidades esportivas estão ligadas a instituições (ligas, federações, confederações, comitês olímpicos) que organizam as competições locais, nacionais ou internacionais e têm a função de zelar pelo cumprimento das regras e dos códigos éticos. É exercido sobre regras universalmente preestabelecidas, e apresenta uma tendência a ser praticada pelos talentos esportivos, tendência que marca o seu caráter antidemocrático.

Certamente que, em meio a tantos aspectos negativos, também a um grande número de aspectos positivos é citado o esporte de competição como uma atividade cultural que proporciona intercâmbio internacional, o envolvimento de recursos humanos qualificados, o que provoca a existência de várias profissões especializadas no esporte, a geração de turismo, o efeito-imitação como influência ao esporte popular e o crescimento de mão de obra especializada na indústria de produtos esportivos.

A princípio, o gestor público tem a liberdade para alocar verbas previstas no orçamento destinando-as ao custeio de contribuições ou subvenções voltadas a práticas esportivas, sejam estas educacionais, de lazer ou de alto rendimento. Tal decisão encontra-se dentro da esfera de discricionariedade do administrador público, que, entretanto, deve tomá-la com observância do ordenamento jurídico, inclusive não ultrapassando os limites dos princípios da impessoalidade, da supremacia do interesse público e da moralidade.

Em situações semelhantes já se manifestaram os Tribunais de Justiça dos Estados do Paraná e de São Paulo, ambos posicionando-se pela não configuração da prática de ato de improbidade administrativa:

Ação Civil Pública. Incentivo ao esporte. Subvenção econômico-social. Improbidade administrativa. Inocorrência. Rejeição da ação. Ministério Público. Sucumbência. Condenação. Impossibilidade. Má-fé. Inocorrência. Art. 18 da Lei 7.347/85. Atuando o administrador público dentro de limites legais na concessão de subvenção econômico-social para o desenvolvimento de prática esportiva, sem ofensa aos princípios da moralidade ou da impessoalidade, não se identifica ato de improbidade. Salvo comprovada má-fé, é incabível a condenação do Ministério Público nas verbas de

78 Op. cit., p. 22.

sucumbência, pois que, no caso, atua em favor da sociedade. Recurso parcialmente provido, para se excluir a condenação sucumbencial.

(TJ-PR - AC: 1191006 PR Apelação Cível - 0119100-6, Relator: Pericles Bellusci de Batista Pereira, Data de Julgamento: 04/05/2005, 2ª Câmara Cível, Data de Publicação: 27/05/2005 DJ: 6877)

APELAÇÃO. Ação civil pública proposta por Município. Subvenção social a clube de futebol amador e profissional. OLÍMPIA FUTEBOL CLUBE. Lei local, anterior, prevendo o fato. Em princípio, a Constituição autoriza o incentivo ao esporte de alto rendimento (art. 217, II). Prestação de contas lacunosa. Falta de comprovação de irregularidades. Falta de prova das irregularidades. Gastos que, ao que indicam os autos, foram com alimentação e material esportivo de atletas amadores. Sentença reformada. Ação Improcedente.

(TJ-SP - APL: 9088457402009826 SP 9088457-40.2009.8.26.0000, Relator: Oswaldo Luiz Palu, Data de Julgamento: 19/10/2011, 9ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 20/10/2011)

Destarte, obedecendo a concessão de subvenção ao esporte profissional às formalidades e requisitos legais, bem como não se evidenciando desvios no emprego dos recursos públicos respectivos, não há que se falar em prática de improbidade administrativa fundamentada unicamente no fato de ser direcionada ao esporte de alto rendimento.

Por outro lado, é sabido que os entes públicos também utilizam o patrocínio como forma de fomento ao esporte.

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

Do ponto de vista do patrocinador, portanto, o contrato possui dois fins: o primeiro, que é o fomento à atividade ou evento que seja de interesse coletivo e, em segundo lugar, a divulgação de sua marca. Além do fomento à atividade ou evento patrocinado, há também a divulgação da marca.

A respeito da celebração do contrato de patrocínio, o CAOPP, em oportunidade pretérita, expediu a Nota Jurídica n.º 22/2017, valendo a transcrição dos seguintes trechos:

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

Art. 27. A empresa pública e a sociedade de economia mista terão a função social de realização do interesse coletivo ou de atendimento a imperativo da segurança nacional expressa no instrumento de autorização legal para a sua criação.

(...)

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

(...)

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

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

Acerca do contrato de patrocínio, afirma Diógenes Gasparini:

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

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

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

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

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

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

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

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

O artigo 30 da Lei 13.303/16, dispõe:

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

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

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

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

b) pareceres, perícias e avaliações em geral;

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

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

e) patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;

f) treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;

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

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

§ 2o Na hipótese do caput e em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado, pelo órgão de controle externo, sobrepreço ou superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado quem houver decidido pela contratação direta e o fornecedor ou o prestador de serviços.

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

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

II - razão da escolha do fornecedor ou do executante;

III - justificativa do preço.

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

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

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

No caso em apreço, infere-se que o Município de Juiz de Fora editou a Lei Municipal n.º 13.842/2019. Em seu artigo 1º, já citado anteriormente, o Poder Executivo fica autorizado a conceder, mensalmente, contribuição corrente aos Clubes de Futebol de Campo Profissional do Município de Juiz de Fora, no período que estejam disputando os campeonatos das divisões organizados pela Federação Mineira de Futebol e Confederação Brasileira de Futebol.

Os artigos 4º e 5º do referido diploma legal preveem como condição para o recebimento das contribuições 1) ter e manter em atividade suas divisões de base, de maneira a dar continuidade a projetos sociais desportivos municipais, 2) a destinação de 25% (vinte e cinco por cento) dos valores recebidos a estas divisões, 3) a comprovação de regularidade dos clubes quanto à sua constituição, representação e registros junto à Federação Mineira de Futebol e Confederação Brasileira de Futebol, além de obrigar os beneficiários à prestação de contas.

A Lei ainda estabelece como obrigações dos clubes beneficiários, entre outras, a utilização dos recursos recebidos exclusivamente em conformidade com o Plano de Trabalho que deverá ser apresentado trimestralmente pela Entidade Esportiva e aprovado pela Secretaria de Esporte e Lazer, a estampa na parte da frente das camisas de jogos oficiais e de treinos do brasão e do nome da Prefeitura de Juiz de Fora e a fixação, no campo em que se realizarem os jogos, de seis placas com o logotipo da Prefeitura, bem como a disponibilização de profissionais qualificados, no mínimo uma vez por mês, para ministrar palestras sobre técnicas motivacionais e regras esportivas em geral,

preparando atletas e professores dos projetos sociais esportivos do município a ingressarem na carreira profissional.

Estas contrapartidas estabelecidas pela lei reforçam o que é expresso em seu artigo 7º: a natureza de contrato de patrocínio atribuída às contribuições de que trata o artigo 1º:

Art. 7º Os Clubes se obrigam a proceder abertura de conta bancária específica para movimentação exclusiva dos recursos repassados por conta deste contrato de patrocínio.

Parágrafo único. A liberação de recursos na conta bancária específica terá como objetivo viabilizar o monitoramento, bem como a fiscalização de sua utilização para os fins a que se destinam, de forma a evidenciar a respectiva movimentação financeira, cuja demonstração é indispensável no procedimento de prestação de contas da aplicação dos recursos financeiros disponibilizados pelo Município.(grifamos)

O que se depreende da lei municipal de Juiz de Fora é que ela conjuga características das subvenções sociais (fomento à atividade de interesse público, no caso o desporto) com outras próprias do patrocínio (fomento à atividade ou evento que seja de interesse coletivo e, em segundo plano, a divulgação de sua marca, no caso, uniforme do time contendo o brasão do município e placas contendo o logotipo da Prefeitura afixadas nos campos de futebol em que se realizarem os jogos).

Não obstante tal hibridismo na utilização dos institutos, não se denota, porém, ilegalidade no fomento instituído pela Lei Municipal n.º 13.842/2019.

Naturalmente que a permissibilidade de concessão de subvenções e/ou patrocínio aos times de futebol, como espécie de fomento ao desporto, não elide o imprescindível respeito aos princípios norteadores da administração pública, em especial os da legalidade e da impessoalidade, de modo a assegurar o cumprimento às formalidades legais e a submissão às normas do Direito Administrativo, incluindo as da Lei 8.666/93. Aliás, é exatamente por atenção a esse cuidado, que o objeto da investigação conduzida pelo órgão de execução consulente vai além do objeto da presente nota

técnica, não se resumindo apenas a verificação da possibilidade ou não de subvenções/patrocínio ao esporte de alto rendimento.

3) CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, respeitada a independência funcional da Douta Promotora de Justiça Natural e sem caráter vinculante, conclui o Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Justiça de Defesa do Patrimônio Público que o fomento ao esporte de alto rendimento, seja através de subvenções, seja através do patrocínio, não constitui, por si só, irregularidade, sendo, inclusive, incentivado pela Constituição da República que, simultaneamente, impõe ao gestor público obediência aos princípios que norteiam a administração pública, em especial os da legalidade e da impessoalidade. Daí que, a regularidade da transferência destes recursos públicos exige que:

a) haja lei autorizativa;

b) não consuma parcela do orçamento público que deveria ser aplicado nas necessidades básicas do município;

c) o incentivo ao esporte educacional tenha prioridade em relação ao esporte de rendimento; e,

d) a entidade esportiva beneficiada desenvolva atividades de interesse social.

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

Registre-se e cumpra-se.

Belo Horizonte, 03 de junho de 2019.

José Carlos Fernandes Junior

Promotor de Justiça

Coordenador do CAO – Patrimônio Público

Nota Técnica nº 12/2019

PAAF nº 0024.19.005307-4

Requerente: Dr. José Eduardo de Souza Lima –
Promotoria de Justiça da Comarca de Ipuina

Ementa: Integrantes da Comissão de Licitação. Servidor Público Estável e Comissionado. Gratificação. Possibilidade

Trata-se de consulta formulada pelo Promotor de Justiça da Comarca de Ipuina, Dr. José Eduardo de Souza Lima, solicitando orientações sobre possível irregularidade no recebimento, por parte de ocupante de cargo comissionado que integra comissão de licitação, de gratificação decorrente de participação na mencionada comissão.

