

ISSN 012-7751

**REVISTA DO TRIBUNAL
DE CONTAS DO
DISTRITO FEDERAL**

R. Tribunal de Contas do Distrito Federal, 36 jan./dez. 2010

REVISTA EDITADA PELA SEÇÃO DE DOCUMENTAÇÃO

SUPERVISÃO:

Vice-Presidente Conselheiro Manoel Paulo de Andrade Neto

COORDENAÇÃO:

Vânia de Fátima Pereira

Chefe da Seção de Documentação

ORGANIZAÇÃO:

Lilia Márcia Pereira Vidigal de Oliveira

Bibliotecária

REVISÃO:

Carmen Regina Oliveira de Souza Cremasco

Bibliotecária

Toda correspondência deve ser dirigida a esta Seção :

TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL

Seção de Documentação

Praça do Buriti – Ed Costa e Silva – Brasília-DF - – 70070-500

biblioteca@tc.df.gov.br

Endereço eletrônico: http://www.tc.df.gov.br/web/biblioteca_apos_anjos_publicacoes_tcdf

Revista do Tribunal de Contas do Distrito Federal, nº 1 – 1975 –

Brasília, Seção de Documentação, 2010.

Anual.

ISSN 012-7751

1. Controle externo - Distrito Federal. 2. Gastos públicos - fiscalização - Distrito Federal. I. Tribunal de Contas do Distrito Federal.

CDU 336.126.55(81)(05)

TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL

COMPOSIÇÃO DE 2010

Conselheiros

Anilcéia Luzia Machado - Presidente

Manoel Paulo de Andrade Neto -Vice-Presidente

Ronaldo Costa Couto

Marli Vinhadeli

Antônio Renato Alves Rainha

Domingos Lamoglia de Sales Dias

Inácio Magalhães Filho

Auditor

José Roberto de Paiva Martins

Ministério Público

Márcia Ferreira Cunha Farias - Procuradora-Geral

Cláudia Fernanda de Oliveira Pereira

Demóstenes Tres Albuquerque



SUMÁRIO

DOCTRINA

INÁCIO MAGALHÃES FILHO O controle social e as denúncias nos tribunais de contas.....	9
LUIZ GENÉDIO MENDES JORGE A representação federativa como condição de eficácia da LRF....	19
AMAURI ALVES NERY E LEONARDO JOSÉ ALVES LEAL NERI O fiscal de contratos públicos.....	25
A relevância da alocação de riscos em contratos de parcerias público – privadas.....	47
CÁSSIA CORREIA PESSOA ARAGÃO O papel do sistema de registro de preços, na modalidade de pregão, no atual panorama das licitações e contratos da administração pública.....	99
ROSIMARY MARTINS MEDEIROS Aposentadoria por invalidez: a reforma previdenciária e o direito adquirido à integralidade dos proventos e à paridade.....	144
IVAN BARBOSA RIGOLIN <i>Crueldade oficial</i> : 1) pagamento de contrato não se suspende por falta de documentos da habilitação; 2) pena de suspensão não se estende a toda a administração por mera inserção em <i>site</i> do governo - segunda e última parte.....	196
Lei das licitações é novamente alterada - a MP nº 495, de 19/7/10.....	205
PARECER	
INÁCIO MAGALHÃES FILHO Base de cálculo de aposentadorias proporcionais, concedidas com apoio nas regras da Emenda Constitucional nº 41/2003.....	219
Conceito de “efetivo exercício no serviço público.....	228



DOCTRINA



O CONTROLE SOCIAL E AS DENÚNCIAS NOS TRIBUNAIS DE CONTAS

Inácio Magalhães Filho
Conselheiro do Tribunal de Contas do Distrito Federal

“O povo, por ele próprio, quer sempre o bem, mas, por ele próprio, nem sempre o conhece.” (Jean-Jacques Rousseau)

1. Introdução – 2. A Constituição Cidadã e o controle social – 3. O controle social e os Tribunais de Contas – 4. Denúncias nos Tribunais de Contas – 5. Entendimentos do STF acerca das denúncias – 6. Denúncias anônimas e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção – 7. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

De acordo com as lições dos administrativistas clássicos Jules Henry Fayol e F. W. Taylor, controlar destaca-se como uma função de qualquer empresa, ao lado de prever, organizar, comandar e coordenar. Hely Lopes Meirelles define o controle, em tema de administração pública, como: “a faculdade de vigilância, orientação e correção que um Poder, órgão ou autoridade exerce sobre a conduta funcional de outro”.¹

O controle consiste, portanto, em verificar se tudo ocorre de acordo com o programa adotado, as ordens dadas e os princípios admitidos; concilia planejamento, organização, comando e coordenação e deve ser realizado em tempo adequado. Tem por objetivo assinalar os erros, a fim de que se possa repará-los e evitar sua repetição, e os agentes motivadores das falhas devem ser responsabilizados.

Por conseguinte, a atividade de controle é essencial para qualquer entidade. Principalmente para o Estado, que necessita instituir um controle forte e efetivo sobre suas próprias ações para que

¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, p. 624.

possa cumprir sua obrigação de zelar o bem público, em benefício da coletividade e da ordem social e em consonância com os princípios constitucionais que regem a Administração Pública — da Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência.

O poder e o direito de controlar (ou fiscalizar) também procede do povo, de forma direta (orçamentos participativos, denúncias) ou indireta, por intermédio dos seus representantes eleitos no Legislativo. Este é o controle social; é a participação da sociedade na gestão pública, na tomada de decisões e no acompanhamento das atividades estatais, de forma a assegurar a correta aplicação dos recursos públicos.

2. A CONSTITUIÇÃO CIDADÃ E O CONTROLE SOCIAL

A Constituição da República Federativa do Brasil foi batizada como Constituição Cidadã pelo saudoso constituinte Deputado Ulisses Guimarães, para ressaltar a conquista dos direitos sociais e individuais garantidos no novo Contrato Social.

Além de todas as inovações trazidas nos aspectos da relação de soberania do Estado brasileiro, nas garantias, coletivas e individuais, na proteção da família, da criança, do adolescente, do idoso, do índio e do meio ambiente, também ocorreram avanços em dispositivos relativos às finanças públicas, à ordem econômica e financeira, às políticas urbana, agrícola e fundiária e à reforma agrária, entre outros temas de interesse social.

O texto constitucional transcendeu os direitos populares clássicos, como voto, referendo e plebiscito. Conferiu aos cidadãos e à sociedade civil organizada, entre outros, o direito à informação, à prestação de contas, à participação nos colegiados de órgãos públicos, à iniciativa popular de projetos de lei, à participação na gestão da seguridade social, à ação popular, à ação civil pública, à denúncia perante o controle externo em face de irregularidades.

Apesar de o controle social não ter surgido com a Constituição de 1988, ela serviu de marco para a democracia brasileira, ao fortalecer o conceito de cidadania e estabelecer várias formas diretas de participação popular.

A Lei Complementar nº 101/2000 teve, sim, papel importante no incremento do controle social no Brasil, ao prever a ampla divulgação de instrumentos de gestão orçamentária, o incentivo à participação popular, a realização de audiências públicas e a disponibilização das

contas do Chefe do Poder Executivo, no respectivo Legislativo, para consulta e apreciação pelos cidadãos e instituições da sociedade.

Nesse contexto, surge a relevância dos Tribunais de Contas. Na história do constitucionalismo brasileiro, nunca outra Carta Magna atribuiu tamanha importância ao Tribunal de Contas da União. O artigo 71, *caput*, da CF/88 prevê que: “O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União” (...).

Assim sendo, o Tribunal de Contas da União funciona como um órgão técnico que auxilia o Poder Legislativo na função de controle externo. Da mesma forma, também por disposição constitucional (art. 75, da CF/88), foram aplicadas aos Tribunais de Contas dos demais entes da Federação as disposições atribuídas ao TCU, com as adaptações estabelecidas nas respectivas Constituições Estaduais e Leis Orgânicas.

Pela primeira vez também, foi prevista, em um texto constitucional, a possibilidade de o cidadão apresentar diretamente denúncias² perante o Tribunal de Contas da União e, em decorrência do Princípio do Paralelismo³, as demais Cortes de Contas dos entes federativos.

3. O CONTROLE SOCIAL E OS TRIBUNAIS DE CONTAS

Na busca de se obter uma comunicação mais efetiva com a população e criar uma rede de controle para prevenir a corrupção, o Tribunal de Contas da União passou a estabelecer planos estratégicos estimulando o controle social (Portarias–TCU n^{os} 59/2003 e 02/2006).

Em 2004, foi instituída a Ouvidoria do TCU, abrindo um canal permanente para a apresentação de denúncias, atualmente regulamentada pela Resolução–TCU n^o 199/2006.

Nas demais Cortes de Contas, no âmbito do Programa de Modernização do Sistema de Controle Externo dos Estados, Distrito Federal e Municípios Brasileiros, denominado PROMOEX, as programações locais incluem a criação de ouvidorias, em cujas atribuições consta a recepção de denúncias efetuadas pela sociedade.

² Art. 74. (...) § 2º, da CF/88 – “Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União”.

³ Princípio do Paralelismo – princípio que preconiza que a simetria entre os entes federativos deve ser mantida.

4. DENÚNCIAS NOS TRIBUNAIS DE CONTAS

Em geral, para que uma denúncia seja recebida por Tribunal de Contas, são necessários os seguintes requisitos: 1º) versar sobre matéria de competência do respectivo Tribunal de Contas; 2º) referir-se a administrador ou responsável sujeito à jurisdição do mesmo Tribunal; 3º) ser redigida em linguagem clara e objetiva; 4º) conter o nome legível do denunciante, sua qualificação e, em se tratando de cidadão, a prova de tal condição (título de eleitor); e 5º) descrição da irregularidade e, se for o caso, os indícios que a comprovem.

No Tribunal de Contas do Distrito Federal – TCDF, por exemplo, os art. 195 e 196 do seu Regimento Interno regulamentam que:

Art. 195. O Tribunal receberá denúncias ou representações sobre ilegalidades, irregularidades ou abusos havidos no exercício da administração orçamentária, financeira ou patrimonial dos órgãos e entidades sujeitos à sua jurisdição.

§ 1º Enquanto não proferida decisão definitiva, dar-se-á tratamento sigiloso aos processos de denúncia.

§ 2º Concluída a apuração, o Tribunal decidirá se deve ser mantido o sigilo com relação ao objeto e à autoria da denúncia.

§ 3º Considerada a gravidade dos fatos e das provas, poderá dar-se prioridade à apreciação da denúncia.

Art. 196. O Tribunal não conhecerá de denúncia anônima, podendo valer-se das informações que contiverem na realização das auditorias e inspeções de sua competência.

Extrai-se dessa norma, que, enquanto não for concluída a apuração da denúncia no TCDF, será dado tratamento sigiloso ao respectivo processo e que o Tribunal não dará prosseguimento à apuração de denúncias anônimas, mas que poderá utilizar-se de informações fornecidas na denúncia em auditorias e inspeções.

Também no TCDF, foi aprovada recentemente, em 11 de março de 2010, a Resolução nº 207, que dispõe sobre a tramitação de processos sigilosos e o tratamento dado para a preservação da autoria de denúncias:

Art. 2º Serão considerados originariamente sigilosos e classificados e atuados em processos específicos:

I – os documentos ou informações enviados em atendimento aos arts. 84 e 94 da Lei Complementar Distrital nº 1/94 – LC nº 1/94;

II – a autoria da denúncia e o objeto, nos termos do art. 54 da LC nº 1/94, até decisão definitiva da matéria, exceto quando sua divulgação tenha sido expressamente autorizada.

§ 1º Não se aplica o disposto no inciso II à autoridade ou agente político que, no exercício de dever funcional, apresentar representação ou denúncia.

§ 2º Na preservação da autoria da denúncia e do objeto, o documento original deverá ser substituído por extrato ou cópia com as necessárias omissões, devendo o original ser autuado em processo apartado, classificado como sigiloso e arquivado, até decisão definitiva da matéria.

Esse normativo reafirma o caráter sigiloso das denúncias no TCDF; a divulgação dos fatos nelas contidos somente se dará com autorização expressa.

No mesmo sentido é a regulamentação do assunto no Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, à exceção do tratamento dado às denúncias anônimas:

Art. 234. Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União.

(...)

§ 2º A denúncia que preencha os requisitos de admissibilidade será apurada em caráter sigiloso, até que se comprove a sua procedência, e somente poderá ser arquivada após efetuadas as diligências pertinentes, mediante despacho fundamentado do relator.

§ 3º Reunidas as provas que indiquem a existência de irregularidade ou ilegalidade, serão públicos os demais atos do processo, observado o disposto no art. 236, assegurando-se aos acusados oportunidade de ampla defesa.

(...)

Art. 235. A denúncia sobre matéria de competência do Tribunal deverá referir-se a administrador ou responsável sujeito à sua jurisdição, ser redigida em linguagem clara e objetiva, **conter o nome legível do denunciante, sua qualificação e endereço**, e estar acompanhada de indício concernente à irregularidade ou ilegalidade denunciada.

Parágrafo único. O relator ou o Tribunal não conhecerá de denúncia que não observe os requisitos e formalidades prescritos no caput, devendo o respectivo processo ser arquivado após comunicação ao denunciante.

Art. 236. No resguardo dos direitos e garantias individuais, o Tribunal **dará tratamento sigiloso às denúncias formuladas**, até decisão definitiva sobre a matéria.

§ 1º Ao decidir, caberá ao Tribunal manter ou não o sigilo quanto ao objeto da denúncia, devendo mantê-lo, em qualquer caso, quanto à autoria.

§ 2º O denunciante não se sujeitará a nenhuma sanção administrativa, cível ou penal em decorrência da denúncia, salvo em caso de comprovada má-fé.

Quanto ao acesso de interessados ao processo de denúncia, a regulamentação do assunto no TCDF consta da Resolução nº 207/2010, a qual determina que:

Art. 27. A vista a documentos e processos sigilosos será permitida:

(...)

IV – ao interessado ou a seu procurador, mediante solicitação por escrito, que será juntada aos autos, restringindo-se, neste caso, às peças já existentes nos autos até a última decisão do Tribunal ou despacho do Relator;

V – a terceiros, desde que amparados por ordem judicial.

Ao se falar em interessados e denunciante, importante resgatar a orientação do Tribunal de Contas da União para o assunto. O TCU, anteriormente, não considerava o denunciante interessado no processo; uma vez iniciado o procedimento de apuração da denúncia, o Tribunal encarregava-se da investigação e não lhe permitia vistas ou cópias dos autos.

Porém, em dezembro de 1996, editou a Resolução nº 78, que passou a permitir que o denunciante configurasse como interessado no processo e tivesse direito a vista e cópia dos autos, quando provasse o risco de lesão a direito subjetivo próprio.

Entretanto, pela Resolução nº 155/2002, foi aprovado o novo Regimento do TCU, que não acolheu a equiparação automática do denunciante a interessado. Assim, o denunciante precisa agora demonstrar em seu pedido, de forma clara e objetiva, razão legítima para intervir no processo (esse entendimento foi consolidado a partir do Acórdão nº 1.017/2005⁴).

5. ENTENDIMENTOS DO STF ACERCA DO SIGILO DAS DENÚNCIAS

A questão acerca do sigilo dos processos de denúncia sempre foi tópico polêmico no âmbito dos Tribunais, notadamente no Supremo Tribunal Federal.

O art. 5, inciso IV, da Constituição Federal, dispõe que: *“é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”*. À primeira vista, poder-se-ia entender que os Tribunais de Contas não deveriam admitir denúncias não identificadas (anônimas) ou contendo qualificação inadequada do denunciante e, conseqüentemente, deveriam arquivar os autos.

O art. 55 da Lei Orgânica do TCU previa que:

⁴ “O denunciante só integrará a relação processual na qualidade de interessado se demonstrar, de forma clara e objetiva, a possibilidade de lesão a direito subjetivo próprio. Caso contrário, ele não poderá praticar atos processuais tais como solicitar vistas e cópias dos autos ou recorrer” (Acórdão nº 1.017/2005 – Plenário).

Art. 55. No resguardo dos direitos e garantias individuais, o Tribunal dará tratamento sigiloso às denúncias formuladas, até decisão definitiva sobre a matéria.

§ 1º Ao decidir, caberá ao Tribunal manter ou não o sigilo quanto ao objeto e à autoria da denúncia.

§ 2º O denunciante não se sujeitará a qualquer sanção administrativa, cível ou penal, em decorrência da denúncia, salvo em caso de comprovada má-fé.

O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade desse dispositivo quanto ao sigilo do autor de denúncias contra servidores públicos (MS 24405, rel. Min. Carlos Velloso, 3.12.2003):

Decisão: O Tribunal, por maioria, vencido o Senhor Ministro Carlos Britto, deferiu a segurança e declarou, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade da expressão constante do § 1º do artigo 55 da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União nº 8.443, de 16 de julho de 1992, “manter ou não o sigilo quanto ao objeto e à autoria da denúncia”, e ao contido no disposto no Regimento Interno do TCU, que quanto à autoria da denúncia, estabelece que será mantido o sigilo. Votou o Presidente o Senhor Ministro Maurício Corrêa. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Celso de Mello. Plenário, 03.12.2003.

Nessa ação, os Ministros do STF entenderam não ser condizente com a Constituição a norma que autorizava o TCU a manter o sigilo em relação ao nome da pessoa que, perante aquela Corte, faz denúncia contra administradores públicos da prática de irregularidades. Ao final, o Tribunal, por maioria de votos, decidiu que a manutenção do sigilo do denunciante desrespeita a Constituição.

O Senado Federal, então, em cumprimento ao decisório do STF, promulgou a Resolução nº 16/2006, na qual determina a suspensão da expressão “manter ou não o sigilo quanto ao objeto e à autoria da denúncia” do normativo do TCU.

Em relação à possibilidade de atuação dos Tribunais de Contas em face de denúncias anônimas apresentadas, o STF firmou este entendimento ao analisar o Mandato de Segurança nº 24.639:

Ementa: delação anônima. Comunicação de fatos graves que teriam sido praticados no âmbito da administração pública. Situações que se revestem, em tese, de ilicitude (procedimentos licitatórios supostamente direcionados e alegado pagamento de diárias exorbitantes). A questão de vedação constitucional do anonimato (CF, art. 5º, IV, “in fine”), em face da necessidade ético-jurídica de investigação de condutas funcionais desviantes. **Obrigação estatal, que, imposta pelo dever de observância dos postulados da legalidade, da impessoalidade e da moralidade administrativa (CF, art. 37, “caput”), torna inderrogável o encargo de apurar comportamentos eventualmente lesivos ao interesse público.** Razões de interesse social

em possível conflito com a exigência de proteção à incolumidade moral das pessoas (CF, art. 5º, X). O Direito Público Subjetivo do cidadão ao fiel desempenho, pelos agentes estatais, do dever de probidade constituiria uma limitação externa aos direitos da personalidade? Liberdades em antagonismo. Situação de tensão dialética entre princípios estruturantes da ordem constitucional. Colisão de direitos que se resolve, em cada caso ocorrente, mediante ponderação dos valores e interesses em conflito. Considerações doutrinárias. Liminar Indeferida (MS nº 24.369, 10 de outubro de 2002. Ministro Celso de Mello).

Como bem salientou o Ministro Celso de Mello, relator do voto condutor da decisão proferida no Mandato:

Isto significa, em um contexto de liberdades em conflito, que a colisão dele resultante há de ser equacionada, utilizando-se, esta Corte, do método – que é apropriado e racional – da ponderação de bens e valores, de tal forma que **a existência de interesse público na revelação e no esclarecimento da verdade, em torno de supostas ilicitudes penais e/ou administrativas que teriam sido praticadas por entidade autárquica federal, bastaria, por si só, para atribuir, à denúncia em causa (embora anônima), condição viabilizadora da ação administrativa** adotada pelo E. Tribunal de Contas da União, na defesa do postulado ético-jurídico da moralidade administrativa, em tudo incompatível com qualquer conduta desviante do *improbus administrator*.

Portanto, o STF entendeu que o fato de o anonimato estar vedado na Constituição Federal não autoriza a Administração Pública a se eximir, por ausência de identificação do denunciante, de tomar as providências necessárias para apurar as situações irregulares.

6. DENÚNCIAS ANÔNIMAS E A CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA A CORRUPÇÃO

Comente-se, ainda, que o Brasil, no Decreto nº 5.687/06, aprovou a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, que vigora, portanto, em nosso ordenamento jurídico com força de lei.

A Convenção reconhece a denúncia anônima, nos seguintes termos:

2. Cada Estado-Parte adotará medidas apropriadas para garantir que o público tenha conhecimento dos órgãos pertinentes de luta contra a corrupção mencionados na presente Convenção, e facilitará o acesso a tais órgãos, quando proceder, para a denúncia, inclusive anônima, de quaisquer incidentes que possam ser considerados constitutivos de um delito qualificado de acordo com a presente Convenção.

7. CONCLUSÃO

A Constituição Cidadã trouxe clara proposta para que o povo possa exercer suas prerrogativas de fiscalizar os recursos públicos da forma mais direta possível. Em razão disso, a função fiscalizadora exercida pelo Congresso Nacional, auxiliado pelo Tribunal de Contas da União, deve ser apresentada de forma transparente e estar disponível para consulta pela população.

A Lei de Responsabilidade Fiscal criou os elementos para implementação desse controle social. Também, proporcionou maior transparência na gestão administrativa e possibilitou a responsabilização dos gestores que pratiquem irregularidades no gasto dos dinheiros públicos.

Existem também, em tramitação no Congresso Nacional, projetos de lei que tratam especificamente da elaboração de uma Lei de Responsabilidade Social.

É fato que a nossa população ainda tem muito receio em utilizar os instrumentos como denúncias e representações junto ao Poder Legislativo ou aos Tribunais de Contas. Entretanto, somente com o real incentivo desse exercício pelos órgãos responsáveis pelo controle, o cidadão e a sociedade civil sentirão segurança para propor a apuração de todos os fatos irregulares de que tomarem conhecimento.

Nesse contexto, a meu sentir, o fato de a denúncia ter sido feita sem a devida identificação do denunciante acarretará apenas mudanças na natureza e na tramitação da matéria.

No caso de denúncias não identificadas, o Tribunal de Contas — entendendo que há indícios quanto à veracidade e à gravidade dos fatos narrados e em consonância com a faculdade do poder-dever de agir do qual está investido — determinará que o respectivo processo deixe de ser tratado como denúncia, com a chancela de sigilo que lhe é peculiar, e se enquadre em uma das situações regulares de fiscalização, tais como inspeções e auditorias.

No procedimento de apuração dos fatos narrados numa denúncia, identificada ou não, é imprescindível que haja cuidado para evitar que as Cortes de Contas sejam indevidamente utilizadas por pessoas imbuídas de má-fé, com fim de denegrir agentes públicos ou intenção meramente política.