Acompanha a consulta cópia do texto da Lei nº1.537/2017, editada pelo Município de Ipuina, e dos atos de nomeação do servidor Sr. Wagner do Couto para o cargo efetivo de fiscal sanitário, bem como para o cargo em comissão de Superintendente Administrativo.

É o relatório.

1) FUNDAMENTAÇÃO

1.1 Composição da comissão de licitações.

Segundo o artigo 6º, XVI, da Lei nº 8.666/1993, entende-se por comissão de licitação, permanente ou especial, aquela criada pela Administração com a função de receber, examinar e julgar todos os documentos e procedimentos relativos às licitações e ao cadastramento de licitantes.

A autoridade competente para representar a entidade deve nomear a comissão para conduzir o processo de licitação, estabelecendo, inclusive, suas atribuições. Em seu art. 51, dispõe a Lei de Licitações que tal comissão deve ter no mínimo três membros:

Art. 51. A habilitação preliminar, a inscrição em registro cadastral, a sua alteração ou cancelamento, e as propostas serão processadas e julgadas por comissão permanente ou especial de, no mínimo, 3 (três) membros, sendo pelo menos 2 (dois) deles servidores qualificados pertencentes aos quadros permanentes dos órgãos da Administração responsáveis pela licitação.

A respeito especificamente da composição da comissão, oportunas são as lições de Marçal Justen Filho:

A Lei estabelece número mínimo de membros. Não há número máximo. A pluralidade de membros visa a reduzir a arbitrariedade e os juízos subjetivos. Amplia-se a publicidade das decisões, na medida em que a pluralidade de membros dificulta o sigilo. Enfim, partilha-se o poder entre diversas pessoas, na presunção de que essa solução reduz o arbítrio.

(...)

Como regra, os membros da comissão deverão ser agentes públicos, integrados na estrutura da Administração Pública. Excepcionalmente e tendo em vista peculiaridades especiais do objeto licitado, poderão ser convidados terceiros para integrar a comissão. Esses terceiros deverão apresentar algum requisito técnico-científico-cultural que justifique sua convocação para a tarefa.⁷⁹

Por sua vez, a jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais caminha no sentido de exigência de composição por no mínimo três membros, sendo dois servidores efetivos:

INSPEÇÃO ORDINÁRIA. PREFEITURA. IRREGULARIDADES DIVERSAS. COMPOSIÇÃO IRREGULAR DA COMISSÃO PERMANENTE DE

79 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14ª edição. São Paulo: Dialética, 2010. P. 690, 691.

LICITAÇÃO. DESPESAS EFETUADAS MEDIANTE PROCESSOS LICITATÓRIOS IRREGULARMENTE PRATICADOS. DESPESAS EFETUADAS MEDIANTE PROCEDIMENTOS IRREGULARES DE INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. IRREGULARIDADES RELATIVAS AO SISTEMA DE CONTROLE INTERNO PERTINENTES AOS PROCESSOS LICITATÓRIOS ANALISADOS. MULTA. RECOMENDAÇÃO. ARQUIVAMENTO. 1. É IRREGULAR A COMPOSIÇÃO DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO POR APENAS DOIS MEMBROS EFETIVOS, EM CONTRARIEDADE AO ART. 51, CAPUT, DA LEI Nº 8.666/93, QUE EXIGE O MÍNIMO DE TRÊS MEMBROS. 2. NÃO SENDO EXCLUSIVO O SERVIÇO PRESTADO POR PROFISSIONAL CONTRATADO, SÃO IRREGULARES OS PROCEDIMENTOS DE INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO REALIZADOS CONFORME O ART. 25, III, DA LEI Nº 8.666/93, IMPUTANDO-SE MULTA À AUTORIDADE RATIFICADORA. 3. MOSTRAM-SE IRREGULARES OS APONTAMENTOS ALUSIVOS AO SISTEMA DE CONTROLE INTERNO PERTINENTES AOS PROCESSOS LICITATÓRIOS, EM CASO DE INOBSERVÂNCIA DOS DITAMES DO ART. 74, II, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988, DA LEI Nº 8.666/93 E DA INTC Nº 8/03.⁸⁰

Como se percebe, a comissão de licitação deve ser composta por no mínimo três membros, dos quais dois devem pertencer necessariamente ao quadro permanente de servidores da entidade. A *ratio legis* está na estabilidade garantida ao servidor público efetivo, presumidamente menos suscetível a influências que os comissionados, já que estes “se pressupõem facilmente sugestionáveis a proceder desta ou daquela forma, desde que sob qualquer espécie de ameaça”, como muito bem leciona Diogenes Gasparini⁸¹.

Na mesma linha posiciona-se Carlos Ari Sundfeld⁸²:

Mas, como a lei deu destaque à pertença do servidor ao quadro, parece ter pretendido excluir os nomeados para cargos de confiança, pois tais servidores não são permanentes, embora o próprio cargo o seja. Pela mesma razão excluiu os

servidores efetivos no estágio probatório, pois ainda não adquiriram estabilidade e, portanto, não são permanentes.

Atentando-se também para a possibilidade da comissão de licitação ver-se desfalcada em meio aos trabalhos, o TCE/ES assim se posicionou no Processo TC-4623/2005 – Câmara Municipal de Marilândia:

Tendo em vista as correntes doutrinárias sobre o tema, e não obstante o respeitável Parecer nº 014/96 do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, uma análise mais prudente nos leva a crer que a comissão de licitação, no tocante aos membros que necessariamente devem ser servidores pertencentes aos quadros permanentes da entidade responsável pela licitação, não deve ser composta por servidor ocupante de cargo em comissão. É sabido que servidores comissionados podem perder o cargo a qualquer momento, posto que são exoneráveis ad nutum. **Assim, tais servidores podem sofrer pressões, por parte de autoridades superiores, no sentido de agirem em desacordo com os ditames da função de membro de comissão de licitação, para atenderem a interesses escusos, sob pena de, caso não cedam às pressões, perderem o cargo público. Dessa forma, ficam sempre à mercê de titulares de poder inescrupulosos e mal intencionados. Há que se considerar também que uma comissão de licitação composta por servidor comissionado pode ficar desfalcada antes do término de seus trabalhos, caso tal membro seja exonerado.** Embora exista a possibilidade de substituição, tal situação deve ser evitada, pois, caso ocorra, certamente acarretará prejuízos ao bom andamento dos trabalhos da comissão. Por fim, é usual e recomendável, embora não obrigatório, que, pelo menos, um dos membros da comissão de licitação seja detentor de conhecimentos jurídicos, a fim de que se tenha uma perfeita adequação dos atos praticados às diretrizes legais da licitação.⁸³

Ademais, no Acórdão nº92/2003-Plenário - Auditoria - Relator Humberto Guimarães Souto, o TCU considerou ser infringência ao disposto no art. 51 da Lei 8.666/93 a nomeação de dois servidores comissionados, sem vínculo efetivo, para compor comissão de licitação, vejamos:

80 TCE-MG - INSPEÇÃO ORDINÁRIA: 811827, Relator: CONS. SUBST. LICURGO MOURÃO, Data de Julgamento: 18/05/2017, Data de Publicação: 25/05/2017

81 Gasparini. Comissão de licitação 2ed., p.38

82 SUNDFELD, Carlos Ari. Fundamentos de direito público. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009

83 Publicado no DOE no dia 11.8.2006, p. 30 (Processo nºTC-4623/2005)

7.4 Designação das Comissões de Licitação constantes das Ordens de Serviço/INCRA/SR-21/AP/G/nº 012/98, de 03.02.98; nº 10/98, de 03.02.98; nº 079/98, de 18.08.98 e nº 083/98, de 11.09.98, **com participação de dois ocupantes de cargos comissionados, sem vínculo efetivo, sem a observância do preceito legal que regula a matéria. Norma Infringida: art. 51 da Lei nº 8.666/93, conforme relatado no tópico 3.3.2.8 e seus subitens do Relatório (fl. 13).**

7.4.1 Justificativa (fls. 268/269): a comissão de licitação foi instituída com base na experiência de servidores no ramo, de modo que em momento algum intencionou descumprir os procedimentos legais que antecedem a licitação. Entretanto, passou de forma desapercibida o fato de a referida comissão de licitação ficar composta de dois servidores que ocupavam cargo em comissão e somente um do quadro permanente.

De acordo com os documentos que instruem o presente PAAF, o agente cujo recebimento de gratificação se questiona é servidor efetivo do Município de Ipuina, tendo sido nomeado para o cargo de confiança de superintendente administrativo, estando apto, em princípio, a integrar a comissão permanente de licitações.

1.2 Gratificação ou adicional pago a membro da comissão de licitações.

Quanto ao pagamento de gratificação ao mencionado servidor, decorrente de sua designação para também integrar comissão de licitações, pertinentes os seguintes excertos da Nota Técnica n.º 02/2019, exarada por este Centro de Apoio Operacional, em 25 de janeiro de 2019:

De acordo com a definição de Hely Lopes Meirelles, os adicionais e gratificações são recompensas, por exemplo, pelo tempo de serviço do servidor, pelo desempenho de funções especiais ou compensações por serviços executados em condições anormais. Ao tratar do tema, leciona a administrativista Odete Medauro:

As vantagens pecuniárias mais frequentes são os adicionais e as gratificações. Não se vislumbra com nitidez a diferença substancial entre ambos,

daí porque o mesmo tipo de vantagem pode figurar como adicional em determinados estatutos e figurar como gratificação em outros. (...)

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

As 'gratificações' mais usuais são as seguintes: a) gratificação de gabinete, para quem presta serviços em órgãos de alto escalão; b) gratificação pelo exercício de cargo ou função de chefia, direção, assessoramento; c) gratificação natalina, que é o décimo terceiro salário, d) gratificação por dedicação exclusiva; e) gratificação por tempo integral.²

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

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

Como se percebe, a gratificação é uma recompensa remuneratória àquele servidor que irá exercer as funções decorrentes de seu cargo em condições especiais. E, para que se justifique, deve haver motivação suficiente que dê respaldo à concessão desta recompensa. Adicionais e gratificações são concedidos aos servidores que, por algum motivo, desempenhem suas funções em condições diversas daquelas em que se encontram os demais servidores, condições estas que justifiquem o 'plus' em sua remuneração. Fernanda Marinela afirma a respeito do tema:

Gratificações e adicionais são retribuições pagas ao servidor em contraprestação a um determinado requisito preenchido pelo mesmo e prevista na legislação. Geralmente essas retribuições lhe são

pagas em virtude de uma determinada função exercida (ex. função de chefia); de um tempo em que o mesmo está no serviço público (ex. quinquênios) ou em virtude de uma nova qualificação adquirida (ex. uma especialização).

Com efeito, é sabido que a todo cargo corresponde um feixe de funções. No caso do exercício pelo servidor público de funções além daquelas atribuídas ao cargo em que se encontra investido, há que se considerar se as exerce sem prejuízo das atribuições de seu cargo ou se deixa de exercer aquelas para exercer as novas atribuições. Caso passe a exercer funções com prejuízo de suas atribuições, deverá ser remunerado pelo exercício das novas funções, conforme previsto em lei. Caso as exerça sem prejuízo daquelas atinentes a seu cargo, indispensável sua remuneração pelo exercício dessas novas funções, além da remuneração devida pelas atribuições de seu cargo.

O artigo 39, § 1º, da Constituição, prevê que a fixação dos padrões de vencimento e dos demais componentes do sistema remuneratório (e aí se incluem as gratificações de função) deverá observar a natureza, o grau de responsabilidade e a complexidade dos cargos componentes de cada carreira, os requisitos para a investidura e as peculiaridades do cargo.

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

No caso em análise, o servidor efetivo ocupa cargo comissionado de superintendente administrativo, cujas funções não abrangem a de integrar a comissão permanente de licitações. Destarte, para exercer estas outras funções, no âmbito da comissão de licitação, sem prejuízo das funções do cargo que ocupa, permite-se ao mesmo o recebimento de gratificação ou adicional de função, legalmente prevista.

A respeito são as lições de Carlos Pinto Coelho Motta:

É de se reconhecer, preliminarmente, o respeitável trabalho que, em regra, as comissões de licitação dos órgãos/entidades da Administração Pública realizam em prol do interesse público.

Tal é a razão de lhes terem sido dedicadas as nove primeiras edições do nosso livro *Eficácia nas licitações e contratos*. Para este subscritor, o contato com essas equipes têm sido sempre produtivo e enriquecedor. Compostas por servidores públicos competentes e não raro abnegados (muitos dos quais não percebem remuneração adicional, porquanto apenas admissível mediante autorização legislativa específica), as comissões de licitação conseguem romper uma série de condicionamentos peculiares à cultura do serviço público brasileiro e apresentar resultados meritoriosos. Cometem erros, naturais em trabalho feito por mãos humanas; entretanto, o saldo é positivo: as licitações bem-sucedidas constituem a regra, não a exceção.

É certo que o trabalho de julgamento das licitações públicas é atividade eminentemente dialética, que não apenas sublinha a legitimidade do exercício do contraditório assegurado constitucionalmente, mas também incorpora as características da isenção e da interpretação construtiva da letra legal.

Aliás, somos a favor do pagamento do jeton aos membros das comissões, bem como aos pregoeiros, dada a extrema responsabilidade e, em muitos casos, complexidade de suas funções. Diogenes Gasparini sintetiza as contingências do exercício dessas funções na realidade administrativa brasileira:

O recebimento de jeton não viola a regra da não-acumulação consagrada pela Constituição Federal, por não se tratar de cargo, emprego ou função. Nas entidades em que é grande o volume desses procedimentos, tais servidores satisfazem suas responsabilidades em relação às licitações depois de devidamente desincompatibilizados de suas atribuições normais. Nessa hipótese, não recebem qualquer jeton, por inexistir trabalho extraordinário.⁸⁴

84 Motta, Carlos Pinto Coelho. *Responsabilidade dos Integrantes das Comissões de Licitação – Oito Situações de Risco – Questões Polêmicas – Orientações do TCU*. In: www.webzenite.com.br/documentoscliente/95276c09-b15f-43a3-b5d1-cd6cc92e045e?tt=gratifica%E7%E3o+comiss%E3o+licita%E7%E3o+cargo

No mesmo sentido entende Ulisses Jacoby:

É preciso discorrer sobre relevante aspecto da função de pregoeiro e da equipe de apoio no que se refere à remuneração.

O nível de complexidade das funções exige, por uma questão de justiça, que a tarefa de conduzir um pregão seja remunerada.

Continua sendo propalado que a Lei nº 8.666/93 tem custos operacionais superiores, em alguns casos, àqueles advindos do processo licitatório. Em primeiro lugar, é preciso ressaltar que o principal objetivo da licitação é garantir a isonomia, e, atendido esse princípio, buscar a proposta mais vantajosa.

Além dessa correção de entendimento, é importante adotar providências a fim de impedir desavenças entre o órgão requisitante e a CPL, provocando a interação entre as unidades.

Essa mentalidade gerencial reduz os conflitos e valoriza o trabalho da CPL dentro do órgão. Alguns órgãos já procuram retribuir o trabalho da CPL concedendo uma gratificação pertinente à estrutura permanente do órgão, sem denominação específica. A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos já definiu a função de comissão de licitação e de pregoeiro.

Após longa reflexão sobre o tema remuneração dos responsáveis por licitação cabe registrar o seguinte:

a) os responsáveis por um procedimento licitatório devem ser remunerados: é tarefa complexa que expõe o servidor e seu patrimônio pessoal, além da imagem da instituição;

b) a remuneração não deve ser condicionada a decurso de prazo, como valor mensal. Esse modelo dificulta a mudança de servidores e gera acomodação ou sujeição pelo servidor, muitas vezes movido pela necessidade de manter a estabilidade financeira. O melhor sistema, que já foi utilizado no Distrito Federal, é a remuneração por sessão, jeton de presença, até o máximo de três por processo, que pode ser escalonado em níveis segundo o volume de recursos envolvidos.

Forçoso reconhecer que no atual sistema de direito positivo regente da Administração Pública a implementação dessas medidas depende:

a) a definição de espécies remuneratórias deve provir de lei;

b) nos órgãos do Poder Legislativo, Poder Judiciário, Tribunal de Contas e Ministério Público a Constituição Federal autoriza a definição de regras próprias, mas foi definido que a remuneração de funções deve ser previamente definida em lei;

c) as empresas estatais podem servir-se de norma própria, observando-se o disposto no art. 173, § 1º, da Constituição Federal;

d) os órgãos devem envidar esforços no sentido de regulamentar no âmbito de cada esfera de governo o disposto no art. 39, § 7º, da Constituição Federal que tem íntima conexão com o tema;

e) é indispensável observar o que dispõe o art. 169 da Constituição Federal, mas não há obrigatoriedade de atender o que dispõe o art. 17 da Lei de Responsabilidade Fiscal, uma vez que não se trata de despesa de caráter continuado, incorporável à remuneração.⁸⁵

A gratificação instituída para o servidor que integra comissão de licitação se trata, claramente, de uma gratificação *propter laborem*, ou seja, paga em razão do trabalho, correspondente às funções extras que exerce sem prejuízo daquelas decorrentes do cargo em comissão que ocupa.

O Tribunal de Contas do Estado do Paraná manifestou-se pela impossibilidade de pagamento de gratificação a servidores ocupantes de cargo em comissão, no acórdão n.º 671/18, exarado pelo Pleno. Não obstante possa parecer, da leitura da ementa do acórdão, que o Tribunal entenderia incabível o pagamento de qualquer gratificação a ocupante de cargo comissionado, de seu inteiro teor extrai-se claramente o posicionamento pelo não pagamento de gratificação quando a motivação desta, seu fato gerador, coincide com o da remuneração do cargo comissionado. Assim, por exemplo, uma vez que é exigível do servidor comissionado dedicação exclusiva, não é cabível o pagamento de gratificação pelo exercício das funções em condições especiais ou pela dedicação exclusiva. Afirma o relator em seu voto:

85 FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Pregoeiro e equipe de apoio – aspectos jurídicos e práticos das novas funções gerenciais do processo licitatório*. In: www.webzenite.com.br/documentoscliente/953e14ad-0a25-4ea4-9389-c55825f3fb32?tt=gratifica%E7%E3o+membro+comiss%E3o+licita%E7%E3o

(...)

Nesse sentido, conclui-se que a concessão de gratificação a qualquer título a servidor investido em cargo comissionado, efetivo ou não, acarretaria pagamento em duplicidade, na medida em que o cargo em comissão possui as mesmas atribuições da função de confiança, além de pressupor exercício de encargo diferenciado de natureza especial.

Não é esta a situação ora examinada. As atribuições do superintendente administrativo não incluem a composição da comissão de licitação. Assim, a remuneração pelo exercício das funções junto à referida comissão mostra-se devida ao servidor, posto que exercidas sem prejuízo das atribuições atinentes ao cargo comissionado que ocupa.

O mesmo Tribunal de Contas do Estado do Paraná, no acórdão n.º 1701/07, revela entendimento favorável à remuneração (por gratificação) do detentor de cargo em comissão quando exercer além de suas atribuições corriqueiras aquelas decorrentes da nomeação para compor a comissão de licitação. É o que se pode ver do seguinte trecho do acórdão:

Como bem argumentado na instrução dos autos nada obsta que o servidor público regido pela Consolidação das Leis do Trabalho seja aquinhado com uma gratificação pela participação em comissão de licitação, desde que continue a desempenhar suas funções normais do emprego. Portanto, em face desse acréscimo em sua atividade normal, o mesmo perceberia referida gratificação. Entretanto, se o trabalhador deixar suas funções usuais e dedicar-se única e exclusivamente a nova função, qual seja, a participação em comissão de licitação não há motivo para a gratificação, considerando que continuará percebendo sua remuneração mensal, sem qualquer prejuízo.

Quanto ao detentor de cargo em comissão entende-se que o seu ocupante, desde que qualificado (art. 51 da Lei n.º 8.666/93) pode compor comissão de licitação, uma vez que o seu cargo integra o quadro permanente da entidade. Considerando ser possível a sua participação na já citada comissão, não se vislumbra qualquer empecilho para que o mesmo receba a gratificação, considerando que além da função do cargo desempenhará funções junto à missão de licitação.