Importante lembrar que, em se tratando de denúncias identificadas, não se comprovando os fatos narrados e provando-se a

má-fé, a situação poderá ser enquadrada no tipo de denúncia caluniosa (art. 339 do CP) ou em ato de improbidade (art. 19 da Lei nº 8.429/92).⁵

Por fim, mesmo que as denúncias sejam efetuadas pela sociedade e consideradas procedentes pelas Cortes, resta aos Tribunais de Contas um longo caminho a percorrer para que suas decisões sejam efetivamente cumpridas, com o consequente ressarcimento dos prejuízos e a responsabilização dos agentes infratores.

Nas palavras do mestre constitucionalista português, José Joaquim Gomes Canotilho:

os Tribunais de Contas, mesmo com funções jurisdicionais, como é o caso do Tribunal de Contas português, continuam a ser ‘cavaleiros sem espada’, pois não lhes é reconhecido poder cassatório legitimador da anulação de actos oriundos do poder executivo ou do poder legislativo. Isto justifica a acentuação da relevância de informação, publicidade e das tomadas de posição dos Tribunais de Contas quanto à correcção económico-financeira das opções políticas.⁶

⁵ Art. 339 do CP - Dar causa a instauração de investigação policial, de processo judicial, instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente: (Alterado pela L-010.028-2000)

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.

Art. 19 da Lei nº 8.429/92. Constitui crime a representação por ato de improbidade contra agente público ou terceiro beneficiário, quando o autor da denúncia o sabe inocente.

Pena: detenção de seis a dez meses e multa.

Parágrafo único. Além da sanção penal, o denunciante está sujeito a indenizar o denunciado pelos danos materiais, morais ou à imagem que houver provocado.

⁶ Revista do Tribunal de Contas de Portugal nº 49, jan./jun. 2008, p. 37.

A REPRESENTAÇÃO FEDERATIVA COMO CONDIÇÃO DE EFICÁCIA DA LRF

Luiz Genélio Mendes Jorge
Inspetor de Controle Externo do TCDF

A vida está cheia de desafios que, se aproveitados de forma criativa, transformam-se em oportunidades.
[Maxwell Maltz]

A primeira década de vigência da Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF convida-nos a refletir sobre a eficácia deste importante marco jurídico no contexto federativo brasileiro.

Para compreender o alcance do vocábulo eficácia, socorremos, inicialmente, dos ensinamentos de Miguel Reale¹, formulador da Teoria Tridimensional do Direito: “a vigência se refere à norma; a eficácia se reporta ao fato, e o fundamento expressa sempre a exigência de um valor”.

Mais adiante, explica:

a eficácia se refere, pois, à aplicação ou execução da norma jurídica, ou por outras palavras, é a regra jurídica enquanto momento da conduta humana. A sociedade deve viver o Direito e como tal reconhecê-lo. Reconhecido o Direito, é ele incorporado à maneira de ser e de agir da coletividade.

Tercio Sampaio Ferraz Jr.², ao dispor sobre o tema, pontua que: a eficácia é uma qualidade na norma que se refere à possibilidade de produção concreta de efeitos, porque estão presentes as condições fáticas exigíveis para sua observância, espontânea ou imposta, ou para a satisfação dos objetivos visados (efetividade ou eficácia social), ou porque estão presentes as condições técnico-normativas exigíveis para sua aplicação (eficácia técnica).

Esclarecido o sentido que pretendemos empregar ao termo, cabe aplicá-lo aos dispositivos da LRF que serão objeto de reflexão neste artigo. Esta análise não será estendida aos demais dispositivos da Lei, em virtude da amplitude que o legislador quis empregar à norma, justificada, em parte, pelo positivismo normativo pátrio.

¹ REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 112 e 116

² FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 203.

Nesta breve análise, abordaremos - Conselho de Gestão Fiscal (art. 67), transparência da gestão fiscal (seção I) e contabilidade de custos (art. 50, § 3º).

Como dito, o conceito aqui empregado para eficácia refere-se à produção, na sociedade, dos efeitos almejados pelo legislador, o que pode ser identificado nos princípios constantes da LRF.

Para que a LRF alcance seus objetivos, é primordial a colaboração das Cortes de Contas, pois detêm uma capilaridade singular, ou seja, chegam a todos os gestores públicos brasileiros, destinatários diretos dos princípios insculpidos na LRF.

A capilaridade decorre da abrangência de suas competência constitucionais, posto que alcançam *“qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária”*³. Assim, os Tribunais de Contas, para exercer suas funções fiscalizadora, judicante, sancionadora, informativa, corretiva e normativa, mantêm relação direta e permanente com todos os gestores públicos brasileiros.

Côncias das responsabilidades outorgadas pela LRF, as Cortes de Contas, em primeira hora, iniciaram programa inédito de modernização para empregar suas estruturas e processos de trabalho à viabilização do alcance dos princípios e objetivos desejados pelo legislador. Nesse desiderato, contaram com a colaboração do Governo Federal, por intermédio do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, e do Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID.

Tal iniciativa, intitulada Programa de Modernização do Sistema de Controle Externo dos Estados, Distrito Federal e Municípios Brasileiros – Promoex, tem, em apertada síntese, o objetivo de fortalecer o sistema de controle externo como instrumento de cidadania, incluindo a intensificação das relações intergovernamentais e interinstitucionais, com vistas ao cumprimento da LRF.

Além dos ganhos já contabilizados pelo programa, há aqueles que são imensuráveis, decorrentes da economia de escala proporcionada pelo intercâmbio de conhecimentos, sistemas e práticas. Olhar mais atento à atuação dos Tribunais de Contas na última década revela significativa evolução, embora se reconheça que o espaço para melhoria é ainda gigantesco e desafiador.

³ Constituição Federal, art. 70.

A colaboração dos Tribunais poderia ter sido ainda mais significativa, não fosse a lacuna deixada pela não implantação do Conselho de Gestão Fiscal, o que tem distanciado os princípios prescritos na norma da prática dos gestores públicos.

Para melhor compreender o vácuo deixado pela ausência desse Conselho, é necessário tomar por empréstimo as palavras do Ministro Carlos Velloso⁴ sobre os requisitos do Estado Federal: a) a repartição constitucional de competências; b) a autonomia estadual, que compreende a auto-organização, o autogoverno e a autoadministração; c) a participação do estado-membro na formação da vontade federal; e d) a discriminação constitucional das rendas tributárias, com a repartição da competência tributária e a distribuição da receita tributária. Tudo isso associado à rigidez constitucional e à existência de órgão constitucional incumbido do controle da constitucionalidade das leis.

No modelo político brasileiro, a necessária autonomia dos entes federados e, por via de consequência, das respectivas Cortes de Contas, exige, para a eficácia da norma, um fórum representativo dos entes federados e respectivas casas de controle externo, no qual se delibere sobre a aplicação harmônica e equânime dos princípios insculpidos na LRF. Deve constituir, assim, local privilegiado e representativo para se discutir a aplicação das normas às mais diversas realidades brasileiras. Do contrário, corre-se o risco de contemplar a iniquidade, ao aplicar regras iguais a desiguais.

A centralização das decisões acerca da aplicação da norma compromete sua eficácia e legitimidade, além de contrariar a lógica do Estado Federativo.

Neste ponto, recorreremos aos ensinamentos de José Luiz Quadros de Magalhães⁵, o qual entende que emendas que venham a centralizar, em um modelo federal historicamente originário de um estado unitário e altamente centralizado, são vedadas pela Constituição, pois tenderiam à extinção do Estado Federal brasileiro, ou seja, centralizar mais o nosso modelo significaria transformá-lo de fato em um Estado unitário descentralizado. E conclui que toda e

⁴ Cf. VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Estado Federal e Estados Federados na Constituição de 1988: do Equilíbrio Federativo. *Revista de Direito Administrativo*, v. 187, p. 1-36, jan./mar. 1992. p. 9.

⁵ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Pacto federativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. p. 20-21.

qualquer atuação do Legislativo e do Executivo da União que tenda a centralizar competências, centralizar recursos, centralizar poderes, uniformizar ou padronizar entendimentos direcionados aos estados-membros ou municípios é conduta inconstitucional a ser combatida.

Afirma Celso Bastos⁶ que a Federação tornou-se, por excelência, a forma de organização de Estado Democrático, havendo firme convicção de que a descentralização do poder é um instrumento fundamental para o exercício da democracia. Ou seja, a probabilidade de o poder ser democrático é diretamente proporcional à proximidade do poder decisório daqueles que a ele estão sujeitos. Em síntese, a existência de autêntica democracia no Brasil condiciona-se a uma forte tendência descentralizadora.

A ausência do Conselho fez com que o Tesouro Nacional assumisse, ainda que parcialmente o papel daquele. No entanto, pelos motivos antes expostos, carece dos elementos primordiais a um conselho com representatividade federativa para dar legitimidade a suas decisões. Se é certo afirmar que a eficácia normativa pode ser alcançada, em parte, pela coerção, não menos verdade é que as características e princípios da LRF exigem, para sua eficácia, a representação federativa em fórum como o precitado Conselho.

Logo, a implementação do Conselho de Gestão Fiscal, de forma que resguarde a representatividade dos entes federativos, constitui *conditio sine qua non* para eficácia da LRF.

Um segundo aspecto para reflexão diz respeito ao princípio da transparência e dos instrumentos mencionados pela LRF para alcançá-lo, entre eles o Relatório Resumido da Execução Orçamentária e o Relatório de Gestão Fiscal.

A propósito, Bobbio⁷, ao abordar a temática do público e do secreto afirma que:

conceitualmente, o problema do caráter público do poder sempre serviu para por em evidência a diferença entre duas formas de governo: a república, caracterizada pelo controle público do poder e na idade moderna pela livre formação de uma opinião pública, e o principado, cujo método de governo contempla inclusive o recurso aos *arcana imperii*, isto é, ao segredo de Estado que num Estado de direito moderno é previsto apenas como remédio excepcional.

⁶ BASTOS, Celso. *A Federação no Brasil : curso modelo político brasileiro*. Brasília: Instituto dos Advogados de São Paulo, Programa Nacional de Desburocratização. 1985. V. 3, p. 2.

⁷ BOBBIO, Norberto. *Estado governo sociedade, para uma teoria geral da política*. 8ª. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p.28.

Não pairam dúvidas quanto ao fato de que quanto maior o acesso às informações governamentais, mais democráticas serão as relações entre o Estado e a sociedade.

A experiência destes dez anos tem revelado que o acesso à informação, aqui entendida como um requisito à transparência, não pode ter como medida de eficiência somente a quantidade de informações, mas sua qualidade, objetividade e intelegibilidade.

Neste período, as informações constantes do relatório de gestão fiscal e bimestral de execução orçamentária cresceram em quantidade e complexidade, como se conclui ao examinar as orientações de preenchimento de tais documentos editadas pelo Tesouro Nacional.

Por outra parte, foram tímidas as iniciativas de fazer com que tais informações chegassem de forma inteligível, tempestiva e objetiva ao cidadão. Neste aspecto, releva destacar as elogiáveis iniciativas de alguns Tribunais de Contas de divulgar não somente o conteúdo da Lei, mas informações sobre finanças públicas municipais e estaduais em forma e linguagem mais próximas às realidades locais.

Portanto, além de estimular os demais órgãos de controle externo a adotarem iniciativa semelhante, o que poderia ser feito por intermédio do Portal dos Tribunais de Contas, é necessário simplificar as informações orçamentárias, financeiras e patrimoniais, as quais não podem restringir-se aos técnicos que atuam nesta área. Afinal o objeto da informação é a gestão dos recursos que são de todos.

O último aspecto a ser abordado diz respeito à exigência de a Administração Pública manter sistema de custos que permita a avaliação e o acompanhamento da gestão orçamentária, financeira e patrimonial (art. 50, § 3º).

Aliás, há mais de quarenta anos a Lei nº 4.320/64 já exigia que a proposta orçamentária especificasse os:

programas especiais de trabalho custeados por dotações globais, em termos de metas visadas, decompostas em estimativas do custo das obras a realizar e dos serviços a prestar, acompanhada de justificação econômica, financeira, social e administrativa” e, ainda, “os serviços de contabilidade serão organizados de forma a permitirem o acompanhamento da execução orçamentária, o conhecimento da composição patrimonial, a determinação dos custos dos serviços industriais...

A adoção de sistema de custos na administração pública é imprescindível ante as exigências de um Estado que rompa com os paradigmas excessivamente burocráticos do passado e busque a

qualidade, economia e eficiência dos serviços públicos.

Inclusive, eficiência passou a ser princípio constitucional da administração pública, conforme texto da Emenda Constitucional nº 19.

Em que pesem as exigências legais e até constitucionais, pouco se fez nas últimas décadas, exceto uma ou outra iniciativa isolada e não raras vezes descontinuada.

Outros temas não menos importantes também merecem reflexão, como a avaliação da eficácia dos artigos 16 e 17 da LRF, frente ao crescimento vertiginoso dos gastos com custeio, especialmente no Governo Federal, bem como do art. 42, que pretendia evitar a gestão irresponsável dos recursos públicos nas mudanças de mandato.

Em síntese, é inegável que a LRF constitui um marco positivo na gestão pública brasileira, mas, para que alcance a almejada eficácia, é necessária a implantação do Conselho de Gestão Fiscal, no qual os entes da Federação e os órgãos de controle externo tenham assento. Não menos importante é a reavaliação dos meios para que se alcance a almejada e necessária transparência, além da urgente criação de sistema de custos.

O FISCAL DE CONTRATOS PÚBLICOS

*Amauri Alves Nery e Leonardo José Alves Leal Neri
Auditores de Controle Externo do TCDF*

1. Introdução. 2. A gestão de Contratos Públicos. 2.1. Conceito. 2.2. Por que fazer? 2.3. Quem está envolvido? 2.4. Fatores que impulsionam a atividade de gestão de contrato. 3. O Fiscal de Contrato Público. 3.1. Conceito. 3.2. Designação. 3.3. Responsabilidade. 3.4. Classificação. 3.5. Perfil. 3.5.1. Perfil geral. 3.5.2. Perfil profissional. 3.5.2.1. Qualidades. 3.5.2.2. Reconhecimento profissional. 3.5.2.3. Normas. 3.5.2.4. Ética. 3.5.2.5. Integridade. 3.5.3. Perfil de Personalidade. 3.5.3.1. Independência. 3.5.3.2. Capacidade de planejamento. 3.5.3.3. Capacidade de comunicação. 3.5.3.4. Determinação. 3.6. Atribuição. 4. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

O processo de modernização da máquina administrativa provoca intensa transferência de atividades típicas da atividade meio para a iniciativa privada.

Essa redução da atividade do Estado, além da privatização, se dá por diversos caminhos, como, por exemplo, a delegação do serviço público, por meio de contratos de concessão e permissão de uso (Lei nº 8.987/1995); pela terceirização da atividade meio da Administração, por intermédio de contratos de prestação de serviços públicos (Lei nº 8.666/1993). Outros serviços não exclusivos do Estado, mas de cunho social, educativo, assistencial, científico, dentre outras, estão sendo realizados por meio de parcerias com entes privados, por intermédio de termos de parceria (Lei nº. 9.790/1999).

Nesse cenário de modernização, a Administração Pública necessita do maior número possível de informações claras e objetivas a respeito do desempenho de seu empreendimento, que pode ser a execução de uma obra, a prestação de um serviço, ou, simplesmente, o fornecimento de um bem durável.

É justamente neste momento que o fiscal de contrato assume um papel de destaque, gerenciando o contrato de forma que o objeto desejado pela Administração seja executado e entregue com qualidade e eficiência. Nesse sentido, o fiscal de contrato passa a ser um agente útil tanto ao órgão público o qual está vinculado, como para a sociedade em geral, pois, por meio de sua atuação, pode-se reduzir e até mesmo estancar custos desnecessários para o Poder Público, diagnosticando e resolvendo problemas operacionais; comunicando à autoridade superior competente sobre eventuais falhas ou defeitos nos projetos básicos; informando a necessidade de prorrogação e de alteração do contrato avençado; e propondo e apontando soluções eficientes e econômicas para cada problema encontrado durante a execução do objeto contratado.

A complexidade cada vez maior dos contratos públicos e as modificações frequentes na legislação fazem com que a boa execução das avenças públicas dependa muito do talento e do conhecimento técnico do fiscal de contratos para acompanhar, de maneira profissional, a execução de um contrato de permissão ou concessão de uso de serviços públicos; obra ou reforma; prestação de um serviço continuado, ou, ainda, a de um simples contrato de fornecimento de material de expediente.

Os fiscais, todavia, não assistem a um reconhecimento maior de sua função por parte da Administração Pública. Constata-se que a função de fiscal de contrato é acessória à atribuição legal do servidor, não lhe oferecendo nenhum benefício. Nos bastidores públicos, é comum determinado servidor, por deter determinado conhecimento a respeito do assunto, fiscalizar e acompanhar concomitantemente um, dois, três ou mais contratos, sem perceber qualquer vantagem pecuniária para isso. Não raro, também, ocorre a designação de um agente administrativo, que não detém qualquer conhecimento de engenharia ou arquitetura e que nunca compareceu a um canteiro de obras, para gerenciar uma obra ou serviço de engenharia; nada mais equivocado. A função de fiscal, muitas vezes, é uma atividade que leva o servidor a uma verdadeira viagem no contrato, empregando conhecimentos que lhe assegure fiscalizar adequadamente a execução de determinado serviço, obra ou compra. São trabalhos realizados na área de engenharia civil, informática, segurança, limpeza e conservação, telefonia, etc.

A atividade de fiscalização de contratos públicos é bastante dinâmica e está em permanente evolução, o que requer maior

atenção por parte da Administração, para padronizar, estabelecer procedimentos, e reforçar os procedimentos de fiscalização, e, como consequência, dar maior eficiência e economicidade à execução dos contratos celebrados pelo Poder Público, mormente os de obras e serviços de engenharia.

Ao fiscal não cabe somente a função de fiscalização. A ele cabe, também, a função de orientação. Se, no desempenho de suas atividades, descobre alguma irregularidade, deverá determinar à contratada a correção das faltas e, se mesmo assim, não forem saneadas ou se fugirem de sua competência, comunicá-las à autoridade superior competente, para adoção das providências cabíveis. Ademais, ao fiscal cumpre receber provisoriamente o objeto contratado. Em alguns casos, como por exemplo, a fiscalização de contratos públicos de permissão e de concessão de uso (transporte, energia, telefonia), o fiscal cabe, ainda, as atividades de intervenção, interdição e de aplicação de penalidades cabíveis pelo atraso e inexecução parcial ou total do objeto contratado.

Todavia, em que pese a importância dessa figura no âmbito das contratações administrativas, as legislações específicas federais, estaduais e municipais vêm abordando superficialmente o tema, sem definir de forma clara e precisa os princípios éticos e o perfil profissional, bem como os procedimentos operacionais que os servidores que exercem a função de fiscal deveriam adotar por ocasião da fiscalização dos contratos, convênios ou outros instrumentos congêneres celebrados pelo Poder Público.

O presente estudo tem por objetivo subsidiar o processo de gestão de contratos públicos, apontado alguns atributos profissionais e pessoais do fiscal de contrato, de forma a assegurar a efetividade dos procedimentos de fiscalização de contratos públicos.

2. A GESTÃO DE CONTRATOS PÚBLICOS

2.1 Conceito

Gestão de contratos é *“a gerência de todo processo de contratação, envolvendo todas as suas fases, desde a elaboração da minuta do contrato e seus anexos até o término do prazo contratual”*¹.

¹ MORÊTO, Laércio. *Gestão eficaz de contratos: suporte para a implantação da terceirização de serviços* – Caso na PETROBRAS - UN-ES. 173f. Florianópolis : Universidade Federal de Santa Catarina, 2000, p.121. (Dissertação de Mestrado)

As disposições da Lei nº 8.666/1993² sobre a matéria, nos artigos 54 a 88, traçam as grandes linhas da atividade de gestão de contratos, que se constituem basicamente em: **disposições preliminares** (cláusulas necessárias, garantias, prazo de vigência e execução, prorrogação, prerrogativas e nulidade); **formalização de contrato** (celebração, arquivamento e publicação); **alteração do contrato** (alterações unilaterais e amigáveis, acréscimos e supressões de valores); **execução do contrato** (designação de fiscal, fiscalização, direitos e obrigações das partes, recebimento do objeto e prorrogação), **inexecução e rescisão do contrato** (motivos, rescisão unilateral e amigável e consequências) e **sanções administrativas** (multa, advertência, suspensão e declaração de idoneidade).

2.2 Por que fazer?

Tendo definido o que é gestão de contratos públicos, torna-se importante conhecer sua finalidade.

Para melhor ilustração do tema, discorre-se adiante uma situação que ocorre comumente no âmbito da Administração Pública.

Determinado dia do ano, o dirigente do órgão público é surpreendido por duas notícias nada boas. O contrato de terceirização de serviço de vigilância está a poucos dias de se exaurir pelo decurso do prazo e, até presente data, não foi adotado nenhum procedimento para sua prorrogação. E pior: a não prorrogação tempestiva do contrato implica a realização de novo certame público, cujo prazo estimado para conclusão não é inferior a 30 (trinta) dias. Por consequência, provavelmente, terá que partir para uma contratação emergencial, que, de acordo com jurisprudência dos Tribunais de Contas, deve ser fundamentada e não advinda da conduta omissiva do agente público. Atabalhado, ele se dirige ao setor competente para que o mesmo esclareça que a situação “não é bem assim”. Chama o chefe do setor de contratos para obter maiores detalhes sobre o ajuste, mas não tem solução. Apesar de um tanto constrangido, ele não vê outra saída: admite que a gestão contratual existente na Entidade esta um verdadeiro caos e abre sindicância para apurar responsabilidades.

Embora superdimensionado, o quadro acima descrito não tem nada de irreal. Ao contrário, é mais comum do que se imagina

² BRASIL. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em :01 jun. 2006.

no âmbito da Administração Pública. Sem uma metodologia eficaz ou controle específico, dirigentes de diversas entidades em todo o Brasil têm se deparado cada vez mais com as dores de cabeça provocadas pela desorganização com seus contratos. Em virtude da desordem no setor de contratos, é comum a condenação, por parte de Tribunais de Contas, de dirigentes para pagamento de multa e/ou restituição de valores indevidamente pagos aos contratados. Só para citar alguns exemplos, pagamento indevido de faturas, prorrogação intempestiva de contrato, desconhecimento de cláusulas contratuais e até aceitação de um bem ou serviço inferior ao especificado no ajuste são ocorrências mais comuns que se podem supor. Esses detalhes, à primeira vista, podem parecer pequenos e insignificantes, mas, se vistos com atenção pelos agentes públicos, podem resultar em uma enorme diferença para o Erário.