Entretanto, o reverso não seria possível, ou seja, o detentor do cargo em comissão deixar as atribuições do cargo para se dedicar tão somente ao julgamento de certames licitacionais, uma vez que o mandamento constitucional consigna que referidos cargos destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento. Sendo que aqui a gratificação se daria por lei municipal.

Importante ressaltar, na oportunidade, que a gratificação em apreço e paga pelo Município de Ipuina encontra amparo na Lei n.º 1.537/2017, obedecido, assim, o princípio da legalidade.

Portanto, independentemente de ocupar um cargo comissionado, pelo qual recebe remuneração própria, o servidor que integra comissão de licitações faz jus a um plus remuneratório, previsto regularmente na legislação local, por exercer funções além daquelas atribuídas ao cargo que ocupa.

Oportuno, ainda, o entendimento manifestado pelo Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso nos autos do processo n.º 4.728-9/2016:

CONCLUSÃO

Pelo exposto e considerando que:

a) é possível às Câmaras Municipais instituir gratificações especiais para recompensar os seus servidores efetivos que exerçam atribuições excepcionais, eventuais e transitórias, passíveis de serem acumuladas com aquelas ordinárias e inerentes aos cargos públicos que ocupam, a exemplo de participação em Comissão de Licitações e em Comissão de Inventário e Avaliação de Bens (Patrimônio), bem como aquela afeta à coordenação do Sistema APLIC;

b) essas gratificações especiais têm caráter *pro labore faciendo*, ou seja, somente podem ser percebidas enquanto o servidor público está efetivamente realizando a atividade descrita na norma instituidora da parcela remuneratória; portanto, deixando de realizar a referida atividade, não possui o agente público o direito de receber a vantagem;

c) as gratificações especiais devem ser, necessariamente, instituídas por meio de lei formal (*stricto sensu*), mesmo no caso das Câmaras Municipais;

d) as gratificações especiais não se confundem com as funções de confiança ou com os cargos em comissão (incisos II e V do art. 37 da Constituição), tendo em vista que não se vinculam ao exercício de atividades de chefia, direção e assessoramento; pelo contrário, vinculam-se ao exercício de uma atividade operacional essencial (fazer, executar, responsabilizar-se por uma tarefa ou serviço adicional), não se tratando de vantagens inerentes a cargo ou função, mas concedida em face das condições excepcionais do serviço ou do servidor;

e) a lei formal que instituir a “gratificação especial” deverá estabelecer as condições e os critérios para a concessão da vantagem, tais como: categoria de servidores beneficiários, valores, hipóteses, requisitos, dentre outras especificações que se fizerem necessárias;

f) para aquelas entidades que realizam número reduzido de procedimentos licitatórios durante o ano, a exemplo das Câmaras Municipais, defende-se que a forma mais eficaz visando à instituição e pagamento de gratificação especial para os membros da Comissão de Licitação ou para o Pregoeiro seja via fixação de um valor por processo deflagrado, em vez de uma remuneração mensal fixa; e,

g) a instituição de gratificações especiais, nas Câmaras Municipais, devem observar as condicionantes e os limites previstos nos artigos 29-A e 169, da Constituição Federal, e nos artigos 15, 16, 17, 20 e 22 da LRF e, também, as disposições da Resolução de Consulta TCE-MT n.º 21/2014.

Pelo exposto, uma vez havendo previsão legal quanto ao pagamento de adicional a servidores públicos que integram a comissão de licitações sem prejuízo das atribuições de seu cargo, é lícito o recebimento desta parcela, já que o exercício de tais funções excede as atribuições de seu cargo público.

2) CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, conclui-se pela possibilidade do recebimento de gratificação decorrente da composição de comissão de licitação, por servidor efetivo ocupante de cargo em comissão, desde que tal função seja alheia às atribuídas ao dito cargo e tenha sido instituída por lei em sentido estrito.

Esta é a posição deste Centro de Apoio Operacional, sem caráter vinculante e respeitada a independência funcional da consultente.

Belo Horizonte, 12 de junho de 2019.

José Carlos Fernandes Junior

Promotor de Justiça

Coordenador do CAO – Patrimônio Público

Ementa: Moralidade positiva e dever de probidade. Obrigação de ressarcir os cofres públicos como consequência patrimonial de comportamentos desviantes. Inteligência do recurso extraordinário n. 852.475/SP. Aplicação de regras hermenêuticas em favor da interpretação que mais privilegia o interesse público

EXCELENTÍSSIMOS(AS) SENHORES(AS)
PROCURADORES(AS) DE JUSTIÇA DO E.
CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO
DO ESTADO DE MINAS GERAIS

1) RELATÓRIO

Trata-se de Inquérito Civil instaurado pela Promotoria de Justiça de defesa do patrimônio público da Comarca de Divinópolis (Portaria à fl. 02, datada de 03 de novembro de 2016), a partir do ofício nº 34/2015 (fl. 04), oriundo do Ministério Público de Contas, a fim de apurar irregularidades ocorridas na Administração Pública Municipal de Divinópolis **no exercício de 1990**, detectadas em sede de Processo de Prestação de Contas nº 417.024, do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (confira CD em apenso e cópia do Processo de Prestação de Contas nº 417.024, até fl. 2590 – Parecer do Ministério Público de Contas, datado de 02/12/2015).

As irregularidades explicitadas pelo Ministério Público de Contas no ofício nº 34/2015, dentre as detectadas, consistiram em: ausência de quitação de despesas; realização irregular de despesas,

pagamento de juros em razão de dívidas não pagas em tempo hábil e adiantamento de pagamento a funcionários sem comprovação de posterior desconto na folha.

Compulsando os autos da Prestação de Contas nº 417.024, verifica-se que o rol de irregularidades apontadas nas contas da Prefeitura Municipal de Divinópolis, no exercício de 1990, seria o seguinte:

1) Remuneração do Prefeito e do Vice-Prefeito não obedeceu às disposições legais (anexos 15 e 16 do TCE/MG);

2) Remuneração dos vereadores não obedeceu às disposições legais (anexo 17 do TCE/MG);

3) Verba de Representação do Presidente da Câmara não obedeceu às disposições legais (anexo 18 do TCE/MG);

4) Falta de demonstração de saldos orçamentários (anexo 6 do TCE/MG);

5) Ausência de prévio empenho (anexo 1 do TCE/MG);

6) Falta de quitação dos favorecidos (anexo 3 do TCE/MG);

7) Ausência de documentos legais/fiscais comprobatórios das despesas (anexo 2 do TCE/MG);

8) Inobservância dos critérios de classificação das despesas (anexo 5 do TCE/MG);

9) Inobservância de disposições legais para concessão de subvenções e auxílios para despesas de capital e contribuições correntes (anexo 7 do TCE/MG);

10) Despesas não afetas à competência Municipal (anexo 8 do TCE/MG);

11) Despesas sem prévio processo licitatório (anexo 4 do TCE/MG);

12) Despesas com publicidade, incluindo promoção pessoal (anexo 10 do TCE/MG);

13) Juros sobre dívidas não pagas em tempo hábil (anexo 10 do TCE/MG);

14) Adiantamento a funcionários (anexo 10 do TCE/MG);

Notificado para manifestar-se sobre as irregularidades apontadas pelo Ministério Público de Contas no ofício de fl. 04, o então Prefeito Municipal limitou-se a solicitar dilação de prazo, o que foi deferido. No entanto, decorreu *in albis* o prazo concedido sem que o representado apresentasse qualquer esclarecimento relacionado aos fatos sob apuração.

Submetidos os autos à CEAT, o expert analisou apenas os 04 grupos de irregularidades explicitadas pelo Ministério Público de Contas no ofício 34/2015 (fl. 04; confira parecer técnico de fl. 21/23)⁸⁶.

No bojo do Processo de Prestação de Contas nº 417.024, do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, fora prolatado acórdão em 04 de fevereiro de 2016, oportunidade em que os i. Conselheiros entenderam que, não obstante prescrita a pretensão punitiva da Corte, ao caso aplicar-se-ia, analogicamente, “a sistemática preconizada para a análise das contas das câmaras municipais, determinando-se o arquivamento do feito com resolução de mérito, ficando a obrigação de ressarcimento, em decorrência das irregularidades constatadas, passível de apuração em processo próprio mediante representação da unidade técnica, observados os critérios desencadeadores da atividade de controle externo”⁸⁷.

Às fls. 37/43, o d. Promotor de Justiça de defesa do patrimônio público da Comarca de Divinópolis promoveu o arquivamento do feito, reconhecendo

86 1) ausência de quitação de despesas; 2) realização irregular de despesas, 3) pagamento de juros em razão de dívidas não pagas em tempo hábil e 4) adiantamento de pagamento a funcionários sem comprovação de posterior desconto na folha.

87 Confira <https://tconotas.tce.mg.gov.br/tcjuris/Nota/BuscarArquivo/1045903>. Acesso em 19.06.2019.

a prescrição da ação de ressarcimento, sob o fundamento de que o Eg. STF, por ocasião da apreciação do Recurso Extraordinário nº 669.069, decidiu, em sede de repercussão geral, que a pretensão de reparação de danos ao erário é imprescritível apenas quando decorrente de improbidade administrativa e/ou ilícito penal, o que não se verificou no caso dos autos, já que a Lei de Improbidade Administrativa (nº 8.429/1992) sequer estava em vigor à época dos fatos.

Além da arguição da prescrição, denota-se que o i. Promotor de Justiça também argumentou que as provas produzidas não comportariam a conclusão de que os danos identificados decorreriam de ilícitos penais, especialmente daquele tipificado no art. 312 do Código Penal.

Submetidos os autos à homologação do Eg. Conselho Superior do Ministério Público, a Exma. Sra. Conselheira Relatora, Dra. Kelma Marcenal Pinto, remeteu os autos ao Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Justiça de Defesa do Patrimônio Público – CAOPP, para emissão de parecer, ressaltando a vigência do Decreto Lei nº 201/1967, que, no art. 1º, estabelece os crimes de responsabilidade de Prefeitos Municipais.

Vieram-me os autos com vista para parecer.

2) FUNDAMENTAÇÃO

2.1 – A moral positiva social como fundamento jusfilosófico da Probidade Administrativa

Um dos desenvolvimentos mais significativos da filosofia jurídica é a racionalização ontológica de **direito** e **moral** como sistemas que se propõem regular a conduta do homem em sociedade. A análise comparativa entre esses dois complexos determinantes é significativa não só quando evidencia os focos de convergência, mas também à medida que indica os pontos de distinção.

Numa breve perspectiva histórica, as teorias do Mínimo Ético, dos Círculos Independentes e dos Círculos Secantes buscaram compreender a

complexa e multifacetada relação entre direito e moral, cujos aspectos se renovam e apresentam imbricações de ampla extensão.

A Teoria do Mínimo Ético (ou Teoria dos Círculos Concêntricos), inicialmente concebida pelo filósofo inglês Jeremias Bentham e posteriormente desenvolvida por Georg Jellinek, preconiza o direito como espécie do gênero moral, construído a partir de um conteúdo moral mínimo necessário ao bem-estar da coletividade. De acordo com Miguel Reale⁸⁸, essa teoria pode ser ilustrada por meio da imagem de dois círculos concêntricos, sendo o círculo maior correspondente a moral e o menor ao direito, existindo assim um campo de ação comum a ambos.

Essa tese deriva da escola jusnaturalista e baseia-se na concepção de moral natural, conceito anacrônico que “não resulta de uma convenção humana, mas consiste na ideia de bem captada diretamente na fonte natureza, tomando por base o que há de permanente no gênero humano”⁸⁹. Por certo, essa doutrina associa conceitualmente direito e moral, encampando a chamada “tese da conexão” ou “tese da vinculação”. Sem embargo da importância propedêutica, essa teoria foi alvo de severas e fundadas críticas, mormente por seu caráter reducionista.

Com o advento e consolidação do positivismo jurídico, Hans Kelsen desenvolveu a Teoria dos Círculos Independentes. Essa corrente hermenêutica desvinculou direito e moral e os expôs como sistemas autônomos e distintos, nos quais não há pontos de intersecção. Para o jurista e filósofo austríaco, direito e moral não se comunicam, antes “a norma é o único elemento essencial ao Direito, cuja validade não depende de conteúdos morais”⁹⁰. É a chamada “tese da separação”.

Tanto a teoria dos Círculos Concêntricos como a dos Círculos Independentes foram aos poucos abandonadas como únicas ideias de interpretação possíveis. Como se sabe, sempre existiu arranjos legais lícitos adversos à moral e até mesmo completamente indiferentes a ela, embora exista a

88 REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 44.

89 NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 37. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 36.

90 NADER, 2015, p. 42.

expectativa de que o direito posto englobe o que a sociedade entende como certo e justo. Assim, direito e moral podem – e devem – trabalhar juntos, sob pena de gerar intenso desequilíbrio de valores (tal como ilustrado na tragédia Antígona, de Sófocles⁹¹).

Nesse contexto, a Teoria dos Círculos Secantes, elaborada pelo francês Claude Du Pasquier, buscou flexibilizar o totalitarismo das doutrinas anteriores. Segundo essa teoria, de cariz mais harmonizador, nem tudo o que está no direito pertence a moral e nem tudo o que é moral está inserido no âmbito de influência do direito, existindo “uma faixa de competência comum e, ao mesmo tempo, uma área particular independente”⁹². Assim, haveriam três espécies de regras jurídicas: aquelas que são puramente jurídicas, as que são puramente morais e as que são simultaneamente jurídicas e morais.

Merece destaque o fato dessa teoria privilegiar não a noção de moral natural, mas sim à moral social, que é o conjunto de normas convencionalmente criadas e aderidas em determinado contexto histórico-cultural e que diz respeito ao que consideramos bom ou mau. Paulo Nader⁹³ explica que “a moral positiva possui três esferas distintas, que Heinrich Henkel denomina por: a) moral autônoma; b) ética superior dos sistemas religiosos; c) moral social”:

A Moral autônoma corresponde à noção de bem particular a cada consciência. O homem atua como legislador para a sua própria conduta. A consciência individual, que é o centro da Moral autônoma, com base na experiência pessoal, elege o dever-ser a que se obriga. Esta esfera exige vontade livre, isenta de qualquer condicionamento. A Ética superior dos sistemas

91 Trata-se de uma peça teatral escrita por Sófocles, compondo a terceira parte da Trilogia de Tebas ao lado de “Édipo Rei” e “Édipo em Colosso”. Basicamente, na tragédia, Creonte, rei de Tebas, proíbe o enterro de Polinices (irmão de Antígona), determinando que seu cadáver fosse exposto às aves de rapina como castigo por sua traição. Inconformada, Antígona não obedece o decreto real e decide oferecer sepultamento digno a seu irmão, acreditando que as leis dos homens não são superiores as leis eternas. No drama, a personagem central justifica seu comportamento como sendo ditado pelas leis soberanas dos deuses. Apesar do fim dramático de Antígona (que foi condenada a ser sepultada viva), a história retrata quão intenso contraste pode existir entre as leis estatais e a moral que nutre a consciência individual de cada cidadão.

92 NADER, 2015, p. 42.

93 NADER, 2015, p. 36.

religiosos consiste nas noções fundamentais sobre o bem, que as seitas religiosas consagram e transmitem a seus seguidores. (...). A Moral social constitui um conjunto predominante de princípios e de critérios que, em cada sociedade e em cada época, orienta a conduta dos indivíduos. Socialmente cada pessoa procura agir em conformidade com as exigências da Moral social, na certeza de que seus atos serão julgados à luz desses princípios. Os critérios éticos não nascem, pois, de uma determinada consciência individual. Na medida em que a Moral autônoma não coincide com a Moral social, esta assume um caráter heterônomo e impõe aos indivíduos uma norma de agir não elaborada por sua própria consciência.⁹⁴

Evidente que, com a evolução dos estudos na área, sabe-se atualmente que a moralidade positiva sujeita-se a críticas tal como outrora submeteu-se a moralidade natural. O filósofo britânico Herbert Lionel Adolphus Hart questionou empiricamente se as práticas da moralidade positiva poderiam ser usadas como parâmetros racionais defensáveis. O tema é extremamente complexo e até hoje não há consenso, especialmente em razão da dificuldade de especificar o que é, de fato, a moralidade crítica⁹⁵.

94 *Idem*, p. 36-37.

95 “Em consonância com um vocabulário sugerido por H. L. A. Hart, gostaria de denominar ‘moralidade crítica’ os princípios e ideias gerais com base nos quais avaliamos, colocamos em questão, endossamos, ou rejeitamos os termos, ou alguns dos termos, da moralidade positiva. Hart define a relação entre a moralidade positiva e a moralidade crítica da seguinte forma: ‘para tornar esse ponto mais claro, eu gostaria de retomar a terminologia bastante usada pelos Utilitaristas do século passado, que distinguem a moralidade positiva a moralidade realmente aceita ou compartilhada por um dado grupo social, dos princípios gerais da moral usados na crítica das instituições sociais reais, incluindo a moralidade positiva. Podemos chamar esses princípios gerais de moralidade crítica’. Assim, “a moralidade crítica consiste na tentativa de darmos uma resposta à pergunta sobre se temos ou não boas razões para endossarmos a moralidade positiva, ou o ‘ambiente ético’ em que vivemos, e se podemos razoavelmente exigir de outras pessoas que elas também endossem a moralidade positiva à qual nos sentimos vinculados. A moralidade crítica pode ter duas configurações gerais diferentes: [1] ela pode envolver princípios externos à moralidade positiva, ou [2] ela pode recorrer a ideias que sejam internas à própria moralidade positiva”. ARAUJO, Marcelo. **Moralidade Positiva e Moralidade Crítica**. Veritas. Revista de Filosofia da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Porto Alegre, v. 60, n. 1, jan.-abr. 2015. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/veritas/article/view/19306/12890>.

Assim, mantém-se a concepção de que moralidade social positiva é um mecanismo de controle social que completa e deixa ser completada pelo direito.

O pós-positivismo amplificou a noção de associação entre direito e moral. Ao impor limites valorativos às normas chanceladas pelo poder político, assinalou uma forte tendência da reaproximação com a moral. Posteriormente, o neoconstitucionalismo, sobretudo com os estímulos derivados do giro linguístico, remodelou a ciência jurídica e deu margem para empreender uma leitura propriamente moral do direito posto. Por exemplo, cite-se a concepção do “direito como integridade” sistematizada por Ronald Dworkin, a “fórmula de Radbruch” (pela qual “lei extremamente injusta não é lei”), além de inspirar outros ideais, como a proscrição do enriquecimento sem causa e a vedação do abuso de direito.

Os influxos desse movimento rapidamente alcançaram o Direito Público, que incorporou a tendência de compreender o direito com o auxílio da moral. A partir dessa espécie moderna de “tese da conexão”, o cuidado com as noções morais no âmbito da Administração Pública ganhou espaço e cada vez mais adquire notoriedade nas democracias contemporâneas. Obviamente, outros fatores inspiraram essa nova filosofia. A própria ideia de democracia veicula o imperativo de compromisso com a moral positiva, mormente no que diz respeito à representatividade de interesses alheios.

Com efeito, a práxis administrativa orientada pela moral pressupõe, entre outros princípios e valores, o combate à corrupção e a tutela da moralidade político-administrativa, da lealdade institucional e da economicidade dos recursos públicos, evidenciando ao fim e ao cabo o **dever de probidade**.

O dever de probidade determina que o agente público ofereça seus préstimos à Administração Pública com honestidade e guiado pela intenção de realizar o interesse público. Rogério Gesta Leal⁹⁶,

Acesso em 12 de junho de 2019. p. 150-151.