Uma gestão de contratos devidamente conduzida constitui um processo positivo e construtivo. Ela evita problemas de desperdício e malversação de recursos públicos. A gestão competente de um contrato faz com que o objeto desejado pela Administração seja executado e entregue com qualidade e eficiência. Assim, essa atividade passa a ser uma ferramenta útil tanto para a Administração, como para a sociedade em geral, pois, por meio de sua atuação, pode-se reduzir e mesmo eliminar custos desnecessários para o Erário. Para isso, o fiscal de contratos deve: diagnosticar e resolver problemas operacionais; comunicar à autoridade superior eventuais falhas ou defeitos nos projetos básicos; informar a necessidade de prorrogação e de alteração do contrato avençado; propor e apontar soluções eficientes e econômicas para cada problema encontrado durante a execução do objeto contratado.

Segundo o Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, Antonio Roque Citadini, é na execução do ajuste que com frequência, surgem as maiores irregularidades, superiores, muitas vezes, às etapas decorrentes da licitação ou de contratação³:

A execução do contrato administrativo é etapa das mais complexas que enfrenta o Poder Público e na qual, com frequência, aparecem as maiores irregularidades e ilegalidades; superior, muitas vezes, ao momento da contratação e até mesmo da realização dos procedimentos licitatórios. É na implementação das medidas administrativas na fase de execução, que a Administração Pública

³ NETO, Maryberg Braga. *Gestão de Contratos Terceirizados*. Curso de capacitação para licitações e gestão de contratos de prestação de serviços, 2002, p.5.

brasileira apresenta enormes vícios e imperfeições, pois, na fase precedente, da licitação, há disputa e os concorrentes se autofiscalizam. O contrato deverá ser executado obedecendo-se ao pactuado e à lei, respondendo o Gestor e o contratado, pelas suas falhas na inexecução total ou parcial. (grifou-se).

A gestão do contrato é um meio indispensável de confirmação da qualidade da execução do objeto contratado e fator de maior tranquilidade para a Administração Pública, bem como para os órgãos de controle interno e externo.

- A proteção que a gestão oferece à Administração, dando maior segurança e garantia aos serviços, compras e obras, apresenta os seguintes aspectos:
- Administrativo: reduz os riscos decorrentes de ineficiência, negligência, incapacidade e improbidade na execução de contratos;
- Fiscal: cumprimento das obrigações fiscais, resguardando o patrimônio público contra multas ou penalidades advindas de sonegação fiscal por parte do contratante;
- Técnico: contribui para a mais adequada execução dos serviços e obras contratadas e para a realização de obra ou serviço previstos nos projetos básico e executivo;
- Financeiro: resguarda a administração pública contra possíveis fraudes e dilapidação do patrimônio público, permitindo maior controle orçamentários;
- Econômico: assegura maior exatidão dos custos e qualidade da execução dos serviços, compras e obras, na defesa do interesse público.

A atividade de gestão de contrato abrange, além de fatores técnicos, fatores psicológicos: o contratado, ao saber que há um representante da administração fiscalizando e acompanhando o serviço, a compra ou a obra, tende a ficar inibido no cometimento de irregularidades.

Por fim, dentre outras, apontamos as seguintes vantagens para a Administração Pública:

- Fiscaliza a execução da obra, serviço ou compra;
- Assegura maior correção dos serviços executados;
- Dificulta desvios de bens públicos e pagamentos indevidos de despesa;
- Possibilita a identificação de serviços não executados;
- Aponta falhas na execução dos serviços e obras;

- Contribui para maior observância das leis trabalhistas, previdenciárias e fiscais;

2.3 Quem está envolvido?

A gestão de contratos públicos envolve três partes:

Os gestores e fiscais - Em face do grande número de atividades envolvidas, é necessária a existência de uma equipe ou seção administrativa, na maioria das vezes com diversos responsáveis. O **gestor** de contrato é aquele que é gerente funcional e tem a missão de gerenciar o contrato, geralmente da concepção até a sua finalização. O **fiscal** de contrato é aquele que, por delegação, tem a função de fiscalizar o contrato desde o início até o seu final. Usualmente, esse profissional atua após a realização da contratação.

Para Alves⁴ não se deve confundir **gestão** com **fiscalização** de contrato. A gestão é o serviço geral de gerenciamento de todos os contratos da entidade ou órgão, enquanto fiscalização é pontual. A gestão é o serviço administrativo exercido por um indivíduo ou um setor, e cuida, por exemplo, de reequilíbrio econômico-financeiro, de incidentes de pagamento, de questões ligadas à documentação, de controle dos prazos de vencimento, de prorrogação, etc., ao passo que a fiscalização é exercida necessariamente por um agente público (fiscal do contrato) especialmente designado que cuida pontualmente do contrato.

A Administração Pública - órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública (administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas) opera e atua concretamente, signatário do instrumento contratual (art. 6º, inciso XI, XII e XIV da Lei nº 8.666/1993).

O Contratado - pessoa física ou jurídica signatária de contrato com a Administração Pública (art. 6º, inciso VX da Lei nº 8.666/1993).

⁴ ALVES, Léo da Silva. *Prática de gestão e fiscalização de contratos públicos*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p.29.

2.4 Fatores que impulsionam o crescimento da atividade de gestão de contrato

Em virtude da demanda cada vez mais crescente de contratos da Administração Pública Direta e Indireta e do crescimento da economia, a Administração Pública deve preparar-se, atualizar-se e qualificar-se adequadamente para lidar com as questões inerentes aos procedimentos técnicos e administrativos inerentes a esse novo cenário. Esse cenário evolui continuamente, cabendo à Administração pública criar os mecanismos mais propícios para acompanhar a evolução.

Dentre tais mecanismos, destaca-se a qualificação permanente do seu quadro de pessoal, focada em melhores práticas administrativas, objetivando a busca da eficiência e eficácia da gestão de contratos públicos.

Ademais, o enxugamento da máquina administrativa, a terceirização de grande parte dos serviços de apoio administrativo (serviços de copa, limpeza, manutenção etc.), a constante delegação de atribuições do poder público, por meio de termos de parceria, contratos de gestão, convênios e outros ajustes congêneres, bem como a presença atuante dos órgãos de controle interno e externo, vem tornando a gestão de contratos uma atividade destacada dentro da estrutura administrativa do Poder Público.

- Portanto, impulsionam a atividade de gestão os seguintes fatores:
 - Avanço tecnológico e econômico do Estado;
 - Enxugamento da máquina administrativa;
 - Terceirização de serviços públicos, com a transferência de inúmeras atividades de apoio administrativo para a iniciativa privada, tais como: manutenção predial, limpeza, vigilância, copa e etc.;
 - Parceria público-privada, com a celebração cada vez maior de convênios, termos de parceria e contrato de gestão;
 - Fortalecimento do Controle Interno e Externo, que aumenta a fiscalização dos gastos da administração pública, exigindo cada vez mais austeridade e eficiência dos recursos públicos.

3. O FISCAL DE CONTRATO PÚBLICO

3.1 Conceito

Concluída a licitação e celebrado o contrato administrativo, inicia-se a nova etapa de gestão de contratos, denominada de **fase de execução do contrato**. É a fase que se encontra entre o contrato e o recebimento do objeto (Alves, 2005, p. 27).

É nessa etapa que surge a figura do preposto da Administração Pública responsável pelo acompanhamento e fiscalização do contrato, conforme previsto no art. 67 da Lei nº 8.666/1993:

Art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um **representante da Administração especialmente designado**, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição (grifou-se).

São várias as denominações dadas para esse representante da Administração. É chamado de **fiscal de contrato**, de **gestor de contrato** ou de **executor de contrato** (GRANZIERA, 2002; FURTADO, 2001, CRETELA JÚNIOR, 2004; JUSTEN FILHO; 2005; MENDES, 2005; E PEREIRA JÚNIOR, 2003).

Entende-se que a denominação correta para o representante da administração é **fiscal do contrato**:

Assim, define-se fiscal do contrato como sendo:

um funcionário da Administração, designado pelo ordenador de despesa, que recebe uma tarefa especial, com responsabilidade específica. A sua designação, preferencialmente, deve estar prevista no próprio instrumento contratual ou formalizada em termo próprio, no qual constarão suas atribuições e competências, com conhecimento do contratado.⁵

3.2 Designação

A Administração tem o dever de designar um representante para fiscalizar e acompanhar a execução do contrato, nos termos do art. 67 da Lei nº 8.666/1993. Trata-se, portanto, de ordem legal, em relação à qual os agentes públicos devem obediência (ALVES, 2005, p. 49).

Alves⁶ entende que a função de fiscal de contrato integra elenco de compromissos dos agentes públicos, do mesmo modo

⁵ ALVES, Léo da Silva, *op.cit*, p.259.

⁶ ALVES, Léo da Silva, *op.cit*, p.49.

que é obrigado a compor comissão de inquérito. Portanto, não há possibilidade de recusa. A recusa do servidor somente seria possível em duas hipóteses: a) **impedido** (parente, cônjuge ou companheiro) ou **suspeito** (amigo íntimo, inimigo declarado, recebeu presentes ou vantagens, como consumidor da empresa contratada, tem relação de débito com a empresa ou qualquer tipo de interesse, direto ou indireto, junto ao contratado.), ou b) não detém conhecimento específico para fiscalização do objeto contratado.

O acúmulo de serviço na atividade principal não é considerado motivo para recusa do encargo⁷.

3.3 Responsabilidade

Deixar a execução de contratos a cargo de servidor de unidade diretamente interessada no serviço prestado por terceiros é medida de eficiência administrativa, pois descentraliza e simplifica atos e procedimentos.

A essa descentralização, no entanto, devem corresponder sanções capazes de inibir a incúria, a fraude e a corrupção. À sanção, todos os servidores públicos estão submetidos, se forem fiscais ou não. O dever de vigilância, de fiscalização, de defesa do patrimônio público é de toda a comunidade.

De acordo com Alves⁸, o “(...) processo administrativo disciplinar trata unicamente da responsabilidade de funcionário vinculado por hierarquia – servidor ou empregado público – a sindicância pura tem condição de esclarecer quaisquer fatos que, de uma ou outra forma, tenham relação com o interesse público”. Esclarece, ainda, que se, por exemplo, o fiscal for omissivo em suas atribuições caberá instauração de processo.

Fernandes⁹ assevera que os órgãos de controle, têm procurado questionar e responsabilizar os fiscais dos contratos imperfeitos, de obras inexistentes, de desperdícios e erros na execução. Não raro é nomeado fiscal do contrato um agente de escritório que jamais comparece ao local da obra ou serviço ou o mesmo não detém capacidade técnica para promover com eficiência o acompanhamento do ajuste. Alguns Municípios chegaram a criar uma espécie de fiscal de contratos

⁷ *Idem*, p.51

⁸ *Ibidem*, p.65

⁹ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação direta sem licitação: modalidades, dispensa e inexistência de licitação*. 5ª ed., Brasília: Brasília Jurídica, 2000. 380p.

como uma função, sobre cujo ocupante recairia a responsabilidade de atestar todas as faturas, num verdadeiro ato absurdo. Atestar uma fatura, como todo ato administrativo, faz atrair a responsabilidade pela regularidade e fidelidade das declarações e coloca o agente que o pratica diante do ônus de arcar com as provas de suas declarações.

O fiscal de contrato, por força de atribuições formalmente estatuídas, tem particulares deveres que, se não cumpridos, poderão resultar em responsabilização civil, penal e administrativa¹⁰.

A Lei 8.112/90, em seu art. 127¹¹, prevê as penalidades disciplinares a serem aplicadas aos servidores pelo exercício irregular de atribuições a eles afetas que são: a) advertência; b) suspensão; c) demissão; d) cassação de aposentadoria ou disponibilidade; e) destituição de cargo em comissão e de função comissionada.

Na aplicação dessas penalidades, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, bem como os danos que dela resultarem para o serviço público.

As sanções administrativas poderão cumular-se com as sanções civis e penais, sendo independentes entre si.

O art. 122 da Lei 8.112/90 assim dispõe:

A responsabilidade civil decorre de ato omissivo ou comissivo, doloso ou culposo, que resulte em prejuízo ao erário ou a terceiros.

§ 1º A indenização de prejuízo dolosamente causado ao erário somente será liquidada na forma prevista no art. 46, na falta de outros bens que assegurem a execução do débito pela via judicial.

§ 2º Tratando-se de dano causado a terceiros, responderá o servidor perante a Fazenda Pública, em ação regressiva.

§ 3º A obrigação de reparar o dano estende-se aos sucessores e contra eles será executada, até o limite do valor da herança recebida.

No que se refere à responsabilidade penal, esta abrange os crimes e as contravenções imputadas ao servidor nessa qualidade, conforme preconiza o art. 123. Se a comissão de sindicância e de processo administrativo disciplinar concluir que a infração constitui ilícito penal, os autos serão encaminhados ao Ministério Público. São crimes contra a Administração Pública: improbidade administrativa, aplicação irregular de dinheiro público, lesão aos cofres públicos e corrupção (ALVES, 2005).

¹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contratos administrativos*. São Paulo: Malheiros, 2002, p.463.

¹¹ BRASIL. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 20 mar. 2009.

3.4 Classificação

Os fiscais de contratos públicos podem ser classificados quanto: a) ao tempo de atuação; b) à composição; c) à formação; e d) à vinculação;

Quanto ao tempo:

Quanto ao tempo de atuação, os fiscais de contratos podem ser classificados em: **provisório** e **permanente**. No primeiro caso, a designação é específica para um determinado contrato. São contratos de compra ou serviço que fogem do padrão de contratação da Administração, como, por exemplo, compra de impressora ou computador para determinada seção. O segundo caracteriza-se por ser a fiscalização e acompanhamento do objeto contratual inerente à sua atribuição como, por exemplo, acompanhamento de contrato de material de expediente, cujo fiscal do contrato geralmente é o chefe da seção de material de expediente da entidade, por ser sua responsabilidade verificar a conformidade do material entregue, recebê-lo e guardá-lo no almoxarifado.

Quanto à composição:

Quanto à composição, classificam-se em **individual, comissão e órgão/entidade**. No primeiro caso, o fiscal fiscaliza a execução do contrato individualmente. Essa situação ocorre, geralmente, quando o contrato é de fácil execução e acompanhamento como, por exemplo: serviços de chaveiro, passagens aéreas, hospedagem, carimbos, aquisição de produtos de prateleira, telefonia, manutenção de equipamentos diversos, dentre outros. Na segunda hipótese, o fiscal de contrato divide a responsabilidade com outros servidores, participando, com eles e, em nome de todos, no acompanhamento da execução do objeto contratado. Enquadra-se nessa situação o acompanhamento de contratos de obras, reformas, serviços de engenharia, serviços de informática, serviços de limpeza e manutenção predial e etc. No último caso, a Administração Pública designa um órgão ou entidade pública para acompanhar o ajuste. Geralmente, essa situação se apresenta quando envolve a execução de uma obra de grande vulto e de alta complexidade.

Quanto à formação:

A gestão de contrato envolve servidores formados em diversas áreas do conhecimento. Assim, dependendo do objeto contratado, a pessoa desejada para fiscalizar o objeto deve ser formado em engenharia (fiscal engenheiro), administrador (fiscal administrador) ou ainda em informática (fiscal de TI).

Quanto à vinculação:

Quanto à vinculação à Administração Pública, os fiscais podem ser classificados em principal e acessório.

De acordo com Mendes (2005)¹², dependendo da complexidade do objeto contratado, pode a Administração Pública contratar empresas ou profissionais especializados para subsidiar e assessorar o fiscal, a comissão ou entidade gestora do contrato. A opção a ser adotada pela Administração, cumulativamente à designação de servidor para acompanhar a execução do contrato, consiste na contratação de empresa especializada para promover o gerenciamento desses contratos. Essa opção é recomendada, sobretudo, em grandes obras de engenharia; Essa constatação decorrerá da complexidade do objeto do contrato, haja vista ser impossível, em algumas hipóteses, ao representante, no caso o agente da Administração promover o acompanhamento de toda a execução do contrato. Em face dessa opção, seria celebrado, por hipótese, contrato de obra, e paralelamente a este, outro contrato de gerenciamento. O contratado, no contrato de obra, teria o dever de executar a obra; no segundo, o de gerenciamento, o contratado iria acompanhar a execução da obra, reportando-se e relatando à Administração todos os fatos relacionados à sua execução. Nos casos em que a especialidade ou a complexidade da prestação superem os limites da atuação do agente público designado para acompanhar o contrato, entende-se que o fiscal, ao verificar na execução do contrato que determinadas providências escapam da sua competência, deve ele buscar meios, junto aos agentes competentes, para concretizá-las.

3.5 Perfil

Para que o acompanhamento da execução do contrato de obra, serviço ou compra seja eficiente, a autoridade pública deve designar

¹² MENDES, Renato Geraldo. *Lei de Licitações e Contratos anotada*. 6. ed. Curitiba: Zênite, 2005, p.218/221.

servidor competente, com conhecimentos suficientes e adequados para o exercício dessa atividade, em face das dificuldades e dos problemas encontrados durante o transcorrer dos trabalhos de acompanhamento do objeto contrato.

O fiscal deve ter suficiente formação educacional, conhecer as particularidades do objeto contratado e ser adequadamente treinado para possibilitar visão mais ampla e realista dos serviços executados. O treinamento implica utilização benéfica para a Administração Pública, uma vez que o fiscal fiscalizará o trabalho realizado pela empresa contratada e levantará todas as possíveis deficiências e formas de solucioná-las.

Além disso, a ética é elemento fundamental no exercício da função pública, em especial quando o servidor público está imbuído da função de fiscal de contrato, pois mediante seu serviço é possível conhecer todas as irregularidades, erros, falhas na execução de determinado contrato. Um bom fiscal de contrato deve-se comportar dentro de um código de ética dos mais rígidos, pois somente assim conseguirá fazer com que o contrato firmado pelo Poder Público e sob sua responsabilidade alcance os objetivos preliminarmente desejados.

A Lei nº 8.666/1993 não faz referência ao perfil do fiscal de contrato.

Para Granziera¹³, o fiscal de contrato deve ser uma pessoa preparada para atuar em várias frentes. Sua função implica ter conhecimento, aptidão para negociar, flexibilidade e firmeza com vistas a garantir a execução do contrato nas condições fixadas. É necessário que tenha **conhecimento** da organização administrativa do órgão ou entidade em que trabalha, pois a execução de um contrato implica o envolvimento de pessoas de diversas áreas, além disso, deve conhecer a legislação que rege o contrato e os termos do instrumento contratual e seus anexos, assim como a proposta técnica e comercial da contratada. A **aptidão** é essencial para traçar as diretrizes de atuação, negociação de prazos e todos os assuntos relativos à contratação. Além disso, o fiscal de contrato deve ser **flexível e firme**, para resolver problemas, quaisquer que sejam eles, de modo a evitar surpresas graves como, por exemplo, greves de funcionários terceirizados, suspensão indevida de fornecimento de água e luz, etc.

Nos tópicos seguintes serão descritos algumas características profissionais e pessoais que poderão ajudar na seleção dos servidores

¹³ GRANZIERA, Maria Luiza Machado, *op. cit.*, p.133.

e no desenvolvimento de fiscais eficientes. É certo que tal seleção envolve compromissos, razão pela qual é duvidoso um servidor que possa ser tomado como exemplo por sua excelência em todos os pontos discutidos.

3.5.1 Perfil geral

O perfil geral a ser buscado num fiscal pode ser subdividido em duas categorias gerais:

- Perfil profissional;
- Perfil de personalidade;

As categorias acima descritas envolvem conhecimentos técnicos e traços de personalidades ou aptidões. A primeira, afeta diretamente o profissionalismo do fiscal de contrato, enquanto a segunda dá apoio à primeira.

Um fiscal de contrato competente terá uma base de conhecimento ampla relativo à área de direito administrativo, previdenciário e trabalhista, acrescidos por determinados traços de personalidade. No tópico seguinte, apontamos uma lista de áreas de conhecimento técnico e de traços de personalidade a serem considerados, sendo que são indicativos da amplitude das aptidões e conhecimentos desejados, não tendo o condão de incluir todos os atributos desejados, bem como não se espera o mesmo nível de qualificação em todas as áreas da competência profissional.

É importante destacar que, no caso de obras ou serviços de média e alta complexidade, a gestão do contrato deve ser realizada por uma equipe de fiscais. Nessa situação, o presidente da comissão precisa ser claramente definido. O fiscal-chefe do contrato deve mostrar desenvoltura em todas as áreas do conhecimento afetas ao contrato. Por exemplo, um contrato cujo objeto seja a construção de um edifício de 10 (dez) pavimentos, o fiscal-chefe, necessariamente, tem que dominar conhecimentos na área de engenharia, além de entender de direito administrativo, direito previdenciário, direito trabalhista, administração, dentre outras. Não é necessário que os demais membros da equipe disponham de conhecimentos técnicos especializados em todas as áreas.

3.5.2 O Perfil profissional

O perfil profissional de um fiscal de contratos públicos é uma mistura de conhecimentos técnicos e de atributos pessoais que

o permitem realizar atividades de fiscalização e acompanhamento do contrato de forma competente e com integridade. O fiscal precisa dominar os conhecimentos técnicos necessários à perfeita execução do objeto contratado, bem como conhecimento nos campos do Direito Administrativo, Previdenciário, Tributário, Trabalhista, dentre outros.

Isso não significa, todavia, que os fiscais devam ser capazes de executar a obra ou serviço contratado, mas devem ser capazes de entender os objetivos de cada atividade desenvolvida pela contratada, de forma a verificar concretamente se o objeto está sendo executado dentro das normas legais cabíveis. O art. 67 da Lei nº 8.666/1993 permite a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes às suas atribuições. Num contrato de obra, por exemplo, é imprescindível que o fiscal tenha conhecimento das resoluções do CREA e CONFEA. Um contrato de prestação de serviços de manutenção de ar condicionado central faz necessário ter conhecimento das resoluções dos órgãos de vigilância sanitária.

3.5.2.1 Qualidades

Capacitação em obras, serviços e compras diversas: Todos os fiscais devem ter um treinamento acadêmico compatível com o tipo de contrato que irá gerenciar. Um contrato de obra, por exemplo, deverá ser gerenciado, preferencialmente, por engenheiro ou arquiteto. Um contrato de conservação e limpeza, por sua vez, preferencialmente, por um profissional formado em Administração. Isso pelo fato de que cada contrato tem suas peculiaridades dominadas por profissionais habilitados.

A qualificação do representante da administração indicado para acompanhar a execução e a fiscalização do contrato, sendo o objeto uma obra ou serviço de engenharia, deverá ser engenheiro, pois a esse cabe, em face das normas próprias (Lei nº 5.194/99 e Resolução do CONFEA nº 218/75), fiscalizar a execução desses objetos¹⁴.