96 LEAL, Rogério Gesta. **Imbricações necessárias entre moralidade administrativa e probidade administrativa**. Revista de Direito Administrativo & Constitucional. v. 14, n. 55, (jan./mar. 2014). Belo Horizonte: Fórum, 2014. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/104/307>. Acesso em 12

desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, afirma que Marcello Caetano traz à colação bons argumentos para melhor demarcar o que vem a ser esse dever. De acordo com o i. professor português o dever de probidade administrativa compreende:

a) guarda fiel dos bens, direitos, interesses e valores públicos, abstendo-se do uso em proveito próprio ou de qualquer procedimento tendente a danificá-los, destruí-los ou diminuir-lhes o valor;

b) abstenção de proteger interesse, ainda que por interposta pessoa, em contrato a celebrar com a entidade a que esteja vinculado ou em negócio que dela dependa, particularmente se no exercício das funções puder exercer influência;

c) proibição de aceite, por si ou interposta pessoa, de qualquer vantagem patrimonial, ou promessa futura, a fim de praticar ato influenciando nas suas funções, ou mesmo abster-se de praticá-lo ou influir em outrem para obter esse comportamento, ou de fazer negócios pessoais com quem possa resultar dependência econômica comprometedora da sua função pública;

d) vedação da exigência de particulares ou de consentimento de que se exijam deles quantias ou serviços legalmente indevidos e de abuso dos seus poderes para opressão da liberdade e interesses alheios ou para lesão do patrimônio privado sem fundamento legal;

e) proibição de fazer negócio lucrativo com o provimento de alguém em cargo público;

f) inadmissibilidade da circulação de listas de subscrição de donativos, em seu favor ou de terceiros, no recinto de trabalho ou de subscrever as que lhe forem apresentadas;

g) impossibilidade de advogar ou intermediar interesse particular nos serviços de sua competência;

h) recusa do aceite de homenagens de subalternos ou particulares com interesses dependentes do exercício de sua função pública, salvo aposentadoria ou transferência.⁹⁷

Sobre o ponto, Emerson Garcia e Rogério Pacheco desenvolvem excelente raciocínio sobre o conceito de probidade administrativa na doutrina brasileira:

A licitude dos atos dos agentes públicos há de ser extraída da conjunção das regras e princípios, quer explícitos, quer implícitos, o que conferirá a este um grau de obrigatoriedade que há muito é difundido mas pouco tem se concretizado. A unidade da Constituição indica que todas as normas por ela formalmente encampadas têm igual força e hierarquia, sendo cogente sua observância pelos agentes públicos. (...). Face à própria técnica legislativa adotada, que considerou ato de improbidade a mera violação aos princípios regentes da atividade estatal, devem ser buscadas novas perspectivas para a compreensão da probidade, considerada por muitos mera especificação do princípio da moralidade administrativa. **Em que pese a observância ao princípio da moralidade um elemento de vital importância para aferição da probidade, não é ele o único.** Todos os atos dos agentes públicos devem observar a normatização existente, o que inclui toda a ordem de princípios e não apenas o princípio da moralidade. Assim, quando muito, será possível dizer que a probidade absorve a moralidade, mas jamais terá sua amplitude delimitada por esta. No âmbito das estruturas estatais de poder, a concepção de boa gestão administrativa, em sentido algo diverso ao que se verifica no direito privado, confere igual importância e intensidade a referenciais instrumentais e finalísticos. Em outras palavras, a boa gestão exige tanto a satisfação do interesse público como a observância de todo o balizamento jurídico regulador da atividade que tende a efetivá-lo. O amálgama que une meios e fins, entrelaçando-os e alcançando uma unidade de sentido, é justamente a probidade administrativa. A improbidade aponta não só para uma desconsideração dos fins como também para uma situação de ruptura entre meios e fins. (...). Evidenciada a harmonia entre os fatos, o ato praticado e os valores consubstanciados nos princípios regentes da atividade estatal, estará demonstrada a probidade. Descumprida a regra ou inobservados os princípios, ter-se-á um relevante indício de configuração de improbidade. **Este pensamento pode ser condensado com a assertiva de que os atos dos agentes públicos devem estar em conformidade com o “princípio da juridicidade”, nomenclatura utilizada para englobar todas as regras e princípios (inclusive a moralidade) a que devem estar circunscritos os atos do Poder Público.**⁹⁸ (Negrito nosso).

da junho de 2019. p. 101-102.

97 CAETANO apud LEAL, op. cit.

98 GARCIA, Emerson. PACHECO, Rogério. Improbidade Administrativa. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 104, 106, 108.

Por conseguinte, a moralidade social positiva, máxime quando reverbera o anseio social de que os agentes públicos se portem com lealdade e fidelidade para com a Administração Pública, é o sustentáculo filosófico que ampara o dever de probidade. Assim, não importa se se trata de norma positivada em lei infraconstitucional (ex.: Decreto-Lei 201/1967) ou em nível constitucional de modo explícito (ex.: Art. 23 da CR/88) ou implícito (ex.: princípio da razoabilidade). Em todas essas circunstâncias, o direito deve ser interpretado com amparo no compromisso moral que veicula o dever de probidade.

2.2 – O dever de ressarcir os cofres públicos como dever moral positivo ínsito à noção de probidade.

Destarte, existe uma concepção moral social positiva de reprovação da conduta de agentes públicos que se valem de sua posição dentro do aparato estatal para realizar seus interesses particulares. Prova disso é que há uma preocupação legislativa, ao menos desde 1891⁹⁹, com a probidade na Administração Pública.

Com efeito, o dever de probidade se impõe à medida que a quantidade de desvio (ou a potencialidade deles) é razoavelmente relevante para prejudicar o Estado e, por arrastamento, todos os que dependem do Poder Público (especialmente as classes sociais menos favorecidas, que necessitam mais urgentemente das políticas públicas prestacionais). Assim, é perceptível o robustecimento do combate à corrupção e à improbidade na história brasileira, sobretudo no que diz respeito à construção de um microsistema de tutela da probidade administrativa.

Com a promulgação da Constituição Cidadã, todos os esforços foram engajados para consolidar sua força normativa, inclusive em relação às normas referentes à Administração Pública (artigos 37 a 41). Sabe-se que, antes de 1988,

99 v.g., CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL (DE 24 DE FEVEREIRO DE 1891). Art 54 – São crimes de responsabilidade os atos do Presidente que atentarem contra: (...) 6º) a probidade da administração.

a práxis administrativa brasileira tinha “acentos explicitamente antirrepublicanos: concursos públicos eram excepcionais; informações sobre a coisa pública eram inacessíveis; a administração não contava com instrumentos de consulta popular nem buscava meios menos intrusivos de atuação”¹⁰⁰. Entretanto, o processo de constitucionalização do direito administrativo veio mudar (ou, ao menos, propor mudar) essa realidade.

Efetivamente, naquele momento institucional, era necessário a aderência popular ao novo regime de governo. O dever de probidade tornar-se-ia “elemento necessário à legitimidade”¹⁰¹ dos atos do administrador público, erigido ao patamar de direito fundamental:

Dessa forma, devemos falar em um “direito fundamental à probidade administrativa”, pois há um verdadeiro direito fundamental coletivo da sociedade a uma Administração Pública honesta, que apresenta os contornos identificadores dos direitos difusos. Como leciona Pedro Roberto Decomain (2007, p. 27): “Tanto o patrimônio público quanto o direito a que, no exercício de suas atividades funcionais, os agentes públicos atuem com a mais estrita observância da probidade administrativa apresentam os elementos característicos dos direitos difusos”. Da perspectiva da dogmática constitucional, a existência de um “direito fundamental à probidade administrativa” pode ser extraída da “cláusula de abertura” do art. 5º, § 2º, da CF, segundo a qual “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. (...). Dessa forma, o “direito fundamental à probidade administrativa” decorre, na Constituição Federal de 1988: (i) do princípio republicano (art. 1º, caput); (ii) do princípio democrático (art. 1º, par. único); (iii) de seus fundamentos (art. 1º, incisos I a V: soberania; a cidadania; a dignidade da pessoa humana; os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político); (iv) dos objetivos fundamentais da República (art. 3º, incisos I a IV: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza

100 BAPTISTA, Patrícia. ACCIOLY, João Pedro. **A administração pública na Constituição de 1988**: trinta anos depois: disputas, derrotas e conquistas. Revista de Direito Administrativo da Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro, v. 277, n. 2, p. 45-74, maio/ago. 2018. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/76704/73704>. Acesso em 14 de junho de 2019. p. 52.

101 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 118.

e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação); (v) da prevalência dos direitos humanos e da defesa da paz nas suas relações internacionais (art. 4º, I e VI); e (vi) dos demais princípios constitucionais administrativos, previstos no caput do art. 37 (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência).¹⁰²

Nessa esteira, conquanto as Cartas anteriores previssem responsabilidade do Presidente da República e de alguns agentes públicos por crimes contra a probidade, foi somente com a Constituição da República de 1988 que a repressão aos “atos de improbidade administrativa” ganhou envergadura. Quis a norma constitucional estabelecer o rol de sanções mínimas e, pela primeira vez, mencionar as **ações de ressarcimento ao Erário**. Com esteio na moral social e com o intento de proteger esse bem jurídico imprescindível à sociedade brasileira, o Constituinte Originário acoplou o dever de ressarcimento à tutela jurídico-constitucional do patrimônio público, amplificando a **indisponibilidade do interesse público**.

Nesse sentido, preconiza José dos Santos Carvalho Filho que o alvo do comando constitucional foi a proteção do patrimônio público que, em última instância, pertence a toda a coletividade. Com semelhante disposição, a Constituição impede que a esperteza e a má-fé inspirem o agente autor dos prejuízos ao erário a escapar de sua responsabilidade indenizatória.¹⁰³

Como bem assinala o i. Ministro Edson Facchin (RE 852.475/SP), por escolha do poder constituinte originário, houve não apenas o alçamento da boa governança a patamar constitucional, mas da compreensão da coisa pública – não raras vezes tratada com desdém, vilipendiada por agentes particulares ou estatais – como um compromisso

102 SANTOS, Roberto Lima. **Direito fundamental à probidade administrativa e as convenções internacionais de combate à corrupção**. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 50, out. 2012. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao050/Roberto_Santos.html. Acesso em 14 de junho de 2019.

103 CARVALHO FILHO. **Improbidade Administrativa: prescrição e outros prazos extintivos**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 257

fundamental a ser protegido por todos. **O comando estabelece como um verdadeiro ideal republicano que a ninguém é autorizado ilicitamente causar prejuízo ao erário, locupletando-se da coisa pública ao se eximir do dever de ressarcir-lo.**

Nessa conjuntura, o vilipêndio ao erário é ato ilegítimo do administrador público que, por sua manifesta gravidade, não se convalida com o decorrer do tempo: atenta eminentemente contra o princípio republicano, desrespeita a democracia, desacredita o princípio da razoabilidade e infringe uma série de normas infraconstitucionais que podem ser aplicadas na defesa do patrimônio público.