Capacitação em Direito: É essencial, ainda, que os fiscais tenham conhecimento no campo do Direito, principalmente, Administrativo, Tributário, Previdenciário e Trabalhista. Todos os contratos públicos, independentemente de objeto e valor, possuem repercussão no campo do direito. Os fiscais de contratos de prestação de

¹⁴ GUIMARÃES, Edgar. *Como Licitar e Fiscalizar os Contratos de Terceirização de Serviços na Administração Pública*. Seminário Nacional. Brasília: Zênite, 2006, p.67/69.

serviços terão que verificar se o contratante está cumprindo a legislação previdenciária e trabalhista, pois o art. 71 da Lei n.º 8.666/1993 (BRASIL, 1993) estabelece que a Administração Pública é solidária quanto aos encargos previdenciários, enquanto a Súmula 331 do TST estabelece que a Administração Pública se obriga subsidiariamente quanto aos encargos trabalhistas dos funcionários terceirizados.

Art 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato. § 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.

§2º A Administração Pública **responde solidariamente** com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do *art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991* (grifou-se).

TST Enunciado nº 331

Contrato de Prestação de Serviços - Legalidade

(...)

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a **responsabilidade subsidiária** do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993) (grifou-se)

Licitação e Contratos Públicos: Uma vez adquiridos os conhecimentos nos campos acadêmicos afetos a determinado contrato (engenharia, arquitetura, administração, etc.), deve ser desenvolvido o conhecimento no campo de licitação e contratos públicos. Cursos de treinamento, seminários, etc. estão disponíveis com esse objetivo.

Como se pode perceber, a função de fiscal de contrato envolve uma série de conhecimentos específicos e genéricos ligados às atividades econômicas, administrativas, jurídicas, contábeis, de engenharia e até mesmo de conhecimentos eminentemente empíricos. Como é do conhecimento público, todos nós, de uma forma ou de outra, somos no nosso dia-a-dia fiscais de contratos, pois em qualquer negócio que fazemos, estamos exercendo a função de fiscalização: fiscalizando o empregado doméstico em seus afazeres; exigindo do lojista a entrega do móvel que fora comprado ou da nota fiscal correspondente; verificando se o caixa do supermercado não está incluindo mercadoria não adquirida; conferindo o extrato da conta bancária, etc.

O Tribunal de Contas do Distrito Federal (TCDF) ciente da importância de se capacitar o fiscal de contrato exarou a seguinte decisão plenária:

O Tribunal, de acordo com o voto do Relator, tendo em conta a instrução, em parte, e o parecer do Ministério Público, decidiu: a) tomar conhecimento do resultado das Inspeções levadas a efeito na Fundação Hospitalar do Distrito Federal e na Companhia Urbanizadora da Nova Capital do Brasil, relevando as falhas formais apontadas pela instrução; b) **determinar à Secretaria de Saúde que adote medidas no sentido de qualificar seus agentes gestores de contratos e convênios, conscientizando-os das responsabilidades que a lei lhes impõe, de modo a evitar as falhas observadas na prestação de contas do Convênio n.º 04/93-FHDF/NOVACAP**; c) autorizar o arquivamento dos autos.

3.5.2.2 Posição ou reconhecimento profissional

Em alguns órgãos existem regulamentos que exigem que as pessoas que realizam gestão de contratos públicos sejam formalmente qualificadas e registradas como profissionais registrados no campo do conhecimento associado, por exemplo, engenharia, química, medicina etc. Esta exigência, geralmente, só é aplicável quando o fiscal está fiscalizando serviços de engenharia, execução de obras ou outros serviços com impacto direto na segurança e bem-estar do público geral.

3.5.2.3 Normas estaduais e nacionais

São raras as normas que tratam da questão das exigências relativas ao fiscal de contrato. As normas que tratam do assunto em debate geralmente se preocupam com as atribuições e responsabilidades, porém são omissos quanto ao perfil ético-profissional dos fiscais.

O Superior Tribunal de Justiça, em virtude da importância do cargo, enumerou algumas qualificações que o servidor deve ter para poder ser designado fiscal de contrato, quais sejam: a) gozar de boa reputação ético-profissional; b) possuir conhecimentos específicos do objeto a ser fiscalizado; c) não estar, preferencialmente, respondendo a processo de sindicância ou processo administrativo disciplinar; d) não possuir em seus registros funcionais punições em decorrência da prática de atos lesivos ao patrimônio público em qualquer esfera do governo; e) não haver sido responsabilizado por irregularidades junto ao TCU ou a Tribunais de Contas de Estado, do Distrito Federal ou

de Município; e f) não haver sido condenado em processo criminal por crimes contra a Administração Pública (Manual do Gestor de Contratos, 2006, p. 17).

Não obstante, à medida que avança a terceirização de atividades desenvolvidas pelo governo e cresce o número de contratos de concessão e permissão de uso de serviços públicos, bem como a demanda do Estado por produtos e serviços, também avança a importância da necessidade de publicação de normas nacionais, estaduais e municipais para disciplinar o exercício da atividade do fiscal de contratos públicos.

3.5.2.4 Ética

Um código de ética formal é necessário para que os fiscais imprimam uma abordagem uniforme a este assunto. Até agora, nenhum código desse tipo foi aprovado por qualquer entidade pública.

Um código formal forneceria uma referência contra a qual a Administração e a Contratada poderiam avaliar as atividades do fiscal, a independência e os conflitos de interesse potenciais. Existem muitas faces desse tópico que podem ser menosprezadas com muita facilidade pela inexistência de um código formal reconhecido pela Administração Pública.

3.5.2.5 Integridade

Um requisito básico de um fiscal é a reputação de integridade. Isso só pode ser resultado de honestidade e retidão demonstrada no desenvolvimento de suas atribuições.

O sucesso da contratação depende muito do fiscal do contrato. Se o fiscal perder a reputação de integridade, o objeto contratado pela administração provavelmente será executado de forma irregular.

O fiscal deve estar ciente do papel que ocupa e de sua responsabilidade perante a Administração Pública e a Sociedade. Se no decurso da execução do objeto forem constatadas irregularidades, os fatos devem ser cuidadosamente relatados para adoção das providências cabíveis. Por outro lado, se as providências a serem adotadas fugirem à sua competência, à autoridade superior deve ser informada para que sejam adotadas as providências necessárias. Precauções semelhantes são essenciais em qualquer contrato administrativo, seja ele de aquisição de bens, prestação de serviços ou construção de uma obra.

3.5.3 Perfil de personalidade

Em grande parte, a boa execução de um contrato depende dos atributos pessoais do seu fiscal.

Os principais atributos pessoais necessários para um fiscal de contrato competente incluem as capacidades de: a) estabelecer, com o preposto da Contratada, procedimentos que possibilitem facilitar a execução e o acompanhamento dos serviços contratados por ambas as partes; b) manter calma e frieza durante toda a execução do contrato; c) exibir um ar de confiança, mas não excessiva e nem arrogante; d) demonstrar honestidade e objetividade ao relatar as irregularidades constatadas durante a execução de contratos; e) demonstrar conhecimento com o objeto contratado; f) trabalhar de maneira planejada e sistemática, sem mostrar tendências autoritárias; g) dispor de determinação na solução de problemas relativos à execução do contrato e conformidade com o contrato, projeto básico ou edital, sem ser burocrático ou dogmático; h) se um observador atento de detalhes dos serviços executados; j) assumir efetivamente a postura de fiscal de contrato.

3.5.3.1 Independência

Um fiscal de contrato deve ter liberdade de pensamento e de espírito para uma fiscalização bem-sucedida.

Além disso, o fiscal de contrato não pode ter sido empregado da contratada no passado, nem ter vínculo de qualquer natureza com a contratada.

3.5.3.2 Capacidade de planejamento

É essencial que o fiscal de contrato planeje a fiscalização do contrato para minimizar, tanto quanto possível, distúrbios no órgão ou entidade. O planejamento deve ser detalhado, mas deve ser flexível para ajudar o contratante a superar incidentes inesperados quando estes ocorrerem.

3.5.3.3 Capacidade de comunicação

Uma gestão de contrato bem-sucedida depende de boa comunicação nos dois sentidos, com o fiscal transmitindo solicitações, geralmente de forma verbal e ocasionalmente, por escrito, e captando informações atentamente. O fluxo de informações para o fiscal por meio

dos sentidos é contínuo ao longo da execução do contrato, exigindo vigilância por parte do fiscal.

Informações importantes virão de pessoas que atuam em áreas técnicas e não técnicas, com vários graus de fluência linguística. Em um canteiro de obras, por exemplo, convivem engenheiros, arquitetos, técnicos, mestre de obras e serventes. Todos com um padrão técnico e linguístico distinto. Frequentemente, essas informações estarão entremeadas de gírias ou expressões técnicas que têm um significado específico em determinada área. Portanto, é importante que o fiscal saiba comunicar-se de maneira fluente com as pessoas que fornecem as informações. Isso implica que o fiscal seja capaz de adaptar sua terminologia e fraseado ao nível da pessoa que está sendo arguida. Assim, é importante que o fiscal seja fluente tanto nas linguagens técnicas como nas não técnicas. A necessidade da fluência se estende a todas as comunicações por escrito.

3.5.3.4 Determinação

Um fiscal de contrato deve ser capaz de tomar decisões coerentes e válidas. Todas as dúvidas que surgirem durante a execução do contrato sobre a adequação de um serviço e sua conformidade com o projeto básico e instrumento contratual devem ser resolvidas com determinação. O fiscal é responsável pela tomada de tais decisões, encaminhando à autoridade competente somente as questões que extrapolem suas competências. Quando a gestão é realizada por uma equipe, o fiscal-chefe não deve tomar decisões em nome dos demais participantes, contudo deve rever as decisões tomadas pelos demais.

3.6 Atribuições

Cabe ao executor de contrato acompanhar e fiscalizar a execução do objeto contratado pela Administração Pública, anotando em registro próprio todas as ocorrências relacionadas à execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados (GRANZIERA, 2002; FURTADO, 2001, CRETELA JÚNIOR, 2004; JUSTEN FILHO; 2005; MENDES, 2005; e PEREIRA JÚNIOR, 2003).

O executor de contrato tem como principal função fazer com que a empresa contratada execute o objeto pactuado nos termos que fora contratado pela Administração Pública. Nesta tarefa, o executor deve utilizar os critérios e os procedimentos que lhe assegurem a perfeita

execução do objeto e, por outro lado, cercar-se dos procedimentos que lhe permitam certificar a não ocorrência de falhas ou defeitos advindos de uma má execução do objeto por parte da contratada.

Ao executor é atribuída responsabilidade pelo fiel cumprimento das cláusulas contratuais. Passa a ser ele o representante direto da Administração perante o contratado, durante a execução dos serviços avençados. Para tanto, há de ter pleno conhecimento dos termos contratuais. Nenhum serviço ou pagamento é realizado sem a pré-autorização do executor. Exerce ele ampla supervisão e fiscalização dos serviços contratados.

4. CONCLUSÃO

Em apertada síntese, conclui-se que o fiscal de contrato é uma peça chave para prevenção e diagnóstico de falhas durante a execução dos contratos administrativos. É um instrumento de controle de fundamental necessidade para alavancar a eficiência e economicidade na aplicação dos recursos públicos. A tal pessoa cabe a função de fiscalização, orientação e recebimento do objeto contratado, sendo que em alguns casos, ainda, exerce as atividades de intervenção, interdição e de aplicação de penalidades cabíveis pela inexecução do objeto contratado. Tanto é verdade a importância deste para a perfeita execução do objeto contratado, que pode responder na esfera civil, penal e administrativa com seus bens pessoais, caso seja acionado pelos órgãos de fiscalização e controle, responsabilidade essa que se mantém inclusive após o recebimento do objeto contratado.

Ademais, o rápido processo de modernização da máquina administrativa, com intensa transferência de atividades típicas da atividade meio para a iniciativa privada, reorganiza a todo tempo a estrutura administrativa e faz com que a figura do executor de contrato assumam importante papel de fiscalização e controle, acompanhando e fiscalizando o contratante para que este realize o objeto contratado com a qualidade e eficiência. Por outro lado, a complexidade cada vez maior dos contratos públicos e as modificações frequentes na legislação fazem com que a boa execução das avenças públicas necessite cada vez mais do talento desse agente público e de seu conhecimento técnico para acompanhar, de maneira profissional, a execução de um contrato administrativo.

A RELEVÂNCIA DA ALOCAÇÃO DE RISCOS EM CONTRATOS DE PARCERIAS PÚBLICO – PRIVADAS

*Amauri Alves Nery e Leonardo José Alves Leal Neri
Auditores de Controle Externo do TCDF*

1. Introdução. 2. A Evolução do Estado e o Processo de Desestatização: 2.1 O Contexto das Parcerias Público – Privadas (PPP's) em sentido estrito. 2.2 Parcerias Público – Privadas (PPP's) – duas novas formas de concessão. 2.3 Objetivos, inovações e aperfeiçoamentos trazidos pela Lei nº 11.079/04. 2.4 Algumas críticas, riscos e falhas apontados aos modelos de PPP's. 3. Distribuição Clássica de Riscos em Contratos Administrativos. 4. Distribuição de Riscos em Contratos de PPP's: 4.1 Importância e inovações trazidas pelos arts. 4º e 5º da Lei nº 11.079/04. 4.2 A constitucionalidade dos citados dispositivos. 4.3 As diretrizes a serem seguidas pelo administrador público na alocação de riscos em contratos de PPP's. 4.4 Dos aspectos fiscais da distribuição de riscos. 5. Breve Análise Técnica da Distribuição de Riscos nos Contratos das PPP's do Centro Administrativo do Distrito Federal e da BR – 116 / 324 BA: 4.1 PPP do Centro Administrativo do Distrito Federal (CADF). 4.2 PPP da BR – 116 / 324 BA. 6. Conclusão.

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem por objetivo fazer uma discussão acerca da importância da Alocação de Riscos em contratos de Parcerias Público-Privadas (PPP's)¹, bem como realizar uma breve análise técnica da distribuição de riscos nas minutas dos contratos de concessão das PPP's do Centro Administrativo do Distrito Federal e da BR – 116 / 324 BA.

Esse tema foi escolhido para reforçar o debate a respeito da relevância da aplicação mitigada no caso de PPP's de antigos

¹ Introduzidas no ordenamento jurídico Brasileiro pela Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004.

paradigmas, sustentados por alguns administrativistas brasileiros clássicos, tais como: Celso Antônio Bandeira de Mello, Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Marçal Justen Filho, que defendem o equilíbrio-financeiro de um contrato administrativo como um postulado ético-jurídico, desvinculado de sua justificativa econômico-jurídica. Tal visão é encontrada, por exemplo, na difusão, pelos mencionados doutrinadores, para todos os tipos de contratos administrativos, que a ocorrência dos eventos contidos no art. 65, inciso II, alínea “d” da Lei nº 8.666/93², com redação dada pela Lei nº 8.883/94, ou seja, “fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual”, ensejam automaticamente o reequilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato com o ônus para o Estado e o benefício para o parceiro privado.

Frisa-se, neste artigo, que a implantação eficiente de Parcerias Público-Privadas no Brasil, de que trata a Lei nº 11.079/04, depende da estrita observância das diretrizes elencadas em seu art. 4º, dentre elas a repartição objetiva de riscos entre as partes, pois as PPP’s só poderão promover a maximização da eficiência do emprego de recursos privados e públicos, para um determinado projeto, se os operadores do direito, que irão redigir os futuros contratos de concessão, os futuros juristas, que irão decidir eventuais lides, e os eventuais árbitros e mediadores, que irão dirimir conflitos ocasionais decorrentes ou relacionados ao contrato, se atentarem para importância do contido no inciso VI do art. 4º c/c o inciso III do art. 5º, ambos da Lei nº 11.079/04, deixando de carrear automaticamente à Administração Pública os riscos associados a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária, e passarem a observar a distribuição dos riscos celebradas entre as partes no contrato de concessão de PPP, que deve ser pautada pela maior eficiência econômica de cada tipo específico de projeto.

A importância do debate proposto advém, também, do fato de que a própria distribuição de riscos em um contrato de PPP definirá se a contratação impactará ou não o endividamento público do ente contratante, conforme o disposto no art.10º, alínea “c” c/c o art. 25 da Lei nº 11.079/04.

O assunto escolhido se demonstra atual e de elevada importância,

² BRASIL. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/civil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 17.SET.08

pois apesar da Lei de PPP ser do ano de 2004, recentemente é que as PPP's estão começando a se difundir pelos entes federados como meio de contratação entre o setor público e o privado. Pode-se citar como exemplo, no Estado de São Paulo: a PPP da Linha 4 do metrô; em Minas Gerais: PPP's para o sistema penitenciário; no Distrito Federal: a PPP do Centro Administrativo e do Setor Mangueiral; na Bahia: a PPP para a construção, operação e manutenção do novo Estádio da Fonte Nova, visando a Copa do Mundo de 2014.

2. A EVOLUÇÃO DO ESTADO E O PROCESSO DE DESESTATIZAÇÃO

Num primeiro enfoque podemos contextualizar a figura das PPP's no Brasil como decorrência da crise do Estado Social de Direito que gerou um crescimento exacerbado do Estado e trouxe problemas tais como: excesso de burocracia; regulamentações excessivas, que limitaram as liberdades econômicas e sociais; monopólios estatais, dentre estes várias empresas deficitárias; crises financeiras; crescente endividamento público; ineficiência do Estado na prestação de serviços.

Ante a tal problemática, segundo a doutrinadora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, surge, a partir da década de 80, o modelo do Estado neo-liberal, que na América Latina se caracterizou pela ideia de reforma do Estado associada a processos de privatização, cujo objetivo era:

[...] diminuir o tamanho do Estado; de um lado, prestigiando a liberdade econômica, pela devolução da iniciativa ao administrado, pela desregulamentação, pela eliminação de monopólios, pela aplicação das regras da livre concorrência, reservando-se ao Estado as tarefas de incentivar e subsidiar aquela iniciativa, quando deficiente, bem como a de fiscalizá-la, para proteger o usuário e o consumidor e resolver os respectivos conflitos, de outro lado, buscando a eficiência nos serviços afetos ao Estado, pela aplicação de novas técnicas de prestação de serviços menos formalistas, menos burocratizadas, reservando-se o regime publicístico para os serviços públicos típicos do Estado, e aplicando-se os métodos de gestão privada para as atividades em que a rigidez do regime publicístico se torne desnecessária (como ocorre com os serviços sociais, comerciais e indústrias do Estado); isto se dá pela venda de ações de empresas estatais ao setor privado e pelas várias formas de parceria com a iniciativa privada, em especial a concessão de serviço público, para desempenho de atividades antes executadas pelo próprio poder público, diretamente, ou pelas entidades da administração indireta³.

³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p.18.

Para Carlos Ari Sunfeld⁴ a ideologia do Estado Social de Direito, que defendia o Estado como único realizador do interesse coletivo através da ação da máquina pública (por exemplo: empresas, hospitais e universidades do próprio Estado deviam fazer os investimentos necessários e prestar os serviços públicos e sociais, nos quais os particulares figuravam apenas como meros fornecedores de bens, serviços e capitais sem assumir maiores responsabilidades quanto aos objetivos finais) passa, a partir da década de 90, a dar lugar a mecanismos de assunção de responsabilidades públicas por particulares de forma a viabilizar a gestão não-exclusivamente estatal dos interesses públicos.

A partir dessa década, o Estado Brasileiro, no campo das relações econômicas, começa a deixar de ser o principal empreendedor e operador da economia para atuar como seu incentivador, fiscalizador e garantidor, de modo a evitar as distorções naturais decorrentes do mercado e garantir os interesses superiores da sociedade. Na visão de Arnaldo Wald⁵ essa nova forma de atuação não significa renegar as leis do mercado, *“mas de evitar as injustiças delas decorrentes [...], contrapondo à sua visão de curto prazo, as ponderações e os interesses que representam o consenso social quanto às metas que se pretende alcançar a médio e longo prazo, num clima de paz e segurança”*.

Como um dos marcos desse processo no Brasil pode-se citar a Lei nº 8.031, de 12.4.1990, que criou o Programa Nacional de Desestatização (PND), posteriormente revogada pela Lei nº 9.491, de 9.9.1997, que disciplinou acerca do mesmo programa alterando procedimentos estabelecidos pelo primeiro diploma legal.

Inserese neste contexto, também, a delegação de serviço público, por meio de contratos de concessão e permissão de uso (Leis nºs: 8.987/1995 e 9.074/1995), a terceirização da atividade meio da Administração, por intermédio de contratos de prestação de serviços (Lei nº 8.666/1993). E outros serviços públicos não exclusivos do Estado, mas de cunho social, educativo, assistencial, científico, dentre outros, realizados por meio de parcerias com entes privados, por intermédio de contratos de gestão, celebrados com Organizações Sociais (Lei nº

⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). Parcerias Público-Privadas. São Paulo: Malheiros, 2005, p.19.

⁵ WALD, Arnaldo; MORAES, Luiza Rangel de, WALD, Alexandre de M. *O Direito de Parceria e a lei de Concessões*: (análise das Leis ns. 8.987/95 e 9.074/95 e legislação subsequente). 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, pp.14/16.

9.637/1998), e de termos de parceria, pactuados com Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (Lei nº. 9.790/1999).

2.1 O Contexto das Parcerias Público-Privadas (PPP's) em sentido estrito

Pode-se citar, ainda, como exemplo desse processo de mudança da forma de atuação Estado Brasileiro, outras duas espécies de parcerias com o poder público, a concessão patrocinada e a concessão administrativa, que foram introduzidas no nosso ordenamento jurídico com o advento da Lei nº 11.079/04⁶, também, conhecida como “Lei das PPP's”.

Cabe, nessa oportunidade, aclarar, segundo Carlos Ari Sundfeld⁷, os dois sentidos do termo Parcerias Público-Privadas (PPP's): o primeiro tomado em sentido amplo remete a todas as formas de relacionamento contratual de longo prazo entre a Administração Pública e particular com vistas ao desenvolvimento, sob a responsabilidade destes, de atividades com determinados níveis de interesse público, também, conhecidas como parcerias da Administração Pública (permissões, concessões, convênios, consórcios públicos, ajustes setoriais, contratos de gestão, termos de parcerias, terceirização); o segundo tomado em sentido estrito referem-se aos contratos de concessão patrocinada e de concessão administrativa celebrados entre o Poder Público e a iniciativa privada, que se sujeitam, ao regime criado pela Lei nº 11.079/04. Esse último sentido é o que interessa ao presente trabalho.

Os autores Maurício Portugal Riberio e Lucas Navarro Prado, trazem em sua obra⁸, um segundo enfoque de contextualização histórica das PPP's, por meio de um breve retrospecto acerca do papel das concessões no passado recente do Brasil, que está intimamente relacionado ao papel do Estado na intervenção no domínio econômico.

Assim, numa primeira fase, por volta do século 19, a carência em infraestrutura no Brasil era enorme e não existia capital nacional

⁶ BRASIL. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm>. Acesso em: 17.NOV.08.

⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. *op.cit.*, p.22.

⁸ RIBEIRO, Maurício Portugal, PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à Lei de PPP: Parceria Público – Privada, fundamentos econômico – jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2007, pp.37/46.

suficiente para promover a implantação dos projetos necessários. Desse modo, foi necessário recorrer a investidores internacionais para a realização da citada infraestrutura, contudo tais investidores exigiram contrapartidas e garantias muito elevadas ao poder público, dentre as quais, cita-se o monopólio das atividades exploradas na respectiva região de influência.

Um exemplo clássico dessa primeira fase, trazido pelos mencionados autores, seria a sinuosidade horizontal das primeiras ferrovias do Brasil, que elevavam os custos de construção. Tal sinuosidade devia-se a dois motivos: ao compromisso do Poder Público em ressarcir os custos de edificação aos concessionários, pagando ainda um prêmio calculado sobre o valor da obra a título de remuneração; e à concessão dos direitos exclusivos de exploração das terras marginais (cinco léguas para cada lado) nas quais o Governo não poderia promover nenhum outro tipo de infra-estrutura de transporte.

Já a segunda fase seria ilustrada pela Era Vargas, na qual o Estado interveio pesadamente na economia (fase clássica do Estado Social de Direito no Brasil), com a criação de grandes empresas estatais que eram detentoras dos contratos de concessão. Note que como tudo pertencia ao Estado o sentido do termo concessão, como transferência ao setor privado de determinada atividade, perdeu o seu significado.

Na terceira fase, marcada pela introdução do modelo do Estado neoliberal no Brasil, o governo procura, a partir da Constituição Federal de 1988, transferir ao setor privado a exploração direta das atividades econômicas que não sejam de interesse público e que não dependam de sua intervenção para se desenvolverem.

Nesta última fase, o Estado tem objetivos, tais como: reduzir a necessidade de investimentos públicos em setores viáveis economicamente; transferir ao setor privado serviços públicos e ao mesmo tempo reforçar a atuação do Estado em suas atividades ditas típicas de fiscalização (ex: criação das grandes agências reguladoras: ANATEL, ANA, ANEEL, ANP, ANTT, etc.); trazer a eficiência do setor privado para aumentar a qualidade dos serviços prestados à população.

Nesse último contexto insere-se a Lei de PPP que, ao introduzir os conceitos de concessão patrocinada e administrativa, buscou, nas experiências de sucesso do modelo Britânico de PFI (*Private Finance Initiative*⁹), trazer para o Brasil uma nova forma de associação entre

⁹ Iniciativa de Finanças Privadas.

o público e o privado visando a excelência na prestação dos serviços públicos.

2.2 Parcerias Público-Privadas (PPP's) – duas novas formas de concessão

Como citado, anteriormente, as Parcerias Público-Privadas (PPP's) foram introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº 11.079, de 30.12.04, que editou normas gerais para a União, Estados, Distrito Federal e municípios a fim de disciplinar a contratação de PPP, conforme competência privativa da União, prevista no art. 22, inciso XXVII da CF.

Tais parcerias podem ser definidas como duas novas formas de concessão, nas quais o poder público transfere ao setor privado serviços e/ou obras públicas na condição de que o parceiro privado promova investimentos para sua prestação e/ou execução. Note que esses investimentos retornarão ao privado por meio da exploração econômica do objeto da concessão ao longo do período concessivo, com taxas de rentabilidade atrativas.

Nesse sentido José Cretella Neto¹⁰ traz o seguinte conceito:

Contrato de Parceria Público-Privada é o acordo firmado entre a Administração Pública e entes privados, que estabelece vínculo jurídico para implantação, expansão, melhoria ou gestão, no todo ou em parte, e sob o controle e fiscalização do Poder Público, de serviços, empreendimentos e atividades de interesse público em que haja investimento pelo parceiro privado, que responde pelo respectivo financiamento e pela execução do objetivo estabelecido.

As referidas modalidades ou formas introduzidas pela Lei Federal nº 11.079/04 (Lei de PPP) são: a concessão patrocinada e a concessão administrativa que se somam à concessão comum, regida pela Lei nº 8987/1995.

Na visão dos doutrinadores Mauricio Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prado¹¹ pode-se utilizar um critério econômico para diferenciar estes três tipos de concessão, a saber: a concessão comum refere-se a empreendimentos autossustentáveis financeiramente aonde a remuneração paga advém apenas da cobrança de tarifas dos usuários do serviço (ex: Pedágios em rodovias concedidas, tarifas para

¹⁰ CRETELLA NETO, José. *Comentários à lei das parcerias público-privadas – PPPs*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.1.

¹¹ RIBEIRO, Mauricio Portugal, PRADO, Lucas Navarro. *op. cit.*, p.32/36.

transporte de cargas em ferrovias, etc.); já a concessão patrocinada diz respeito a empreendimentos que para se tornar viáveis dependem, além da tarifa cobrada do usuário, de uma remuneração do ente público (ex: concessão de rodovias nas quais se deseja manter um determinado preço de tarifa ao usuário, que não é suficiente para remuneração do privado). Por fim, a concessão administrativa é relativa a empreendimentos, cuja remuneração do parceiro privado advém apenas do poder público.

Já para Carlos Ari Sunfeld¹² a concessão comum e a patrocinada têm o mesmo objetivo: a prestação de serviços públicos ao administrado. Entretanto, a concessão comum é aquela em que o poder concedente não paga contraprestação em pecúnia ao concessionário (art. 2º, § 3º, da Lei de PPP's), podendo a remuneração deste incluir tanto a cobrança de tarifas como outras receitas alternativas não pecuniárias (art. 11 da Lei de Concessões¹³). E o que particulariza a concessão patrocinada é seu regime remuneratório, que deve incluir tanto tarifa cobrada dos usuários como contraprestação do poder concedente em forma pecuniária (art. 2º, § 1º da Lei de PPP's), que pode ser feita por ordem bancária ou por cessão de créditos não tributários (art. 6º, incisos I e II da Lei de PPP's).

Assevera esse autor que, apesar do regime da Lei de Concessões ser possível juridicamente a remuneração do concessionário por outras fontes adicionais, além das tarifas cobradas dos usuários, a viabilidade prática deste tipo remuneratório dependia de um adequado sistema de garantias, que protegesse o concessionário contra o inadimplemento do concedente. Tal sistema foi criado pela Lei de PPP's que deu um nome próprio - o de concessões patrocinadas - às concessões de serviço público (inclusive as de exploração de obra pública) que envolvam o pagamento de adicional de tarifa pela Administração.

No que tange à concessão administrativa o mencionado autor identifica dois tipos. O primeiro é a concessão administrativa de serviços públicos que tem por objeto os serviços a que se refere o art. 175 da Constituição Federal, prestados diretamente aos administrados sem a cobrança de qualquer tarifa, remunerando-se o concessionário

¹² SUNDFELD, Carlos Ari. *op. cit.*, p.21/35.

¹³ BRASIL. *Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995*. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8987cons.htm>. Acesso em: 09.ABR.08.

por contraprestação pública (nas modalidades previstas no art. 6º da Lei de PPP's). Nesta situação, os administrados são os beneficiários imediatos das prestações e a Administração Pública é a usuária indireta, cabendo a ela os direitos e responsabilidades econômicas, que, de outro modo, recairiam sobre os usuários diretos.

O segundo tipo seria a concessão administrativa de serviços ao Estado, que tem por objeto o oferecimento de utilidades à própria Administração como usuária direta, tais serviços assemelham-se às contratações regidas pela Lei nº 8.666/93 (art. 6º), por essa razão a Lei nº 11.079/04 estabeleceu certos critérios restritivos à celebração de PPP's¹⁴, que diferenciam este tipo de concessão da mera contratação de serviços regida pela Lei de Licitações. Por exemplo, é vedada a celebração de parceria público – privada que não envolva valores de investimento privados significativos (o valor da contratação não pode ser inferior a R\$ 20 milhões), ou cujo período de prestação do serviço seja inferior a 5 (cinco) anos, ou, ainda, que tenha como objeto único o fornecimento de mão de obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.

Note que neste caso a intenção do legislador foi tornar viável a aplicação da estrutura econômica das concessões de serviço público a contratos de prestação de serviços que já podiam ser celebrados sob a égide da Lei nº 8.666/1993, entretanto os prazos de vigência, previstos nessa lei, impedem a viabilização de contratos que exijam do parceiro privado investimentos de grande monta em uma infraestrutura para a prestação de serviços¹⁵. Pois, nesse modelo de concessão, as receitas do concessionário advêm da exploração do serviço, logo, a amortização e a remuneração do investimento apenas serão integralmente obtidas depois de diversos anos de execução contratual, prazo esse, em geral, bastante superior ao permitido pelo referido diploma legal.

Observe, ainda, que enquanto vigorar a concessão administrativa de serviços ao Estado, não estando amortizado o investimento na infraestrutura que dá o suporte material à concessão, tal bem constituirá patrimônio do concessionário, podendo reverter ao poder concedente ao final de sua amortização, se previsto no contrato (art. 3º, *caput*, da Lei das PPP's c/c os art. 18, X, e 23, X da Lei das Concessões).

¹⁴ Lei nº 11.079/04, Art. 2º, § 4º.

¹⁵ Por exemplo, o prazo dado para os serviços de natureza continuada, previsto no art. 57, inciso II da Lei nº 8.666/93, cuja duração máxima incluindo eventuais prorrogações é de 60 (sessenta) meses.

Cabe frisar, também, que a Lei das PPP's foi editada principalmente para tratar de contratos de concessão em que existem desafios especiais de ordem econômico-financeira, de forma a nortear a assunção de compromissos de longo prazo pelo Poder Público e garantir seu efetivo pagamento ao particular, de forma que este possa investir com segurança.

A outra preocupação central desta Lei foi impedir o comprometimento irresponsável de recursos públicos futuros, seja pela assunção de compromissos impagáveis, seja pela escolha de projetos não prioritários. Para evitar tais possibilidades a Lei das PPP's: fez exigências austeras relativas à responsabilidade fiscal (arts. 4º, IV, 22 e 28), impôs o debate público prévio dos projetos, bem como obrigou a observância de diversas condicionantes anteriores à abertura do processo licitatório na modalidade de concorrência (art. 10).

2.3 Objetivos, inovações e aperfeiçoamentos trazidos pela Lei nº 11.079/04

Segundo Mauricio Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prado¹⁶, dentre os objetivos a serem alcançados pelos programas de Parcerias Público-Privadas estão os seguintes:

a) o oferecimento de maior flexibilidade para a estruturação de projetos de infraestrutura mediante investimento privado, com utilização da estrutura econômica do programa brasileiro de PPP para maximização dos ganhos de eficiência por meio de economias de escala e de escopo, por exemplo, transferindo ao parceiro privado, em conjunto, as responsabilidades pela realização do projeto, seu financiamento, construção e operação;

b) a viabilização de projetos incapazes de, por si só, alcançarem a autossustentabilidade financeira, apesar do seu alto retorno econômico e social.

c) a possibilidade de amortizar investimentos realizados para prestar serviços diretamente ao Poder Público em prazo maior que cinco anos;

d) a exclusão de investimentos em PPP's do balanço do ente público, conforme a transferência de riscos, relacionados ao empreendimento, aos parceiros privados, a fim de viabilizar investimentos em infraestrutura sem aumentar o endividamento

¹⁶ RIBEIRO, Mauricio Portugal, PRADO, Lucas Navarro. *op. cit.*, p.30/32.

público e com reduzido impacto na meta de resultado primário.

Quanto às vantagens relacionadas ao primeiro objetivo, citado no parágrafo anterior, é digno de transcrição o seguinte trecho dos autores mencionados:

Em primeiro lugar, a transferência, em conjunto, para o parceiro privado da responsabilidade por realizar a obra e mantê-la por diversos anos cria incentivo ao aumento de eficiência. Como o parceiro privado terá que manter a infraestrutura por anos, ele sopesará se é melhor investir mais na construção para, por exemplo, reduzir o custo de manutenção. A transferência em conjunto dessas responsabilidades para o parceiro privado tende, portanto, a gerar uma maior eficiência na prestação dos serviços – eficiência, essa, que, em condições de mercado perfeito ou de regulação econômica adequada (neste caso, yardstick regulation), retornaria ao usuário e ao Poder Público sob a forma de melhores serviços e/ou de menores tarifa e subsídio público.¹⁷

Ainda, com relação a esse primeiro objetivo, Carlos Ari Sundfeld¹⁸, adverte que um dos problemas corriqueiros em sede de obras públicas é o desinteresse econômico do contratado pela boa execução do contrato, pois o único risco à má execução é o de a Administração recusar o recebimento do objeto. Entretanto, esse risco só é efetivo se a Administração tiver capacidade técnica de identificar as falhas. Além disso, a fraude nessa execução gera, na maioria das vezes, recursos suficientes para o contratado corromper a fiscalização da obra e lograr, sem dificuldades, o recebimento definitivo do objeto.

Para evitar esse tipo de problema a Lei das PPP's impediu que nos contratos de concessão a prestação se limitasse exclusivamente à execução de obras ou fornecimento de equipamentos (art. 2º, § 4º, inciso III), atrelando ainda a remuneração dos parceiros privados à fruição dos serviços pela Administração ou pelos administrados (art. 7º), que pode ser, inclusive, variável de acordo com o desempenho do parceiro privado, conforme metas e padrões de qualidade e disponibilidade (art. 6º, parágrafo único).

Assim, a boa ou má qualidade das obras ou bens utilizados na infraestrutura repercutirá diretamente na determinação do valor a ser recebido pelo parceiro privado. Tal fato pode despertar o interesse desse em executar corretamente a parte relativa à infraestrutura, pois os serviços devem se estender por ao menos cinco anos, tendo essa que resistir a todo esse lapso temporal.

Dentre as inovações e/ou aperfeiçoamentos incorporados pela Lei de PPP pode-se citar:

¹⁷ *Ibidem* p.34/36.

¹⁸ *Ibidem* p.34.

- a) a possibilidade de inversão de fases na licitação para permitir análise das propostas de preços antes da verificação dos documentos de habilitação, bem como, a faculdade de oferecimento de lances em viva voz (concorrência-pregão);
- b) a permissão para existência de uma fase para saneamento das falhas formais na documentação apresentada pelos licitantes, bem como para utilização de arbitragem entre a Administração Pública e o parceiro privado;
- c) a faculdade de assunção do controle da concessionária por seus financiadores para promover sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços;
- d) a capacidade de a Administração Pública oferecer aos parceiros privados garantias de pagamento da contraprestação pública;
- e) a possibilidade de pagamento ao parceiro privado de remuneração variável vinculada ao seu desempenho, conforme metas e padrões de qualidade e disponibilidade definidos no contrato;
- f) a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária.

2.4 Algumas críticas, riscos e falhas apontados aos modelos de PPP's

Uma primeira crítica às PPP's pode ser encontrada na obra de Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁹, essa doutrinadora afirma que, quando da elaboração da Lei das PPP's, uma das principais justificativas governamentais era a necessidade de realização de obras de infraestrutura para as quais o governo não dispunha de recursos suficientes, entretanto, a concessão administrativa e patrocinada preveem remuneração por parte do poder público, além de garantias e repartição de riscos o que gera certo paradoxo, *“porque se o poder público não dispõe de recursos para realizar as obras, dificilmente disporá de recursos para garantir o parceiro privado de forma adequada”*.

Para ela, outro objetivo menos declarado seria o de privatizar a Administração Pública, transferindo para a iniciativa privada grande parte das atribuições administrativas do Estado, sejam ou não passíveis de cobrança de tarifa dos usuários. Esse objetivo seria inafastável de um

¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *op. cit.*, p.143.

outro, presente em toda a Reforma do Aparelhamento Administrativo do Estado, o de fuga do direito administrativo:

[...] já que, sendo as atividades prestadas por empresas privadas, muitos dos institutos próprios desse ramo do direito não precisarão ser utilizados, como a licitação, os concursos públicos para seleção de pessoal, as regras constitucionais sobre servidores públicos e sobre finanças públicas. A justificativa é a busca da eficiência que se alega ser maior no setor privado que no setor público²⁰.

Já Benjamin Zymler²¹ aponta alguns inconvenientes trazidos pelas PPP's com base na experiência da Inglaterra, a saber:

- a) a ocorrência de um verdadeiro pacto e gerações, devido à longa duração dos contratos para amortização dos investimentos, pois um governo, visando resolver problemas prementes, assume compromissos que deverão ser resgatados pelas próximas administrações. Assim, um governante ficaria com o bônus enquanto seus sucessores ficariam com o ônus. Entretanto, essa crítica não seria procedente por duas razões. A primeira é que o bônus seria dividido também com as gerações vindouras. A segunda é que todas as decisões referentes a grandes investimentos nacionais apresentam essa mesma característica, ou seja, o pacto de gerações é um elemento de todas as decisões políticas de vulto;
- b) a constatação, em várias ocasiões, de que os parceiros privados almejam lucros exorbitantes. Para Shinohara & Savoia²² essa crítica de que as PPP's são uma oportunidade de as empresas auferirem lucros extraordinários não é procedente, pois esse tipo de parceria é apenas um instrumento de estruturação de projetos, e a legislação a respeito desse tema não fornece garantias de lucros extraordinários – e com baixo risco envolvido – para os projetos. O que poderia ocorrer num primeiro momento, em razão da atualidade do tema e da desconfiança do investidor quanto a esse tipo de estruturação, seria a necessidade de um prêmio adicional de risco a ser percebido pelo setor privado. Entretanto, tal prêmio só seria definido quando da licitação dos projetos;

²⁰ *Ibidem*, p.143

²¹ ZYMLER, Benjamin, ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Rocque. *O Controle Externo das Concessões de Serviços Públicos e das Parcerias Público-Privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, pp. 274/292.

²² SHINOHARA, Daniel, SAVOIA, José Roberto Ferreira. *Parcerias Público-Privadas no Brasil*. São Paulo: Manole, 2008, p.46.

- c) a possibilidade de ocorrência de “privatização de cargos públicos”, nos casos em que a gestão de uma estrutura pronta é transferida para o parceiro privado;
- d) problemas sérios decorrentes de erros de projeto e tentativas de reduzir custos, com intuito de maximizar os lucros dos parceiros privados;
- e) Shinohara & Savoia²³ apontam ainda como crítica às PPP’s o elevado custo associado à esse tipo de estruturação de projeto.

Carlos Ari Sundfeld²⁴ elenca, também, possíveis riscos que o programa Brasileiro de PPP’s podem provocar se mal efetuado, dentre esses:

- a) a possibilidade de comprometimento irresponsável de recursos públicos futuros, seja pela assunção de compromissos impagáveis, seja pela escolha de projetos não-prioritários;
- b) o risco de a Administração comprometer-se com contratações de longo prazo mal planejadas e estruturadas, devido à pressão ou incapacidade dessas;
- c) o risco de abuso populista no patrocínio estatal das concessões, no qual governos de orientações populistas tenderão a conter reajustes tarifários e criar isenções para segmentos de usuários, transferindo os ônus aos cofres públicos em troca de possível votação em eleições;
- d) o risco de desvirtuamento do uso da concessão administrativa por interesses de certos administradores e empresas que visariam à flexibilização das vedações e conceitos trazidos pela Lei de PPP’s, o que poderia gerar absurdos, tais como contratos de longo prazo para vigilância, limpeza de prédio público, de consultoria econômica, de manutenção de equipamentos etc., sem que haja investimentos que justifiquem essa longa duração.

Benjamin Zymler²⁵ elenca ainda uma lista de falhas encontradas em PPP’s celebradas em outros países, a saber:

- a) deficiência de acompanhamento da execução por parte do parceiro público;
- b) maior capacidade negocial do setor privado, podendo ocasionar a celebração de acordos desfavoráveis para o setor público;
- c) falta de coordenação das entidades de controle;
- d) celebração de PPP mais por razões orçamentárias e financeiras do que visando obter ganhos de eficiência;

²³ Idem.

²⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. Guia *op. cit.*, p.24/26.

²⁵ ZYMLER, Benjamin, ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Rocque. *op. cit.*, p.323/324.

- e) inexistência de avaliação do impacto plurianual das obrigações assumidas pelo setor público e de demonstração da sustentabilidade econômico-financeira das parcerias;
- f) falta de rigor na elaboração dos estudos técnicos e econômicos cujas conclusões fundamentaram a celebração das PPP's;
- g) rigidez excessiva dos modelos financeiros utilizados;
- h) avaliação deficiente, repartição inadequada e má gestão do risco por parte do Estado;
- i) inadequação da remuneração do agente privado ao risco por ele assumido;
- j) realização de licitações e celebração de contratos antes da obtenção das respectivas licenças ambientais;
- k) preponderância de critérios financeiros sobre os aspectos qualitativos das propostas apresentadas quando das licitações;
- l) fixação de prazos para as concessões sem levar conta o efetivo retorno financeiro oferecido pelas parcerias;
- m) ausência de mecanismos de repartição de benefícios entre os agentes públicos e privados;
- n) inadequação do ordenamento legal quanto às formas alternativas de financiamento;
- o) não consideração de benefícios fiscais ou creditícios, como, por exemplo, a concessão de empréstimos subsidiados;
- p) não redução dos valores pagos aos parceiros privados em decorrência de falhas detectadas nos serviços oferecidos;
- q) ineficácia dos sistemas de premiação e de punição no que concerne à melhoria da qualidade dos serviços prestados;
- r) eventuais conflitos de interesses verificados quando um mesmo grupo atua como parceiro, financiador e consultor financeiro;
- s) não consideração das receitas acessórias.