A propósito, foi precisamente a respeito desse caráter que o Supremo Tribunal Federal analisou o sentido e alcance do art. 37, § 5º, da CR/88 no Recurso Extraordinário 852.475/SP, em que a Corte definiu ser **“imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa”** (tese fixada no tema 897 da repercussão geral).

Doravante, cuida analisar a recomposição dos danos não só como obrigação imprescritível, mas a partir de sua **natureza** e da **alta densidade moral** que veicula. A ação de ressarcimento objetiva o retorno ao status quo ante, reparando os prejuízos causados ao erário por quaisquer atos ilícitos, sejam crimes, infrações disciplinares ou atos de improbidade administrativa.

Nesse contexto, a obrigação de reparar os danos não pode ser considerada sanção (penalidade) e, portanto, aplicável em matéria de probidade administrativa somente depois do advento da Lei nº. 8.429/1992. Sob a perspectiva do Direito Administrativo Sancionador, “o ressarcimento ao erário se aproxima mais da teoria da responsabilidade civil do que penal ou das sanções administrativas, pelo que não se submete ao conceito de sanção administrativa”¹⁰⁴. Outrossim, o ressarcimento possui mero **caráter compensatório**, constituindo-se obrigação na seara da responsabilidade civil.

104 OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 113.

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. NATUREZA JURÍDICA. REPOSIÇÃO DO STATUS QUO. FIXAÇÃO EXCLUSIVA. ESVAZIAMENTO DO CONTEÚDO SANCIONATÓRIO.

(...). 5. **A jurisprudência do STJ fixou a compreensão de que o ressarcimento ao Erário não possui natureza de sanção, mas de cominação puramente reparadora dos danos causados ao Erário.** A propósito: REsp 1.185.114/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 4.10.2010; REsp 1.184.897/PE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 27.4.2011; REsp 977.093/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 25.8.2009; REsp 1.019.555/SP, Rel. Ministro Castro Meira, DJe de 29.6.2009; REsp 664.440/MG, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, DJ 8.5.2006. (...).

8. Agravo Regimental provido.

STJ. AgRg no REsp 1366208/MT. Rel. Ministro Humberto Martins. Rel. p/ Acórdão Ministro Herman Benjamin. Segunda Turma. Julgado em 26/04/2016. DJe 07/10/2016. (Destaque nosso).

Desse modo, nada obstante determine o artigo 5º da Lei de Improbidade Administrativa o integral ressarcimento do dano se houver lesão ao patrimônio público (por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro), é fato que a recomposição dos cofres públicos poderia ser fundamentada, em momentos anteriores à 1992, em diplomas legislativos diversos, como o Código Civil de 1916 (Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916)¹⁰⁵. Ora, se a ação de ressarcimento possui

105 Não se despreza que, há época de seu advento, o Código Civil de 1916 visava regular precipuamente relação entre particulares. No entanto, é fato que este diploma normativo vigorou até 2003 e em seu período de vigência ocorreram inúmeras alterações político-sociais. Por exemplo, enquanto vigorava, cinco novas ordens constitucionais (ou seis, para quem considera a Emenda Constitucional nº 01/1969 como uma nova carta) foram implantadas no país, incluindo a Constituição da República de 1988, que constitucionalizou o direito civil e teceu novas concepções de ideais republicanos. O anteprojeto constitucional Afonso Arinos retratou, com certo tom poético, uma nova perspectiva que autorizaria conclusões como essa (no sentido de empregar uma norma civil para a tutela do patrimônio público, bem jurídico especialmente erigido a estatura constitucional na nova ordem): “este trabalho, documento redigido por homens comuns, resume a Esperança e a Fé de nosso Povo. Esta Fé e esta Esperança, como expressões fortes e afirmadoras, têm seu chão em uma realidade povoada de espantos. Somos, como povo, e em nosso tempo, o medo e

natureza compensatória, com nítido viés civil, o artigo 159 do Código Beviláqua poderia embasar a pretensão:

CC/16 – Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, arts. 1.521 a 1.532 e 1.542 a 1.553.

Essa conclusão é válida porque o dever de ressarcir os cofres públicos não deriva da Lei de Improbidade Administrativa, mas decorre da tutela constitucional ao Patrimônio Público e do dever moral social ínsito à noção de probidade.

2.3 – Imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao Erário quando o dano decorrer de ilícitos penais dolosos: aplicação de regras hermenêuticas em favor da solução que mais privilegia o interesse público.

Ademais, deve-se ressaltar que a responsabilização dos agentes públicos pode se disseminar em múltiplas vertentes, assumindo colorido ora administrativo, ora cível, ora penal ou até mesmo puramente moral. Tais vertentes,

a coragem que o vence; a miséria e a ostentação que a humilha; as enfermidades que nos dizimam e o amor que nos multiplica. Em cada homem e em cada mulher deste povo há um herói que não se sabe herói, e que, no círculo do cotidiano, vive as mais duras sagas, decifra os enigmas e doma as esfinges. Dele recolhemos a ira dos injustiçados e a inteligência dos criadores, o conselho sereno dos céticos e as iluminadas rotas da Utopia dos visionários. **Depois de ouvi-lo, cabe-nos sugerir a construção de um Estado que responda à vontade expressa nas ruas, naqueles meses densos de emoção, em que se consolidou, na bravura e na alegria, no sacrifício e na ternura, a transição democrática. O povo quer que a Nação se erga, orgulhosa, sobre os alicerces e pilares da honra. Para isso, em cartas, em memoriais de petição, nos encontros, nos debates, na imprensa, ele nos instou a que propuséssemos uma ordem jurídica aberta, um sistema democrático de Direito e modernos instrumentos de administração política.** A Nação, fatigada dos desencontros, deseja a Paz que se assente na Liberdade e na Justiça, e seja garantida por instituições fortes e duradouras” (destaquei). Diário Oficial (setembro de 1986). Disponível em: <https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/AfonsoArinos.pdf>. Acesso em 14 de junho de 2019.

que condizem com a natureza do ato e sua potencialidade lesiva possibilitarão a aplicação de sanções variáveis em grau e em essência.

Com efeito, o Direito, independentemente do ramo em que se considere, tem a função precípua de garantir a manutenção da paz social, solucionando ou evitando conflitos de forma a permitir a regular convivência em sociedade. No entanto, há casos em que somente o Direito Penal é capaz de evitar a ocorrência de atos ilícitos ou de puni-los à altura da lesão ou do perigo a que submeteram determinado bem jurídico, dotado de relevância para a manutenção da convivência social pacífica¹⁰⁶.

É a partir daí que se verifica a importância do Princípio da Intervenção Mínima, destinado especialmente a orientar a missão fundamental do Direito Penal. Por esse princípio, a repressão criminal somente deve ser aplicada quando estritamente necessário (*ultima ratio*), mantendo-se fragmentária, subsidiária e residual, aplicada apenas e tão somente a conflitos que afetam de forma grave bens jurídicos de maior significação e relevo.

Assim, a incidência das normas penais só se justifica quando tais bens não possam ser eficazmente protegidos por outras áreas do Direito. Se existirem outros meios de sanção ou controle social menos gravosos e suficientes para tutelá-los, a criminalização é inadequada e não recomendável.

No sistema brasileiro, a probidade é uma estrutura axiológica que determina a forma de agir dos agentes públicos. Seu descumprimento atrai a incidência de responsabilidade em diversas categorias, inclusive penal, como se verifica, por exemplo, no Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967, que, ao dispor sobre a responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores, elenca infrações político-administrativas e penais.

No que pertine aos **tipos penais** do Decreto-Lei nº 201/1967, estão previstos no artigo inaugural do diploma e possuem uma nítida distinção: os mais graves, punidos com reclusão, e os de médio potencial ofensivo, punidos com detenção. Os delitos previstos nos incisos I e II do DL nº 201/67 são os mais nefastos, mas todos os comportamentos indesejáveis elencados no artigo 1º pressupõem a

vontade livre e consciente de lesar o erário (nesse sentido, vide AP 997/CE, Relator Min. Celso de Mello, julgada em 24/10/2017).

É de se perceber que tais condutas, tipificadas nos incisos mencionados, também atraem a responsabilidade civil e administrativa, embora sejam insuficientes para reprimi-las.

106 CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal: parte geral* (arts. 1º ao 120). 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 70.

RESPONSABILIDADE DOS AGENTES POLÍTICOS

(decote cronológico a partir de 1939)

NÍVEL INFRACONSTITUCIONAL

Responsabilidade Penal

Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940

Código Penal

Vigência: desde 1º de janeiro de 1942

“Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio: Pena – reclusão, de dois a doze anos, e multa, de cinco contos a cinquenta contos de réis. Aplica-se a mesma pena, se o funcionário público, embora não tendo a posse do dinheiro, valor ou bem, o subtrai, ou concorre para que seja subtraído, em proveito próprio ou alheio, valendo-se de facilidade que lhe proporciona a qualidade de funcionário” (Art. 312 e § 1º).

(Art. 327. Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública. Parágrafo único. Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal.)

O princípio da especialidade revela que a norma especial afasta a incidência da norma geral. Isso não implica na impossibilidade de o agente político cometer, além dos crimes de responsabilidade que lhe são atribuídos por leis especiais, os crimes funcionais tipificados genericamente no Código Penal (arts. 312 a 326) para qualquer agente público (art. 327), desde que a conceituação deste não esteja absorvida por aquele (nesse sentido, Hely Lopes Meirelles in “Responsabilidades do Prefeito”).

Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967

Vigência: desde a data de sua publicação

Art. 1º São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipais, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores:

I – apropriar-se de bens ou rendas públicas, ou desviá-los em proveito próprio ou alheio;

II – utilizar-se, indevidamente, em proveito próprio ou alheio, de bens, rendas ou serviços públicos; (...).

A Lei nº 10.028, de 19 de outubro de 2000, inseriu mais 8 (oito) importantes incisos ao artigo 1º, que permanecem em vigor.

RESPONSABILIDADE DOS AGENTES POLÍTICOS

(decote cronológico a partir de 1939)

NÍVEL INFRACONSTITUCIONAL

Responsabilidade Penal

Lei nº 3.164, de 1º de junho de 1957

Lei Pitombo-Godói Ilha

Vigência: da data de publicação até 2/06/1992.