3. DISTRIBUIÇÃO CLÁSSICA DE RISCOS EM CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

A disciplina de distribuição de riscos em contratos administrativos pode ser encontrada, usualmente, na doutrina clássica, quando esta aborda os temas da alteração do contrato administrativo e da manutenção do equilíbrio financeiro deste.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁶, além da força maior (acontecimento originário da vontade do homem) e do caso fortuito (evento produzido pela natureza), que geram a ocorrência de um fato atual (posterior à celebração do contrato), imprevisível, inevitável e estranho à vontade das partes, que impede o prosseguimento da

²⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.276/285.

execução contratual de forma absoluta e exoneram ambas às partes de responsabilidade por inadimplemento, existem três espécies de áleas ou riscos que o particular enfrenta quando contrata com a Administração:

a) álea ordinária ou empresarial, que está presente em qualquer tipo negócio, como resultado da própria flutuação do mercado; caso seja previsível e de consequências calculáveis, responde por ele o particular. Incluem-se neste tipo de risco a variação de demanda por determinado tipo de serviço ou bem, e os casos em que o particular, por ineficiência, negligência, imperícia, ou por vontade própria sofre prejuízos;

b) álea administrativa, que abrange três tipos:

b.1) o primeiro decorre do poder de alteração unilateral do contrato administrativo, para atendimento do interesse público, que traz para a Administração a obrigação de restabelecer o equilíbrio voluntariamente rompido (art. 58, inciso I c/c art. 65 § 1º e 6º da Lei nº 8.666/1993);

b.2) o segundo corresponde ao chamado fato do príncipe, que correspondem às medidas de origem Estatal *“de ordem geral, não relacionadas diretamente com o contrato, mas que nele repercutem, provocando desequilíbrio econômico-financeiro em detrimento do contrato”* nesse caso, a Administração responde pelo restabelecimento do equilíbrio rompido. Observa, ainda, essa doutrinadora, que devido ao regime federativo vigente no direito brasileiro, a teoria do fato do príncipe só se aplica se a autoridade responsável pelo fato do príncipe for da mesma esfera de governo em que se celebrou o contrato (União, Estados e Municípios); se for de outra esfera, aplica-se a teoria da imprevisão;

b.3) o terceiro é conhecido como fato da Administração e é definido por Celso Antonio Bandeira de Mello²⁷ como *“o comportamento irregular do contratante governamental que, nesta mesma qualidade, viola os direitos do contratado e eventualmente lhe dificulta ou impede a execução do que estava entre eles avençado”*. A ocorrência deste fato pode provocar uma suspensão da execução do contrato, transitoriamente, ou pode levar a uma paralisação definitiva, tornando escusável o descumprimento do contrato pelo contratado e eximindo-o das sanções administrativas que, de outro modo, seriam aplicáveis. Por exemplo, quando

²⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.637.

a Administração atrasa os pagamentos devidos por prazo superior a 90 (noventa) dias ou deixa de entregar o local da obra ou do serviço no prazo avençado (art. 78, incisos XV e XVI da Lei nº 8.666/1993);

c) álea econômica, que diz respeito a circunstâncias externas ao contrato, estranhas à vontade das partes, imprevisíveis, excepcionais, inevitáveis, que causam desequilíbrio muito grande no contrato, dando lugar à aplicação da teoria da imprevisão²⁸. Neste caso, também, a Administração Pública, em regra responde pela recomposição do equilíbrio econômico financeiro.

Segundo essa doutrinadora, para o direito francês (berço dessas teorias), a distinção entre as áleas administrativas e econômicas é relevante, porque, nas primeiras, o poder público responde sozinho pela recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, enquanto nas segundas os prejuízos se repartem, já que não decorrem da vontade de nenhuma das partes. No entanto, no direito brasileiro, considera-se que:

[...] seja nas áleas administrativas, seja nas áleas econômicas, o contratado tem direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, por força do art. 37, XXI, da Constituição, que exige, nos processos de licitação para obras, serviços, compras e alienações, sejam mantidas 'as condições efetivas da proposta'. Além disso, a mesma ideia resulta da Lei nº 8.666/1993 (art.65, inciso II e §§ 5º e 6º) e da Lei nº 8.987/1995 (art.9º e parágrafos), em matéria de concessão e permissão de serviços públicos²⁹.

²⁸ Essa teoria constitui-se na aplicação da antiga cláusula *rebus sic stantibus* originária da expressão atribuída a Bartolo: "*contractus qui habent tractum successivum et dependentiam de futuro, rebus sic stantibus intelliguntur*", que significa que nos contratos de trato sucessivo, a convenção não permanece em vigor se as coisas não permanecerem (*rebus sic stantibus*) como eram no momento da celebração. Tal teoria encontra guarita no art. 65, inciso II, alínea "d" da Lei nº 8.666/1993, com redação dada pela Lei nº 8.883/1994, que prevê a possibilidade de alteração contratual com objetivo de restabelecer "*o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual*". Note que embora o dispositivo mencionado trate apenas da alteração consensual dos contratos administrativos, a doutrina administrativista clássica, em geral, entende que ele gera para os contratados o direito de obter compensação do poder público toda vez que um dos eventos listado venha a acontecer. Segundo essa doutrina, o reequilíbrio econômico-financeiro seria automático e obrigatório em se tratando de força maior, caso fortuito, fato do príncipe ou álea econômica extraordinária, ou seja, esses riscos seriam integralmente suportados pelo Estado.

²⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *op. cit.*, p.285.

Com relação à concessão de serviços públicos é conveniente a transcrição do trecho da obra de Celso Antônio Bandeira de Melo que, ao comentar a Lei nº 8.987/1995 (Lei de Concessões), advoga o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato como ônus integral da Administração seja por álea administrativa ou econômica, *in verbis*:

É que no direito francês a álea ordinária, isto é, o risco a ser enfrentado pelo concessionário sem socorro do Poder Público, envolve não só os casos em que este, por ineficiência, negligência ou incapacidade, sofre prejuízos, mas também as hipóteses em que sua deterioração patrimonial advém de oscilações normais dos preços de mercado, insuficiente afluxo de usuários, ou promana da adoção de medidas gerais, exaradas pelo Poder Público, que afetem indiscriminadamente toda a coletividade, sem repercussão especial sobre o concessionário e sem lhe tornar ruínosa a exploração do serviço.

Entre nós, todavia, a noção de álea ordinária – ou seja, do risco que o concessionário deve suportar – é mais restrita, de sorte que se beneficia de uma proteção maior. De outro lado, no que se refere à álea econômica, quando invocável a teoria da imprevisão, o resguardo do concessionário é completo, e não apenas parcial, como no Direito francês.

Em suma: no Brasil a noção de equilíbrio econômico-financeiro da concessão e da proteção que se lhe deve conferir é mais generosa para o concessionário.

Com efeito, entende-se como excluída da álea ordinária (isto é, do risco que o concessionário deve suportar) a variação dos preços dos insumos componentes da tarifa, pois esta intelecção é a que se coaduna com a proteção ampla decorrente dos precitados arts. 9º e § 2º, 18, VIII, e 23, IV, impositivos de revisão e reajuste. Da álea ordinária também se excluem os agravos econômicos oriundos de medidas gerais do poder público que tenham impacto gravoso sobre o preço tarifário, ainda que não se trate de providências especificamente incidentes sobre a concessão, pois, como o visto, o art. 9º, § 3º, determina revisão de tarifa até mesmo em face de sobrevinda de tributos, salvo os do imposto de renda, ou encargos legais que comprovadamente repercutam sobre ela. De outro lado, nas hipóteses em que caiba a aplicação da teoria da imprevisão, a qual é acolhida sem o extremo rigorismo do Direito francês, os prejuízos do concessionário são inteiramente acobertados e não – como ocorre na França – partilhados com o concedente.

Tais soluções são obrigatórias em face de nosso Direito Positivo, visto que o art. 37, XXI, da Lei Magna do País estatui que as obras e serviços, tanto como compras e alienações, serão contratadas com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta³⁰.

São elencados, ainda, como justificativas para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, os seguintes institutos do Direito

³⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *op. cit.*, p.729/730.

Civil, aplicados às contratações administrativas por força do art. 54 da Lei nº 8.666/1993:

- a) a vedação ao enriquecimento sem causa³¹, contemplado no Código Civil, em seu art. 884: “Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários”;
- b) o respeito à boa-fé dos contratantes, previsto no art. 422 do Código Civil.

Marçal Justen Filho³² define a equação econômico-financeira de um contrato administrativo como “a relação entre encargos e vantagens assumidas pelas partes do contrato administrativo, estabelecida por ocasião da contratação, e que deverá ser preservada ao longo da execução do contrato”. Para este doutrinador a tutela da equação econômico financeira do contrato tem sede constitucional no inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal e relaciona-se, também, a certos postulados constitucionais, a saber:

- a) princípio da eficácia administrativa, que reza que a Administração Pública despenda o menor valor possível nas suas contratações. Para o autor a ausência de garantia aumentaria o risco dos particulares, sobretudo em relação às características peculiares do contrato administrativo. Dessa forma, visando à redução geral dos preços pagos pelo Estado no conjunto de suas contratações, é oferecida como garantia ao particular a intangibilidade da equação econômico-financeira de forma a assegurar que este não correrá riscos quanto a eventos futuros, incertos e excepcionais;
- b) princípio da isonomia, para o autor:

Se os eventos extraordinários produzissem benefício patrimonial para a Administração, haveria ofensa à isonomia. Os benefícios que o particular tivesse deixado de auferir seriam apropriados pela comunidade, o que significaria que todos teriam benefício à custa de um particular específico. Aliás, o mesmo argumento conduz à vedação do resultado oposto. Se os eventos extraordinários ampliam os benefícios e vantagens do contratado, a Administração deverá rever as condições

³¹ Em posição divergente entende-se que, por exemplo, num contrato administrativo de obra por empreitada por preço global considera-se que eventual diferença de custo a favor da Administração não provocaria o enriquecimento sem causa desta, pois a causa seria o risco assumido pelo contratante ao assinar este tipo de contrato e vice e versa.

³² JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.427/428.

e reduzir seus próprios encargos, para impor a manutenção da situação original³³;

c) o princípio de proteção à propriedade privada, que veda ao Estado apropriar-se do patrimônio privado sem prévia e justa indenização.

Cabe diferenciar, também, o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do reajuste de preços.

Para Marçal Justen Filho³⁴ o restabelecimento independe de previsão contratual, pois decorre do princípio da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, corolário da igualdade e da moralidade administrativa.

Entretanto, um cuidado que deve ser tomado na aplicação do restabelecimento é o princípio da obtenção da proposta mais vantajosa, previsto no art. 3.º da Lei nº 8.666/1993, pois pode acontecer de ser mais conveniente e vantajoso realizar outra licitação em vez de restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro, seja porque o contratado não aceita as condições da Administração, seja porque esta não aceita o pleito daquele.

Já o reajuste de preços, criado pela constatação da impossibilidade de manutenção do contrato com os preços nominais, em razão da notória inflação e seus efeitos, exige previsão editalícia.

Esse autor, também, diferencia o reajuste, que “se baseia em índices setoriais vinculados às elevações inflacionárias quanto a prestações específicas”, da atualização monetária ou correção monetária, a qual “se refere aos índices gerais de inflação”.

Para Celso Antonio Bandeira de Melo³⁵ embora o reajuste de preços, consista, tal como a correção monetária, em fórmula concebida para preservar o conteúdo econômico-financeiro do ajuste de modo fluido, simples e pacífico, tem objeto diferente desta. A finalidade do reajuste é alteração do valor a ser pago em função da variação de valor que determinava a composição do preço. Já na correção monetária o valor devido permanece constante, alterando-se apenas a quantidade de moeda que expressa o mesmo valor devido à inflação.

Por exemplo, a variação do custo de um saco de cimento pode ser

³³ *Ibidem*

³⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11.ed. São Paulo: Dialética, 2005, p.550/551.

³⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *op. cit.*, p.624/626.

superior a variação da inflação oficial de um governo em determinado período, se o contrato prevê a alteração do valor contratual com fórmula baseada no índice oficial de inflação ter-se-á a correção monetária do ajuste, já se a fórmula de variação do preço do contrato for com base na variação do custo do saco de cimento, estar-se-ia diante de uma cláusula de reajustamento de preço.

4. DISTRIBUIÇÃO DE RISCOS EM CONTRATOS DE PPP'S

Os artigos 4º, inciso VI, e 5º, inciso III da Lei nº 11.079/04 trazem um novo regramento acerca da distribuição de riscos em contratos administrativos de Parcerias Público-Privadas. Por sua importância convêm transcrevê-los, *verbis*:

Art. 4º Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes:

[...]

VI – repartição objetiva de riscos entre as partes;

[...]

Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever:

[...]

III – a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária.

Note que neste caso a opção do legislador não foi prescrever uma alocação de riscos uniforme para todas as PPP's e tampouco deixar o assunto ao arbítrio da doutrina e do Poder Judiciário. Este optou sim por determinar que a repartição de riscos seja disciplinada em cada contrato de PPP. Dessa forma, o administrador público deve, em cada licitação, divulgar aos licitantes a minuta do contrato de concessão de PPP, incluindo a repartição de riscos. Aos concorrentes, cabe então formular suas propostas técnicas e financeiras em compatibilidade com essa distribuição de riscos.

Essa solução é inovadora com relação à prática brasileira em matéria de contratos administrativos, que, usualmente, trata da repartição de riscos de forma sumária, resolvendo-se essa questão, mediante aplicação do abstrato princípio da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, cujas diretrizes são fixadas em lei, mas sua aplicação prática é feita pelo Judiciário com apoio da doutrina.

Para Marcos Pinto Barbosa³⁶ esses dois dispositivos:

Exigem dos juristas grande desprendimento em relação a antigos paradigmas e um esforço de compreensão que vai além dos limites mais estreitos do direito, avançando no campo da economia e das finanças. Sem um ou outro – desprendimento e análise econômico-financeira – certamente os efeitos da Lei de PPP ficarão aquém das expectativas da sociedade.

3.1 Importância e inovações trazidas pelos arts. 4º e 5º da Lei nº 11.079/04

Os supracitados dispositivos legais quebram, também, com os conceitos tradicionais de que os riscos associados às áleas ordinárias são carreados ao contratado e as extraordinárias são de responsabilidade do Poder Público, pois nem sempre é conveniente em contratos de PPP deixar com a Administração Pública os riscos extraordinários (força maior, caso fortuito, fato do príncipe, da administração e álea econômica, por exemplo, risco cambial), uma vez que a principal justificativa para a realização de PPP são ganhos de eficiência que podem ser obtidos com sua contratação. Por outro lado, em alguns setores, por exemplo, tornou-se consenso não ser eficiente a transferência para o parceiro privado do risco de demanda, especialmente porque a existência da demanda e do seu crescimento depende de fatores alheios ao controle do parceiro privado (por exemplo, o risco de demanda na implantação de uma nova rodovia ou linha de metrô).

Segundo Mauricio Portugal Riberio e Lucas Navarro Prado a forma da distribuição de riscos em contratos de médio / longo prazo afeta, também, a precificação destes pela iniciativa privada, bem como a possibilidade de a Administração assumir novamente um risco que a princípio deveria ser suportado pelo privado. A respeito de essa questão é pertinente transcrever o seguinte trecho da obra desses autores, a saber:

A repartição objetiva de riscos apresenta-se como um fator fundamental para precificação adequada pelo parceiro privado dos riscos envolvidos na implementação do projeto.

Quanto mais confusa a repartição de riscos, mais elevado o preço que o parceiro privado cobrará para a implementação do projeto, porque a dúvida sobre a quem é atribuído um dado risco leva o parceiro privado a considerá-lo, para efeito da definição do seu preço, como dele.

Quando se trata da análise da distribuição de riscos e precificação de

³⁶ PINTO, Marcos Barbosa. Repartição de Riscos nas Parcerias Público-Privadas. *Revista do BNDES*, v.13, n.25, p.155-182, jun., 2006, p.156.

contratos de médio ou longo prazos, a iniciativa privada tende a ser conservadora. Por essa razão, o cumprimento da diretriz sob comento afeta diretamente o preço pelo qual os potenciais parceiros privados estão dispostos a prestar o serviço ao usuário e à Administração Pública. Do ponto de vista do Poder Público, uma outra questão tem importância essencial: o esforço de coibir ou minimizar a existência de mecanismos ocultos ou implícitos de distribuição de riscos. Essa preocupação deve incidir especialmente sobre a definição dos critérios para o reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos, pois, a depender da forma como eles forem configurados, riscos que foram transferidos no corpo do contrato para os parceiros privados podem retornar para a Administração Pública³⁷.

Como exemplo dessa possibilidade de reassunção de riscos pelo Poder Público, os autores citam um contrato administrativo que transfere o risco de demanda do serviço para o parceiro privado, mas define como critério único para a realização do reequilíbrio econômico-financeiro do ajuste, a Taxa Interna de Retorno do Negócio (TIR). Neste caso o risco de demanda na verdade seria, senão totalmente, pelo menos parcialmente transferido aos usuários ou à Administração Pública, uma vez que uma queda dos níveis de demanda vai necessariamente afetar a TIR do negócio.

Já com relação à probabilidade de ineficácia e antieconomicidade da assunção de todas as áleas extraordinárias pela Administração Pública, Marcos Barbosa Pinto afirma que isentar o concessionário da variação de custos, salvo os relacionados à inflação, é extremamente ineficiente do ponto de vista econômico³⁸, bem como, de forma análoga, o concessionário teria melhores condições de lidar com determinados fatos imprevistos do que à administração pública. Esse autor traz a seguinte ilustração para elucidar essa questão:

Vamos recorrer a um exemplo singelo para explicar como isso ocorre. Suponhamos que um contrato de PPP deixe de transferir para o parceiro privado o risco de variação nos custos de prestação do serviço. Nesse caso, é óbvio que o parceiro privado não terá nenhum incentivo para reduzir custos, pois é o Estado quem arca com eles em última instância. Desse modo, a tendência é que os custos corram livremente, gerando um desperdício de recursos que não beneficia ninguém e que não pode ser recuperado. Uma alocação minimamente eficiente de riscos exige que o parceiro

³⁷ RIBEIRO, Mauricio Portugal, PRADO, Lucas Navarro. *op. cit.*, p.104/105.

³⁸ Pois neste caso o nível de custos seria absolutamente indiferente para o parceiro privado, uma vez que sua remuneração é a mesma em qualquer hipótese. Note que nessa hipótese o ente privado, também, não tira proveito da situação, pois ele simplesmente deixa os custos flutuarem e repassa-os ao Estado. Este fenômeno é conhecido pelos economistas como custo da ineficiência ou *dead weight loss*.

privado arque pelo menos com o risco de variação dos custos que estão sob o seu controle. Se isso ocorrer, o parceiro privado poderá aumentar seu lucro controlando custos, mas também poderá vê-lo diminuído se os custos aumentarem. Seja pela possibilidade de ganhos, seja pelo risco de perdas, esse arranjo contratual incentiva o parceiro privado a reduzir custos, poupando assim recursos escassos da sociedade.

O Estado também se beneficia deste arranjo, já que competidores mais eficientes poderão formular propostas melhores em licitações competitivas, transferindo assim para o poder público parte do ganho advindo da redução de custos. Parte-se de uma situação em que o Estado perde e o parceiro privado nada ganha, para uma situação em que todos ganham, inclusive o parceiro privado³⁹.

Segundo o supracitado autor o raciocínio acima, também, se aplica de forma inversa, eis suas palavras:

Suponhamos que o Estado decida transferir para o parceiro privado o risco de alteração, pela administração pública, das especificações de serviço estabelecidas no contrato. Nesse caso, o mais provável é que as empresas privadas desistam da parceria, já que não têm controle sobre a atuação do Estado e não podem prever qual será o impacto das alterações de serviço sobre seus custos. Todos perdem nessa situação, já que, de um lado, o Estado deixa de contar com a eficiência da iniciativa privada e, de outro, o parceiro privado deixa de lucrar com a prestação do serviço.

Essas perdas seriam evitadas, obviamente, se o Estado assumisse o custo das alterações por ele propostas nas especificações do serviço. Desta forma, o Estado teria um incentivo econômico para restringir as alterações ao mínimo necessário, já que ele próprio arcaria com o seu custo. Já o setor privado teria mais conforto para contratar e não seria obrigado a cobrar preços exorbitantes para se proteger contra modificações desarrazoadas e custosas por parte do Estado⁴⁰.

Em síntese, o mencionado autor, afirma que uma distribuição eficiente de riscos pode gerar ganhos para todas as partes. Porém, para que isso ocorra, é fundamental que o contrato seja claro e objetivo. A imprecisão quanto à alocação dos riscos entre as partes no contrato deve ser evitada a qualquer custo, pois coloca o Estado à mercê de comportamentos oportunistas do parceiro privado. Este sabe que o contrato de PPP não pode ser rompido sem custos para o Erário e para a população, o que o leva a aproveitar-se das brechas do contrato para se livrar de custos que deveria suportar. O único remédio parcial contra esse tipo de oportunismo é um contrato que reparta objetivamente os riscos entre as partes.⁴¹

³⁹ PINTO, Marcos Barbosa. *op. cit.*, p. 159.

⁴⁰ *Ibidem*, p.160

⁴¹ *Ibidem*, p.160.

Além disso, esse autor ressalta que só por meio da repartição objetiva de riscos é que as partes podem ter certeza do benefício gerado para ambas, *verbis*:

Sem que o Estado saiba quais os riscos está transferindo para o setor privado, a administração pública não consegue avaliar se a PPP é o caminho mais indicado ou se, ao contrário, o melhor seria realizar os investimentos públicos necessários e prestar o serviço diretamente à população. Da mesma forma, as empresas privadas não podem formular propostas atrativas nas licitações se não sabem os riscos que estão aceitando correr, via de regra elas presumem que terão de suportar todos os riscos que não foram claramente repartidos no contrato, elevando consideravelmente suas propostas financeiras⁴².

Ademais, uma pesquisa, feita no âmbito do programa PFI britânico, apontou os seguintes elementos como responsáveis pela promoção de economia ao Poder Público: a transferências de riscos; a utilização de indicadores de resultado; o prazo longo do contrato; os instrumentos de mensuração de desempenho; a competição e a capacidade do setor privado de gerir projetos. Sendo que 60% dos ganhos obtidos com a contratação de PPPs em relação às formas tradicionais de implantação dos empreendimentos provieram da correta repartição de riscos⁴³.

4.2 A constitucionalidade dos citados dispositivos

Existe certo questionamento acerca da compatibilidade dos artigos 4º, inciso VI, e 5º, inciso III da Lei nº 11.079/04, em especial quanto a este último, com o princípio da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, previsto no art.37, inciso XXI da Constituição da Federal de 1988⁴⁴, *verbis*:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

[...]

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo

⁴² *Ibidem*, p.160.

⁴³ Value for Money Drivers in the Private Finance Initiative – A Report by Arthur Andersen and Enterprise LSE, Commissioned by The Treasury Taskforce, 17.1.00 apud RIBEIRO, Mauricio Portugal, PRADO, Lucas Navarro, *op.cit.*, p.94 e 103.

⁴⁴ Brasil. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 20.ABR.09.

de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Para Marcos Pinto Barbosa⁴⁵ a Constituição estabelece o princípio da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato e não do equilíbrio financeiro do contrato, ou seja, a Lei Magna não autoriza a modificação ou suspensão das obrigações previstas em um contrato administrativo sob o pretexto de que ele não é economicamente equilibrado e sim que as condições propostas pelos licitantes sejam mantidas, uma vez celebrado o contrato.

Segundo o doutrinador a inclusão deste princípio no mesmo dispositivo que obriga o poder público a realizar suas contratações mediante licitação, cujos objetivos principais são a obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração e o estabelecimento de um procedimento justo e transparente para a contratação de obras e serviços, gera a presunção que o contrato decorrente de uma licitação seja economicamente equilibrado, tendo em vista a legitimidade do rito que lhe deu origem.

O princípio da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato buscaria, então, preservar o contrato administrativo de fatos e alterações posteriores que afetem seu equilíbrio inicial. Assim, sempre que ocorrer um fato ou alteração contratual que torne o contrato desequilibrado, ele deve ser ajustado para que o equilíbrio inicial seja restabelecido. Como consequência lógica, não poderia haver pretensão a reequilíbrio se as condições do contrato forem mantidas.

Quanto ao contido no artigo 5º, inciso III da Lei de PPP, que prevê como cláusulas contratuais a alocação de riscos de forma objetiva entre as partes, inclusive os relativos à força maior, caso fortuito, fato do príncipe ou álea econômica extraordinária, o autor afirma que não há inconstitucionalidade na determinação legal de que o contrato de PPP seja objetivo na repartição de riscos. Porque quanto mais objetivo for o contrato, mais transparente é o procedimento licitatório, e mais justa será a contratação, pois “uma repartição clara de riscos no contrato garante que as propostas econômicas do setor privado serão compatíveis com os riscos assumidos e também que todos os participantes do processo licitatório terão ciência destes riscos”⁴⁶.

⁴⁵ PINTO, Marcos Barbosa. *op. cit.*, p.163/165.

⁴⁶ *Ibidem* p.165.

Para ele poderia haver alegação de inconstitucionalidade no que tange à segunda parte do dispositivo, que prevê a possibilidade de repartição de riscos referentes à força maior, caso fortuito, fato do príncipe ou álea econômica extraordinária, caso se argumentasse que tal preceito exclui o reequilíbrio para fatos externos ao contrato que afetem sua equação econômico-financeira, o que é vedado pela Constituição.

Todavia, para o autor a alegação supracitada só seria procedente se a lei não determinasse que o próprio contrato alocasse os riscos em questão, de forma objetiva. Assim, na medida em que o contrato de PPP contempla certos riscos e os atribui ao parceiro privado de forma clara, eles deixam de ser externos ao contrato e à equação econômico-financeira inicialmente estabelecida, passando a integrá-los. Ou seja, o equilíbrio inicial do contrato já inclui a repartição de riscos.

Portanto, para esse doutrinador, o artigo 5º, inciso III da Lei de PPP é constitucional e compatível com o princípio da manutenção do equilíbrio econômico financeiro do contrato. Em sua ótica, inconstitucional seria admitir o reequilíbrio quando os riscos assumidos pelo concessionário se materializassem, pois ao proceder dessa forma, estar-se-ia alterando a equação inicial do contrato em vez de preservá-la, e o pior, compensando duplamente o parceiro privado por um mesmo fato – uma vez na licitação, outra no reequilíbrio.

Em contraponto Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁴⁷ afirma que o contido no artigo 5º, inciso III da Lei de PPP é aceitável no caso da teoria da imprevisão e na hipótese de força maior, em que o desequilíbrio é causado por álea econômica alheia à vontade de ambas as partes. Contudo, o mesmo não ocorreria nos casos de fato do príncipe e fato da administração em que o desequilíbrio decorre de ato ou fato do Poder Público, pois nas duas hipóteses seria inaceitável a repartição dos prejuízos, porque não se pode imputar ao contratado o ônus de arcar com prejuízos provocados pelo contratante.

Segunda essa doutrinadora:

No caso de fato do príncipe, a responsabilidade do Estado encontra fundamento na regra contida no artigo 37, § 6º, da Constituição, que não pode ser afastada por lei ordinária. No caso de fato da Administração, trata-se de responsabilidade contratual por inadimplemento, não podendo o parceiro privado arcar com os prejuízos, nem mesmo para dividi-los com o parceiro público. Trata-se de mera aplicação do

⁴⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *op. cit.*, p.155.

princípio geral de direito, consagrado no artigo 186 do Código Civil, segundo o qual aquele que causa dano a outrem é obrigado a repará-lo⁴⁸.

Advoga, ainda, Marcos Pinto Barbosa⁴⁹ que a repartição objetiva dos riscos seria um remédio para eventuais condutas oportunistas de licitantes, ao diminuir vantagens relativas a informações privilegiadas, detidas por apenas alguns concorrentes, e dificultar renegociações posteriores. Esse autor cita como exemplo, um estudo do Banco Mundial, desenvolvido por J. Luis Guasch⁵⁰, que afirma ser comum na América Latina a celebração de contratos de concessão em termos extremamente vantajosos para o poder público e posterior renegociação desses ajustes em termos extremamente vantajosos para as concessionárias. Tal assertiva vem da constatação do fato de que alguns licitantes têm melhores informações ou influência sobre as ações do setor público após a licitação, o que lhes permite formular propostas iniciais mais baixas na licitação, cientes de que conseguirão equilibrar o contrato posteriormente mediante renegociações.

Sobre esse tema, é, também, conveniente transcrever o seguinte excerto da obra do Professor Paulo Modesto, que ressalta tal característica, trazida pela Lei 11.079/04, *in verbis*:

A Lei 11.079/2004 (Lei das PPPs) foi mais austera: impôs a 'repartição objetiva de riscos entre as partes' (art.4º, VI), inclusive os 'referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária' (art.5º, III). Não tenho dúvida que muitos autores inquirarão o novo dispositivo de inconstitucional, por afronta ao precitado art.37, XXI da Constituição Federal. Mas considero que esta será uma leitura apressada (ou interessada): o dispositivo constitucional obriga que sejam mantidas as condições efetivas da proposta, mas não impede que o legislador determine aos particulares que, na proposta, contemplem objetiva catalogação dos riscos que estão dispostos a assumir em relação a situações típicas de caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária. O conceito de 'condições efetivas da proposta' não deve atinar apenas com o preço e as tarefas assumidas: deve encerrar, ao menos

⁴⁸ *Ibidem*, p.155.

⁴⁹ PINTO, Marcos Barbosa. *op. cit.*, p. 164.

⁵⁰ GUASCH, J. Luis. *Granting and renegotiating infrastructure concessions: doing it right*. World Bank Institute Development Studies, 2004. Disponível em:<<http://info.worldbank.org/etools/docs/library/240056/Granting%20and%20renegotiating%20infrastructure%20concessions%20%20doing%20it%20right.pdf>>. Acesso em : 20.ABR.09.

nos contratos de parceria público-privada, um objetivo catálogo de situações que indique quais os riscos serão partilhados entre os parceiros e quais os riscos serão de responsabilidade exclusiva de cada parte. É o início do fim dos contratos administrativos elípticos e mal ajustados, de poucas páginas, que asseguram todas as garantias possíveis ao concessionário e deixam o Estado sem clareza sobre a extensão do risco efetivo assumido pelo concessionário⁵¹.

4.3 As diretrizes a serem seguidas pelo administrador público na alocação de riscos em contratos de PPP's

Segundo Shinohara & Savoia⁵² a alocação de riscos em uma PPP visa montar uma estrutura e um arranjo contratual que reduzam os custos de financiamento, entretanto não existe uma fórmula que defina de maneira precisa e pontual quais tipos e volumes de riscos que devem ser atribuídos ao parceiro privado e quais devem permanecer com o setor público. A princípio poderia parecer que a transferência de todos os riscos para o parceiro privado seria a opção mais econômica para o governo, todavia, quanto mais riscos forem transferidos ao setor maior será a remuneração financeira que este demandará, de modo que essa alternativa nem sempre é a melhor para o governo ou para o parceiro privado.

Assim, o compartilhamento de riscos justifica-se pelo fato de ambas as partes (setor privado e público), possuírem características particulares, as quais capacitam cada uma dessas a administrar melhor determinados riscos em detrimento da outra.

A European Commission⁵³ afirma que os objetivos da transferência de riscos incluem: (a) reduzir os custos do projeto no longo prazo, pela alocação de riscos à parte mais capacitada em administrá-los da forma mais econômica possível; (b) fornecer incentivos ao contratado para entrega pontual dos projetos, dentro dos padrões exigidos e do orçamento; (c) melhorar a qualidade do

⁵¹ MODESTO, Paulo. *Reforma do Estado, Formas de Prestação de Serviços ao Público e Parcerias Público-Privadas*: demarcando fronteiras dos conceitos de serviço público, serviços de relevância pública e serviços de exploração econômica para as parcerias público privadas. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 2, maio/jun./jul. 2005, p.35/36. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 14.ABR.09.

⁵² SHINOHARA, Daniel, SAVOIA, *op. cit.*, p.19/20.

⁵³ European Commission. *Guidelines for successful Public-Private-Partnerships*. European Commission, 2003, fls.54/68.

serviço e aumentar as receitas por meio da operação mais eficiente; (d) oferecer um perfil de despesas mais consistente e previsível⁵⁴.

No mesmo sentido, Marcos Barbosa Pinto⁵⁵ defende que o administrador público ao alocar riscos nas PPP's deve ter como diretriz principal o princípio da eficiência econômica de forma a alcançar uma distribuição de riscos que minimize os custos diretos e indiretos associados a esses⁵⁶. Esse doutrinador afirma, ainda, que obter uma distribuição de riscos eficiente é uma tarefa árdua, pois pode variar a cada caso, além de depender de uma série de informações técnicas. Contudo, seria possível elencar as seguintes diretrizes básicas⁵⁷:

- a) primeira: os riscos de uma PPP devem ser alocados para o parceiro que puder, ao menor custo, reduzir as possibilidades de que o prejuízo venha a se materializar ou, não sendo possível, suavizar os danos decorrentes;
- b) segunda: buscar não atribuir riscos aos agentes econômicos que podem transferir para terceiros suas perdas. Segundo esse autor: "o Estado não é um bom absorvedor de riscos, já que ele pode transferir todos os seus custos para os contribuintes. Logo, as perdas sofridas pelo Erário não induzem a uma administração mais eficiente de custos";
- c) terceira: um determinado tipo de risco deve ser atribuído à parte que possa obter, ao menor custo, um seguro contra o mesmo. Caso os riscos correspondentes não encontrem cobertura no mercado, ou cujas franquias sejam proibitivas, é mais eficiente o Estado assumir tal risco ou vender sua capacidade de absorção de perdas ao setor privado a um preço adequado;
- d) quarta: quando não for clara qual é a alocação de riscos mais eficiente, deve-se alocar os custos para o parceiro sobre o qual

⁵⁴ Busca-se aqui garantir para o setor público o uso eficiente do dinheiro (*Value for Money*), ou seja, a criação do maior valor possível com a aplicação de determinado montante de recursos.

⁵⁵ PINTO, Marcos Barbosa. *op. cit.*, p.166.

⁵⁶ Para esse autor custos diretos são aqueles verificados toda vez que um risco se materializa, tais como aumentos de preços, no caso do risco de variação de custos, ou um acidente, no caso do risco de caso fortuito, bem como aqueles gastos efetuados pelas partes para evitar a materialização dos riscos ou mitigar seus efeitos. Já custos indiretos referem-se à transferência de recursos de uma parte a outra como forma de compensar prejuízos, seja por meio de pagamentos em dinheiro, seja por meio de ajustes contratuais, como a prorrogação do prazo do contrato. Além disso, são custos indiretos os associados a perda residual, ou seja, o custo indevidamente transferido de uma parte a outra em virtude de fraudes e comportamentos oportunistas, bem como aqueles que surgem da própria alocação de riscos da PPP.

⁵⁷ PINTO, Marcos Barbosa, *op.cit.*, p.167 *et seq.*

eles recairiam naturalmente. Tal princípio decorre da máxima: “é mais barato deixar as coisas como estão do que alterá-las”.

O mencionado autor exemplifica essas diretrizes analisando alguns riscos, dos quais merece destaque⁵⁸:

a) risco de variação de custos: esse risco, segundo o doutrinador, deve ser carregado ao parceiro privado, pois, segundo a primeira diretriz, está em melhores condições do que o Estado para controlar o custo da mão-de-obra, matéria-prima e capital relativo ao empreendimento. Contudo, excetua-se desse, o risco de inflação, pois é um fenômeno que não pode ser controlado pelo parceiro privado e que pode ser neutralizado pela previsão de reajustes da contraprestação pública ou da tarifa conforme a variação de índices de preços;

b) risco de demanda: para esse risco a melhor distribuição varia de acordo com o tipo de serviço contratado. Quando a atuação de apenas uma das partes puder levar a um aumento ou diminuição da procura pelo serviço, o risco de demanda deve ser atribuído a ela. Por exemplo, em presídios a demanda depende essencialmente do governo, não fazendo sentido atribuir tal risco ao setor privado;

c) risco de caso fortuito ou força maior: a melhor opção é a alocação para o setor privado sempre que houver cobertura securitária, a fim de evitar a externalização dos riscos para os contribuintes, na hipótese do Estado os assumir. Caso não haja essa cobertura, o mais natural é que o Estado assumira esse risco.

Não se pode deixar, também, de transcrever na íntegra o instrutivo comentário de Marcos Pinto Barbosa acerca do risco cambial⁵⁹, *in verbis*:

Uma questão complexa e interessante diz respeito ao risco cambial. Via de regra, esse risco deveria ser absorvido pelo setor privado, tendo em vista seu controle sobre a estrutura de capital do projeto. Com efeito, o parceiro privado pode escolher entre diversas alternativas de financiamento, seja em moeda local, seja em moeda estrangeira. Obviamente, se escolher financiamento em moeda local, o parceiro privado não correrá risco cambial. Além disso, caso opte por financiamento em moeda estrangeira, o concessionário pode arcar com o risco de desvalorização cambial ou repassá-lo para o mercado por meio de contratos de hedge. Logo, a primeira diretriz sugere que esse risco fique com o concessionário, tendo em vista que o parceiro privado pode evitá-lo totalmente.

⁵⁸ PINTO, Marcos Barbosa. *op. cit.*, p.170.

⁵⁹ *Ibidem*, p.173/174.

Todavia, duas imperfeições do mercado podem alterar essa conclusão. A primeira é a assimetria entre o mercado de capitais brasileiro e o internacional, que faz com que as taxas de juros e prazos de financiamento sejam melhores em moeda estrangeira do que em moeda local. A segunda imperfeição é a inexistência de contratos de hedge de câmbio de longo prazo no Brasil, o que faz com que o parceiro privado tenha de enfrentar o risco da variação cambial sem proteção caso decida tomar empréstimos em moeda estrangeira para beneficiar-se das condições de financiamento disponíveis no mercado internacional.

Dadas essas imperfeições, pode valer a pena, em alguns projetos, que o Estado assuma o risco de variação cambial. O Estado forneceria então o hedge inexistente no mercado, permitindo que o parceiro privado obtivesse financiamentos no mercado internacional a um custo mais baixo. Como os projetos de PPP são intensivos em capital, o custo financeiro mais baixo implicaria uma grande redução do custo total da contratação para o Estado, justificando assim uma maior exposição a risco.

É preciso ressaltar, porém, que esse tipo de proteção cambial só será eficiente se a economia financeira obtida pela PPP com a proteção for maior que o custo da absorção desse risco pelo Estado. Para garantir que isso ocorra, o Estado deve precificar a proteção cambial oferecida, deixando ao parceiro privado a opção de adquiri-la ou não. Caso a proteção cambial custe menos do que o ganho financeiro a ser obtido com empréstimos em moeda estrangeira, ele optará pela proteção cambial. Caso contrário, tomará financiamentos em moeda local.

José Virgílio Lopes Enei⁶⁰ elenca, ainda, em sua obra, alguns riscos geralmente enfrentados em contratos contendo financiamentos de longo prazo, que são objeto de alocação entre seus partícipes, a saber:

- a) risco de construção - risco relativo à conclusão das obras e aquisição do maquinário necessário para tornar o empreendimento apto a operar comercialmente. Envolve, ainda, questões, tais como: erros de projeto, atrasos; custos superiores aos orçados; conclusão das obras fora das especificações técnicas, que podem impactar a capacidade produtiva do estabelecimento com aumento dos custos operacionais; riscos à integridade física de pessoas, à propriedade de terceiros ou meio ambiente, riscos trabalhistas e fiscais;
- b) risco de demanda;
- c) risco de operação e manutenção do empreendimento;
- d) risco País que se subdivide em: risco de desapropriação /

⁶⁰ ENEI, José Virgílio Lopes. *Project Finance: financiamento com foco em empreendimentos: (parcerias público-privadas, leveraged buy-outs e outras figuras afins)*. São Paulo: Saraiva, 2007, p.196/213.

encampação, risco de o projeto ser implantado pela iniciativa privada e posteriormente desapropriado pelo Poder Público (por exemplo, no caso de encampação ou caducidade de uma concessão); risco de governo, associado a riscos de quebra de contrato, de crédito governamental ou ainda de mudança de lei, ligados diretamente à ação ou omissão do Poder Público; risco institucional, relativo à estrutura institucional, que geram custos adicionais de transação e podem exigir maior remuneração aos investidores privados (por exemplo, morosidade do Poder Judiciário Brasileiro e falta de especialização de seus juízes);

e) risco cambial;

f) risco de valor residual – risco de não amortização total dos investimentos realizados ao final do período de concessão.

É importante destacar, também, que a Lei nº 11.079/2004 traz em seu art. 5º, inciso IV, a disposição contratual obrigatória acerca da previsão das formas de remuneração e de atualização dos valores contratuais.

No que concerne à atualização dos valores contratuais, segundo Maurício Portugal e Lucas Navarro Prado⁶¹, os contratos de concessão comum e de PPP contemplam, geralmente, dois procedimentos: o de reajuste e o de revisão contratual.

O reajuste (por exemplo, reajuste de tarifas em uma concessão comum) tem por finalidade isentar o parceiro privado de parte ou da totalidade dos riscos de variação de preços dos seus insumos, seja por perda de valor da moeda, seja por situações específicas relativas ao setor ou ao segmento da indústria ao qual pertence. É normalmente realizado com periodicidade anual e se constitui em aplicação de fórmulas paramétricas, que refletem a variação dos custos do concessionário e/ou a dos preços ao consumidor, sobre os valores previstos no contrato.

A revisão contratual pode ser subdividida em revisão contratual propriamente dita e renegociação. As revisões propriamente ditas são procedimentos pautados por critérios estabelecidos no contrato ou em regulamento emitido pela Agência Reguladora, e ocorrem periodicamente, com o objetivo de adequar as condições contratuais às situações imprevisíveis da prestação do serviço para a realização do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Já na renegociação ocorre a modificação de condições do contrato independentemente de critérios previamente estabelecidos no ajuste ou em regulamento da respectiva Agência Reguladora. Tais

⁶¹ RIBEIRO, Mauricio Portugal, PRADO, Lucas Navarro. *op. cit.*, p.125/128.

renegociações podem ser necessárias tendo em vista a incapacidade dos contratos de prever todas as situações futuras (incompletude), bem como à necessidade de adequá-los às vicissitudes na prestação do serviço.

Contudo, segundo os mencionados doutrinadores, deve ser um objetivo dos contratos de PPP e de concessão comum a eliminação, ou pelo menos, a redução das possibilidades de ocorrência de renegociações oportunistas, que podem ser responsáveis pela espoliação de programas de concessão, pelas seguintes razões:

a) no Brasil são comuns, em determinados setores, renegociações oportunistas iniciadas pelos concessionários para a modificação das obrigações de investimentos (inclusão de novas, adiamento ou supressão das existentes). Do lado Poder Público, o controle sobre as tarifas e sobre as condições de prestação de prestação de serviço pode ser utilizado para pressionar o contratado a render vantagens aos usuários ou ao Poder Público que, por não serem economicamente sustentáveis, põem em risco a continuidade da prestação do serviço;

b) o Poder Público tende a sair em desvantagem nos processo de renegociação, porque essas são realizadas em contexto que inexistente pressão competitiva (uma vez outorgada a concessão, não é possível trazer terceiros para mesa de negociação) e por haver um desequilíbrio de interesses entre o Poder Público e o concessionário (enquanto para aquele trata-se de apenas mais um contrato, para o concessionário, como Sociedade de Propósito Específica (SPE), está em jogo seu único contrato).

Das razões supracitadas surge a necessidade de os procedimentos de revisão serem devidamente regulamentados, nos contratos de concessão ou em normativos das Agências, de forma a impedir que este instrumento seja utilizado indevidamente para mitigação dos riscos atribuídos aos parceiros (principalmente os alocados ao parceiro privado) ou para simples alteração de preços sem lastro efetivo em mudanças nas condições de execução do contrato que a justifiquem.

4.4 Dos aspectos fiscais da distribuição de riscos

Outro ponto que não se pode esquecer é que as PPP's são uma forma de endividamento a longo prazo do Estado, por envolverem o pagamento de contraprestações públicas ao longo de todo o período de concessão.

Para se ter uma ideia dessa última dimensão, pode-se citar, como exemplo, a primeira PPP do Distrito Federal (DF), que diz respeito a um Complexo Administrativo projetado para abrigar 15.000 servidores da Administração Pública, com previsão de gastos públicos nominais da monta de R\$ 3.168.999.600,00 (três bilhões, cento e sessenta e oito milhões, novecentos e noventa e nove mil e seiscentos reais), a serem desembolsados num período de 22 (vinte e dois) anos. Nesse projeto, o setor privado investirá na edificação dos prédios cerca de R\$ 582 milhões e operará por 21 (vinte e um anos) todos os serviços relacionados aos edifícios, tais como: segurança, limpeza, manutenção, fornecimento de água e luz.

Ao olhar pelo prisma da responsabilidade fiscal, conforme as disposições da Lei nº 11.079/2004, as despesas criadas por meio de PPP's podem estar submetidas a dois tipos de controle: o controle de fluxo e o controle de estoque.

O primeiro tipo de controle do endividamento público (controle de fluxo) está previsto no art.10, inciso I alínea "b", que estabelece que as despesas criadas ou aumentadas em virtude da celebração de PPP não devem afetar as metas de resultados fiscais, prevista no Anexo da Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) do ente Público, devendo seus efeitos financeiros, nos períodos seguintes, ser compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa.

Já o segundo tipo de controle é o chamado controle de estoque que se refere aos limites de contratação de parcerias público-privadas e à observância dos limites para o endividamento público. Dentre as regras deste tipo de controle destacam-se os artigos 22 e 28⁶² da Lei nº 11.079/2004, *in verbis*:

Art. 22. A União somente poderá contratar parceria público-privada quando a soma das despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das parcerias já contratadas não tiver excedido, no ano anterior, a 1% (um por cento) da receita corrente líquida do exercício, e as despesas anuais dos contratos vigentes, nos 10 (dez) anos subsequentes, não excedam a 1% (um por cento) da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios.

[...]

Art. 28. A União não poderá conceder garantia e realizar transferência voluntária aos Estados, Distrito Federal e Municípios se a soma das despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das parcerias já

⁶² Posteriormente a redação do artigo 28 da Lei nº 11.079/2004, foi alterado pela Lei nº 12.024/2009, de 27/08/2009, conforme será visto no item IV.1 desta monografia.

contratadas por esses entes tiver excedido, no ano anterior, a 1% (um por cento) da receita corrente líquida do exercício ou se as despesas anuais dos contratos vigentes nos 10 (dez) anos subsequentes excederem a 1% (um por cento) da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios.