Essa lei não veiculou de forma minuciosa as condutas atentatórias à probidade e sujeitas a sanção civil e administrativa, contentando-se a dispor que: “são sujeitos a sequestro e à sua perda em favor da Fazenda Pública os bens adquiridos pelo servidor público, por influência ou abuso de cargo ou função pública, ou de emprêgo em entidade autárquica, sem prejuízo da responsabilidade criminal em que tenha aquêle incorrido” (Art. 1º, caput)

Lei nº 3.502, de 21 de dezembro de 1958

Lei Bilac Pinto

Vigência: da data de publicação até 2/06/1992.

Esta lei não revogou a lei anterior, antes foi editada com o objetivo de complementá-la. No entanto, não previu hipóteses de lesão ao erário. De acordo com essa lei:

“O servidor público, ou o dirigente, ou o empregado de autarquia que, por influência ou abuso de cargo ou função, se beneficiar de enriquecimento ilícito ficará sujeito ao seqüestro e perda dos respectivos bens ou valores. A expressão ‘servidor público’ compreende todas as pessoas que exercem na União, nos Estados, nos Territórios, no Distrito Federal e nos municípios, quaisquer cargos funções ou empregos, civis ou militares, quer sejam eletivos quer de nomeação ou contrato, nos órgãos dos Poderes Executivo, Legislativo ou Judiciário” (Art. 1º e § 1º).

“Constituem casos de enriquecimento ilícito, para os fins desta lei: (...) a incorporação ao patrimônio privado, sem as formalidades previstas em leis, regulamentos estatutos ou em normas gerais e sem a indenização correspondente, de bens ou valores do patrimônio de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º e seus parágrafos (...) a utilização em obras ou serviços de natureza privada de veículos máquinas e materiais de qualquer natureza de propriedade da União, Estado, Município”. (Art. 2º, alíneas a e f).

Lei 8.429, de 2 de junho de 1992

Lei de Improbidade Administrativa

Vigência: desde a data de publicação

“Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente: (...) incorporar, por qualquer forma, ao seu patrimônio bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei e usar, em proveito próprio, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei.” (Art. 9º, incs. XI e XII).

Também:

“Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente: facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei e permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie” (Art. 10, incs. I e II).

Como consequência patrimonial da conduta desviante, independente se punida no âmbito criminal e/ou civil, os prejuízos econômicos causados ao patrimônio público devem ser reparados. Ora, se na guisa do entendimento fixado pelo e. STF são imprescritíveis as ações de ressarcimento fundadas na prática de **ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa**, porque seriam prescritíveis as **ações de ressarcimento fundadas em ilícitos penais dolosos**, que são mais gravosos que a improbidade propriamente dita?

Examinando sob essa ótica, parece justificável aplicar a tais casos as regras de hermenêutica jurídica segundo as quais “onde houver o mesmo fundamento haverá o mesmo direito” (*ubi eadem ratio ibi idem jus*) e “onde há a mesma razão de ser, deve prevalecer a mesma razão de decidir” (*ubi eadem legis ratio ibi eadem dispositio*), principalmente porque essa interpretação é a que mais privilegia o patrimônio público.

Se um comportamento doloso é de tal modo grave que é capaz de atrair a tutela penal – que como visto é a derradeira trincheira do Direito –, não podem prevalecer razões jurídicas que obstaculizem

a adaptação e aplicação da tese fixada no tema 897 da repercussão geral (imprescritibilidade das ações de ressarcimento), já que todo o ilícito penal cometido por agente público, no exercício da função pública ou em razão desta, que venha a gerar dano ao erário, representa, invariavelmente, injustificável ofensa administrativa e cível.

Outrossim, considerando a escolha do Poder Constituinte Originário em consignar especial tutela aos cofres públicos, deve-se considerar a similaridade entre os casos em que o dano ao erário decorre de ação ou omissão de agente público, configuradora de **ilícito penal doloso**, e as situações tratadas no tema 897 da repercussão geral. A aplicação do direito, nessa hipótese, deve ponderar a crise econômica e política que sociedade brasileira enfrenta há alguns anos, potencializada por inúmeros escândalos de corrupção e menosprezo ao erário. Assim, há de se encampar a hermenêutica que confira máxima proteção possível ao patrimônio público, sob pena de fazer letra morta o comando constitucional e a ratio da tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal.

Aliás, em sintonia com o entendimento ora esposado, o STF, no julgamento do RE 669.069, com força de repercussão geral (tema 666), assentou que “é prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil.” Em sede de embargos de declaração, foi esclarecido que “não se consideram ilícitos civis, de um modo geral, os que decorrem de infrações ao direito público, como os de natureza penal, os decorrentes de improbidade e assim por diante.”

3) DAS IRREGULARIDADES DETECTADAS

Como já exposto, a ação de ressarcimento do dano suportado pelo erário reveste-se do atributo da imprescritibilidade quando decorrente de **ato de improbidade administrativa doloso ou de ação ou omissão de agente público, configuradora de ilícito penal doloso**.

Os fatos ora investigados remontam os idos de 1990 sendo, portanto, anteriores à vigência da Lei de Improbidade Administrativa.

Assim, no caso em apreço (fatos ocorridos no ano de 1990), a imprescritibilidade da ação que visa o ressarcimento do dano suportado pelo erário exige a comprovação de que tal dano decorre de ação ou omissão de agente público, configuradora de ilícito penal doloso.

Pois bem!

Quanto às irregularidades descritas nos itens: 4 - falta de demonstração de saldos orçamentários; 5 – ausência de prévio empenho; e, 8 – inobservância dos critérios de classificação das despesas, nota-se que delas, por si só, não decorrem danos ao erário, não havendo que se falar, nestes casos, portanto, em propositura de qualquer ação de ressarcimento.

Já no que concerne às irregularidades descritas nos itens: 1 – Remuneração do Prefeito e do Vice-Prefeito não obedeceu às disposições legais; 2) Remuneração dos vereadores não obedeceu às disposições legais; 3) Verba de Representação do Presidente da Câmara não obedeceu às

disposições legais; 6) Falta de quitação dos favorecidos; 7) Ausência de documentos legais/ficiais comprobatórios das despesas; 9 – inobservância de disposições legais para concessão de subvenções e auxílios para despesas de capital e contribuições correntes; 10) Despesas não afetadas à competência Municipal; 11) Despesas sem prévio processo licitatório; 12) Despesas com publicidade, incluindo promoção pessoal; 13) Juros sobre dívidas não pagas em tempo hábil; e, 14 – adiantamento a funcionários, sem comprovação de posterior desconto na folha, em que pese delas poderem advir danos ao erário do Município de Divinópolis, não se mostram presentes elementos probatórios que permitam a formação da opinião ministerial no sentido de que esses danos decorreriam de ilícito penal **doloso**.

Outrossim, na atualidade, **transcorridas praticamente três décadas da época dos fatos**, apresenta-se inviável a deflagração de qualquer linha investigativa, com chances mínimas de sucesso, voltada à produção de provas que permitam ao Ministério Público alicerçar uma ação de ressarcimento e, sob o crivo do contraditório, perante o Judiciário, obter uma decisão condenatória reconhecendo que tais danos decorreram de ações ou omissões de agentes públicos, configuradoras de ilícitos penais dolosos.

Nesta linha, forçosa a conclusão de que o arquivo é o único destino que se mostra cabível ao presente feito, tendo em vista a fragilidade das provas produzidas, incapazes de demonstrar que os danos sofridos pelo erário de Divinópolis, nos idos de 1990, decorrem de ações ou omissões de agentes públicos, configuradoras de ilícitos penais dolosos, e, conseqüentemente, de afastar o reconhecimento da consumação da prescrição da ação de ressarcimento.

4) CONCLUSÃO

Diante do posicionamento do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 852.475, no qual fixou a tese de que são “imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa”, e no Recurso Extraordinário nº 669.069, a contrario sensu, conclui-se se que **as**

ações de ressarcimento ao erário fundadas em condutas omissivas ou comissivas de agentes públicos, configuradoras de ilícitos penais dolosos, são, igualmente, imprescritíveis, ante o fundamento moral social do dever de probidade.

Por outro lado, (i) considerando que das irregularidades apontadas nos itens 4 - falta de demonstração de saldos orçamentários; 5 - ausência de prévio empenho; e, 8 - inobservância dos critérios de classificação das despesas, por si só, não decorrem danos ao erário. (ii) considerando a falta de provas no sentido de que os danos gerados a partir das irregularidades descritas nos itens 1 - Remuneração do Prefeito e do Vice-Prefeito não obedeceu às disposições legais; 2) Remuneração dos vereadores não obedeceu às disposições legais; 3) Verba de Representação do Presidente da Câmara não obedeceu às disposições legais; 6) Falta de quitação dos favorecidos; 7) Ausência de documentos legais/ficiais comprobatórios das despesas; 9 - inobservância de disposições legais para concessão de subvenções e auxílios para despesas de capital e contribuições correntes; 10) Despesas não afetas à competência Municipal; 11) Despesas sem prévio processo licitatório; 12) Despesas com publicidade, incluindo promoção pessoal; 13) Juros sobre dívidas não pagas em tempo hábil; e, 14 - adiantamento a funcionários, sem comprovação de posterior desconto na folha, decorreriam de ação ou omissão de agente público, configuradora de ilícito penal doloso, e, finalmente, (iii) considerando o imenso lapso temporal já transcorrido desde a época dos fatos (29 anos), inviabilizando, deste modo, a propositura de ação de ressarcimento, por força da consumação da prescrição, posiciona-se este Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Justiça de Defesa do Patrimônio Público pelo arquivamento do presente inquérito civil.

Finalmente, **cumprir registrar a satisfação e o agradecimento da coordenadoria do CAOPP ao E. Conselho Superior do Ministério Público por mais uma oportunidade que lhe é conferida para externar posição em temas de relevante interesse na seara do patrimônio público.**

Belo Horizonte, 19 de junho de 2019.

JOSÉ CARLOS FERNANDES JUNIOR

Promotor de Justiça

Coordenador do CAO – Patrimônio Público



Av. Álvares Cabral, 1.740, 3º andar, bairro Santo Agostinho
Belo Horizonte/MG - CEP 30.170-916
www.mpmg.mp.br - dipe@mpmg.mp.br