Quanto à possibilidade de aplicação simultânea desses dois sistemas de controle de endividamento público, os doutrinadores Maurício Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prado⁶³ trazem a seguinte observação:

Ao se debruçar sobre a LRF, apresentam-se dois sistemas distintos de controle. Um trata de controlar a criação de despesas e assunção de obrigações, regulamentado especialmente pelos arts. 16 a 24 (controle de fluxo). Trata-se do controle acima mencionado. O outro tem por objeto limitar diretamente o endividamento público, regrado sobretudo pelos arts. 29 a 38 (controle de estoque). Apesar disso, nada há na LRF que implique a exclusão entre esses sistemas de controle. Isto é, não procede o argumento de que, se aplicado um sistema, automaticamente está excluído o outro.

Como já afirmado, para as PPPs, quaisquer despesas passam pelo controle de fluxo – o que implica demonstrar que a criação de despesa com a celebração de uma determinada PPP pode ser compensada pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de outra despesa. Além disso, eventualmente, se impactar o nível de endividamento do ente público a que se vincular o órgão ou pessoa contratante, haverá a incidência do segundo tipo de controle.

Em suma, o controle de fluxo é sempre aplicável; o de estoque o será eventualmente, a depender da definição de se uma PPP impacta, ou não a dívida consolidada. Aliás, esse pensamento acabou por influenciar a própria elaboração do projeto de lei que deu origem à Lei de PPP, na medida em que se pretendeu utilizar tanto os controles de fluxo quanto os de estoque para as PPPs.⁶⁴

Frisa-se, assim, que, conforme o disposto no art.10, inciso I, alínea “c” c/c o art. 25 da Lei nº 11.079/04, a própria distribuição de riscos em um contrato de PPP define se a contratação impactará ou não o endividamento público do ente contratante, *in verbis*:

Art. 10. A contratação de parceria público-privada será precedida de licitação na modalidade de concorrência, estando a abertura do processo licitatório condicionada a:

I – autorização da autoridade competente, fundamentada em estudo técnico que demonstre:

[...]

c) quando for o caso, conforme as normas editadas na forma do art. 25 desta Lei, a observância dos limites e condições decorrentes da aplicação

⁶³ RIBEIRO, Mauricio Portugal, PRADO, Lucas Navarro. *op. cit.*, p.420/421.

⁶⁴ *Idem*

dos arts. 29, 30 e 32 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, pelas obrigações contraídas pela Administração Pública relativas ao objeto do contrato;

[...]

Art. 25. A Secretaria do Tesouro Nacional editará, na forma da legislação pertinente, normas gerais relativas à consolidação das contas públicas aplicáveis aos contratos de parceria público-privada.

Note que em atenção ao dispositivo legal supracitado, a Secretaria do Tesouro Nacional (STN) expediu a Portaria nº 614⁶⁵, de 21.8.06, cujo art. 4º prevê a inclusão ou não dos valores gastos com uma PPP no cálculo da dívida pública consolidada⁶⁶ do ente federado, de acordo com a repartição dos riscos de demanda, disponibilidade, e construção entre os parceiros, *in verbis*:

Art. 4º A assunção pelo parceiro público de parte relevante de pelo menos um entre os riscos de demanda, disponibilidade ou construção será considerada condição suficiente para caracterizar que a essência de sua relação econômica implica registro dos ativos contabilizados na SPE no balanço do ente público em contrapartida à assunção de dívida de igual valor decorrente dos riscos assumidos.

§ 1º Para efeito dessa Portaria considera-se que o parceiro público assume parte relevante:

I - do risco de demanda quando garantir ao parceiro privado receita mínima superior a 40% do fluxo total de receita esperado para o projeto, independente da utilização efetiva do serviço objeto da parceria. Define-se risco de demanda como o reflexo na receita do empreendimento da possibilidade de que a utilização do bem objeto do contrato possa ser diferente da frequência estimada no contrato, desconsideradas as variações de demanda resultantes de inadequação ou qualidade inferior dos serviços prestados, qualquer outro fator de responsabilidade do parceiro privado que altere sua qualidade ou

⁶⁵ BRASIL. *Portaria nº 614, de 21 de agosto de 2006, da Secretaria do Tesouro Nacional (STN)*. Estabelece normas gerais relativas à consolidação das contas públicas aplicáveis aos contratos de parceria público-privada – PPP, de que trata a Lei nº 11.079, de 2004. Disponível em: <http://www.tesouro.fazenda.gov.br/ppp/downloads/Portaria_614_210806.pdf>. Acesso em: 18.NOV.08.

⁶⁶ Segundo a Resolução nº 40 de 2001 do Senado Federal, a dívida pública consolidada é o montante total, apurado sem duplicidade, das obrigações financeiras, inclusive as decorrentes de emissão de títulos, do Estado, do Distrito Federal ou do Município, assumidas em virtude de leis, contratos, convênios ou tratados e da realização de operações de crédito para amortização em prazo superior a 12 (doze) meses, dos precatórios judiciais emitidos a partir de 5 de maio de 2000 e não pagos durante a execução do orçamento em que houverem sido incluídos, e das operações de crédito, que, embora de prazo inferior a 12 (doze) meses, tenham constado como receitas no orçamento. Já segundo o art. 40, § 1º, inciso V, dessa mesma resolução, a Dívida Consolidada Líquida (DCL) é igual à dívida consolidada deduzidas as disponibilidades de caixa, as aplicações financeiras e os demais haveres financeiros. O limite de endividamento permitido pelo Senado em relação aos Estados é dado pela Relação DCL/RCL ≤ 200, onde RCL é a Receita Corrente Líquida, definida pelo art. 2º, inciso IV da Lei Complementar nº 101/2000 (LRF).

quantidade ou ainda eventual impacto decorrente de ação do parceiro público;

II - do risco de construção quando garantir ao parceiro privado compensação de pelo menos 40% em relação ao custo originalmente contratado ou 40% em relação à variação do custo que exceder ao valor originalmente contratado, considerando todos os custos referentes à constituição ou manutenção do bem associado à parceria, inclusive mediante a indexação da receita do contrato a índices setoriais de preços que reflitam a evolução do custo de construção e manutenção do bem e o repasse de custos de reparos e outros custos de manutenção do bem. Define-se o risco construção como sendo a variação dos principais custos referentes à constituição ou manutenção do bem;

III - do risco de disponibilidade quando garantir ao parceiro privado o pagamento de pelo menos 40% da contraprestação independente da disponibilização do serviço objeto da parceria em desacordo com as especificações contratuais. Define-se o risco de não disponibilização do bem como sendo o fornecimento do serviço em desacordo com os padrões exigidos, ou desempenho abaixo do estipulado.

§ 2º Excetua-se da obrigação de registro no balanço do ente público dos ativos contabilizados na SPE as concessões patrocinadas nas quais não exista contraprestação fixa devida de forma independente da utilização efetiva do serviço objeto da parceria, desde que o parceiro público não assuma parte relevante nem do risco de disponibilidade nem do risco de construção na forma definida neste artigo

[...]

Art. 6º O reconhecimento de outras obrigações que configurarem comprometimento de recursos do parceiro público, não relacionado à efetiva prestação de serviços, deverá ser registrado no passivo patrimonial.

Art. 7º Os entes públicos deverão provisionar e constar em seus balanços, na forma deste artigo, os valores dos riscos assumidos em decorrência de garantias concedidas ao parceiro privado ou em seu benefício.

Dessa forma, é imprescindível a observância da responsabilidade fiscal na celebração e execução de PPP's. Ademais, a depender da distribuição de riscos em uma determinada PPP, é possível que as despesas com essa não sejam contabilizadas como endividamento público gerando um reduzido impacto fiscal, o que, no atual cenário brasileiro, em que diversos Estados se encontram com elevados níveis de endividamento, é altamente atrativo.

Cabe lembrar que a origem da estrutura econômica dos contratos de PPP's na Europa se deu por razões de natureza fiscal de forma a fomentar a participação privada nos investimentos em infra-estrutura, de modo a movê-los para fora do balanço do ente público.

Desse modo, viabilizar-se-ia, conforme a transferência de riscos relacionados ao empreendimento aos parceiros privados, investimentos em infraestrutura sem aumentar o endividamento público e com reduzido impacto na meta de resultado primário.

Outro ponto fundamental na observação da regularidade fiscal é o acompanhamento, por parte dos órgãos de controle externo, da verificação da regularidade das repactuações do equilíbrio econômico-financeiro em contratos de PPP's. Ressaltando essa importância da verificação da regularidade fiscal durante as revisões contratuais, os autores Maurício Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prado tecem os seguintes comentários:

Decerto que a exata configuração da contraprestação pública deve ser feita projeto a projeto, em vista das suas peculiaridades econômicas. Do ponto de vista da responsabilidade fiscal, o importante é definir os limites de exposição da Administração, de modo a evitar surpresas em relação aos valores originalmente calculados. Por isso, mesmo nos projetos nos quais seja conveniente ter contraprestação variável, o cumprimento da diretriz de responsabilidade fiscal requer que se estabeleça contratualmente o limite máximo da contraprestação pública, de maneira que se possa limitar eventual passivo contingente decorrente da celebração da parceria.

[...]

A relação entre responsabilidade fiscal e reequilíbrio econômico-financeiro está em que – ao contrário das concessões comuns, nas quais a realização das revisões contratuais pode implicar mudanças na tarifa, nos planos de investimentos ou no prazo da concessão – no caso das PPPs, além desses mecanismos, será possível alteração na contraprestação pública. Isso requer atenção especial, para que os controles e cuidados na celebração das parcerias não restem vãos por conta de descuido nas revisões periódicas do contrato⁶⁷.

5. BREVE ANÁLISE TÉCNICA DA DISTRIBUIÇÃO DE RISCOS NOS CONTRATOS DAS PPP'S DO CENTRO ADMINISTRATIVO DO DISTRITO FEDERAL E DA BR – 116 / 324 BA

Neste tópico será feita uma breve análise da distribuição de riscos nas minutas dos contratos de concessão das PPP's do Centro Administrativo do Distrito Federal e da BR – 116 / 324 BA.

⁶⁷ RIBEIRO, Mauricio Portugal & PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à Lei de PPP: Parceria Público – Privada, fundamentos econômico – jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2007, pp.100/101.

5.1. PPP do Centro Administrativo do Distrito Federal (CADF)⁶⁸

O Distrito Federal (DF), por meio da Concorrência nº 01/2008⁶⁹, promovida pela Companhia de Planejamento do Distrito Federal – CODEPLAN, licitou o direito de outorga de Parceria Público-Privada (PPP) pelo prazo de 22 (vinte e dois) anos, na modalidade administrativa⁷⁰, para construção, operação e manutenção do Centro Administrativo do Distrito Federal (CADF), destinado à utilização por órgãos e entidades da administração direta e indireta integrantes da estrutura administrativa do Governo do Distrito Federal, cujo valor corrente estimado para a contratação, ao longo de todo o período, é de R\$ 3.168.999.600,00 (três bilhões, cento e sessenta e oito milhões, novecentos e noventa e nove mil e seiscentos reais). Ao final da concessão os bens imóveis erigidos serão revertidos para o poder público.

Dos 22 (vinte e dois) anos supracitados, apenas 21 (vinte e um) anos envolvem o pagamento de contraprestação pública mensal, denominado de período de exploração pelo parceiro privado. Segundo o edital, tal contraprestação mensal teria o valor máximo de R\$ 13 milhões⁷¹, e seria constituída por parcela fixa (amortização dos investimentos realizados), limitada a 60% do total da remuneração, e por parcela variável (pagamento pelos serviços de operação e manutenção), atrelada ao desempenho do parceiro privado na prestação dos serviços, nos termos do parágrafo único do art. 6º da Lei nº 11.079/2004.

Esse mecanismo de remuneração variável, na visão dos autores Mauricio Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prado⁷², aumenta os incentivos econômicos para que o parceiro privado disponibilize o serviço conforme o pactuado no contrato, sobretudo quanto aos níveis desejáveis de qualidade, constituindo-se num sistema de avaliação de *performance* mais sensível do que o sistema de cominação de multas, pois a redução do valor do pagamento se reflete na receita do concessionário, e não na criação de custos. Esse fato é “uma diferença fundamental do ponto de vista econômico, pois inviabiliza quaisquer estratégias procrastinatórias

⁶⁸ Tópico baseado na Informação nº 91/2008 da 3ª Inspeção de Controle Externo – Divisão de Auditoria do Tribunal de Contas do Distrito Federal (TCDF), constante do Processo nº 2452/2008, elaborada por Leonardo José Alves Leal Neri em co-autoria com Flávio Figueiredo Cardoso e Audrey Ferreira. Disponível em: <https://www.tc.df.gov.br/sistemas/Docs/Ord/Instrucao/2008/08/A68796_662.doc>. Acesso em: 31.AGO.09

⁶⁹ Edital disponível em: <<http://www.codeplan.df.gov.br>>. Acesso em: 20.dez.08.

⁷⁰ LEI nº 11.079/04, Art. 2º, *caput*.

⁷¹ Corrigida pela inflação de acordo com a variação do IPCA.

⁷² RIBEIRO, Mauricio Portugal, PRADO, Lucas Navarro. *op. cit.*, p.420/422.

da solução da questão, como ocorre muitas vezes em relação à aplicação de multas”.

As garantias oferecidas pelo Distrito Federal para as obrigações pecuniárias a serem contraídas por meio da PPP do CADF, constantes da minuta do contrato são as seguintes:

- a) recebíveis da TERRACAP correspondentes ao montante de R\$ 508.780.830,63 (quinhentos e oito milhões, setecentos e oitenta mil, oitocentos e trinta reais e sessenta e três centavos);
- b) imóveis de propriedade da TERRACAP que seriam hipotecados em favor da Contratada, cujos valores somariam a importância de R\$ 900.000.000,00 (novecentos milhões de reais), referência de 4.06.08; e
- c) suplementarmente, pelo Fundo Garantidor das Parcerias Público-Privadas – FGPDP, na forma da lei de sua criação e constituição.

Segundo Maurício Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prado⁷³ as garantias prestadas pelo parceiro público em contratos de PPP tem fundamental importância, pois não seria razoável crer que os parceiros privados estariam dispostos a assumir obrigações de longo prazo sem que as obrigações pecuniárias da Administração estivessem garantidas (ao menos parte delas). Assim, o objetivo é evitar que riscos políticos afetem os fluxos financeiros dos projetos. Como contrapartida, espera-se que essa diminuição de risco reflita em melhores propostas para o poder público. Tais riscos políticos, além das instabilidades associadas às mudanças de governo durante a execução contratual, estariam relacionados a eventuais problemas na previsão e execução da despesa pública, tais como: ausência de previsão orçamentária para o pagamento das contraprestações públicas; contingenciamento de despesas, falta de empenho, liquidação e/ou pagamento, e inscrição em Restos a Pagar.

Já, no que tange à distribuição de riscos na minuta do Contrato da PPP do CADF, observa-se que o Distrito Federal adotou como regra geral a Teoria da Imprevisão Administrativa, nos seguintes termos:

CLÁUSULA 22 - EQUILÍBRIO-ECONÔMICO FINANCEIRO E REAJUSTE DO CONTRATO

[...]

22.3. As PARTES terão direito à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO DE CONCESSÃO quando este for afetado por:
22.3.1. Modificação unilateral do Contrato imposta pelo CONTRATANTE;
22.3.2. Alteração na ordem tributária posterior à assinatura do CONTRATO;
22.3.3. Alteração legislativa de caráter específico que tenha impacto direto,

⁷³ *Ibidem*, p. 205/206.

para mais ou para menos, sobre as receitas ou custos da SPE, de modo a afetar a continuidade ou a qualidade da exploração da CONCESSÃO ADMINISTRATIVA;

22.3.4. Abuso ou omissão do CONTRATANTE que afete a plena exploração da CONCESSÃO ADMINISTRATIVA;

22.3.5. Ocorrência de fatos imprevisíveis ou ainda previsíveis, mas de consequências incalculáveis, desde que haja configuração de álea econômica extraordinária e extracontratual;

22.3.6. Constatação de irregularidades ambientais no IMÓVEL, existentes anteriormente à assinatura do presente CONTRATO, em especial, por contaminação do solo, que afetem a plena exploração do objeto desta CONCESSÃO.

Contudo, com base no inciso III do art. 5º da Lei nº 11.079/2004, que permite à livre repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito e força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária, a minuta do contrato faz as seguintes ressalvas como hipóteses de não repactuação econômica do contrato:

CLÁUSULA 12 – OBRIGAÇÕES DA CONTRATADA.

[...]

12.1.26 Sobre os riscos na execução do projeto pelo parceiro-privado:

a) as partes assumem que a cessão de direitos relativa aos projetos define as responsabilidades entre os cessionários dos mesmos e os ora contratados, parceiros privados, sendo de integral responsabilidade desses últimos o exame de consistência e viabilidade técnica de tudo quanto consta nesses documentos;

b) os erros em que incorreram os cessionários do projeto, que não forem possíveis de perceber em criterioso exame técnico dos projetos e documentos, serão de responsabilidade do cessionário dos direitos e do parceiro-privado, não respondendo a Administração em qualquer hipótese pelos erros do projeto;

c) os fatos supervenientes – que não decorram de erro do projeto poderão ensejar quando devidamente comprovados, o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato;

12.1.27. Sobre os riscos da execução dos serviços:

O risco pela execução dos serviços é de responsabilidade da CONTRATADA, podendo o CONTRATANTE opor ao mesmo todos os elementos que numa interpretação razoável possam ser inferidas dos documentos constantes do Edital e do Contrato.

[...]

CLÁUSULA 13 – CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR.

[...]

13.4.1 Um evento não será considerado, para os efeitos de recomposição do equilíbrio econômico financeiro do CONTRATO, caso fortuito ou força maior se, ao tempo de sua ocorrência, corresponder a um risco segurável, no Brasil ou no exterior, até o limite dos valores de apólices comercialmente aceitáveis, independentemente de a CONTRATADA as ter ou não contratado.

[...]

CLÁUSULA 22- EQUILÍBRIO-ECONÔMICO FINANCEIRO E REAJUSTE DO CONTRATO

[...]

22.5. Não ensejarão direito ao reequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO, entre outras hipóteses:

22.5.1. O prejuízo ou a redução de ganhos da SPE decorrentes da livre exploração da CONCESSÃO ADMINISTRATIVA e dos riscos normais à atividade empresarial;

22.5.2. A não realização das receitas complementares, acessórias ou decorrentes de projetos associados estimadas pela SPE, salvo se esta frustração de receitas for imputável à ação ou omissão do CONTRATANTE;

22.5.3. A oscilação ordinária dos custos das obrigações assumidas pela SPE ou a sua discrepância em relação aos custos previstos na elaboração de sua PROPOSTA ECONOMICA;

22.5.4. A desconsideração de eventos ou condições previsíveis;

22.5.5. O desconhecimento das condições de execução das OBRAS e prestação de SERVIÇOS, por ocasião da assinatura do Contrato, salvo em razão de informações imprecisas ou equivocadas disponibilizadas pelo CONTRATANTE;

22.5.6. A negligência, inépcia ou omissão na prestação dos serviços;

22.5.7. A gestão dos serviços. Incluindo o pagamento de custos administrativos e operacionais superiores aos praticados no mercado (grifo nosso).

Do excerto acima, conclui-se que o Distrito Federal buscou atribuir ao parceiro privado os riscos decorrentes de erro de projeto, bem como os relacionados às oscilações ordinárias dos custos das obrigações assumidas pela Sociedade de Propósito Específico (SPE)⁷⁴, que irá gerir a Parceria Público-Privada do CADF, mesmo que isso implique em redução de ganhos ou prejuízos à SPE.

Quanto aos limites para a contratação de PPP's, constante da redação original do art. 28 da Lei nº11.079/04⁷⁵, a previsão de gastos com

⁷⁴ LEI nº 11.079/2004, Art. 9º.

⁷⁵ Redação original do Art.28 da Lei nº 11.079/2004: "A União não poderá conceder garantia e realizar transferência voluntária aos Estados, Distrito Federal e Municípios se a soma das despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das parcerias já contratadas por esses entes tiver excedido, no ano anterior, a 1% (um por cento) da receita corrente líquida do exercício ou se as despesas anuais dos contratos vigentes nos 10 (dez) anos subsequentes excederem a 1% (um por cento) da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios.

§ 1º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios que contratarem empreendimentos por intermédio de parcerias público-privadas deverão encaminhar ao Senado Federal e à Secretaria do Tesouro Nacional, previamente à contratação, as informações necessárias para cumprimento do previsto no caput deste artigo.

§ 2º Na aplicação do limite previsto no caput deste artigo, serão computadas as despesas derivadas de contratos de parceria celebrados pela Administração Pública direta, autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas, direta ou indiretamente, pelo respectivo ente.

§ 3º (VETADO)"

a PPP do CADF pelo GDF, representava quase a totalidade do percentual de 1% (um por cento) da Receita Corrente Líquida do GDF, permitido, à época, para o ano de sua contratação e para a projeção dessa nos 10 (dez) anos subsequentes, conforme tabela abaixo⁷⁶:

Ano	Previsão de gasto anual com a PPP do CADF com reajustamento da contratação máxima pelo índice de Inflação considerado pela Secretaria de Estado da Fazenda do GDF (SF/DF)	RCL projetada pela SF/DF	Projeção do % da RCL gasto com a PPP do CADF
2009	R\$ 0,00	R\$ 10.191.600.000,00	0,00
2010	R\$ 51.033.083,40	R\$ 11.356.800.000,00	0,45
2011	R\$ 169.070.444,40	R\$ 12.591.500.000,00	1,34
2012	R\$ 175.833.262,18	R\$ 13.898.400.000,00	1,27
2013	R\$ 182.743.509,38	R\$ 15.284.500.000,00	1,20
2014	R\$ 189.925.329,30	R\$ 16.758.000.000,00	1,13
2015	R\$ 197.389.394,74	R\$ 18.323.700.000,00	1,08
2016	R\$ 205.146.797,95	R\$ 19.986.700.000,00	1,03
2017	R\$ 213.209.067,11	R\$ 21.752.000.000,00	0,98
2018	R\$ 221.588.183,45	R\$ 23.625.200.000,00	0,94
2019	R\$ 230.296.599,06	R\$ 25.612.000.000,00	0,90

Note que o artigo supracitado da Lei nº 11.079/04, em sua redação original, não impedia a contratação de PPP's, cujas despesas de caráter continuado ultrapassem a 1% (um por cento) da receita corrente líquida do exercício ou se as despesas anuais dos contratos vigentes nos 10 (dez) anos subsequentes excedessem a 1% (um por cento) da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios, e sim trazia um ônus ao Ente Federado que ultrapassasse tais limites, que é a não concessão de garantias e a interrupção das transferências voluntárias por parte da União.

Entretanto, tal artigo força a observância quase que obrigatória pelos Estados e Municípios, pois esses dependem muito das concessões de garantias e das transferências voluntárias por parte da União. Por exemplo, o montante de transferências voluntárias por parte da União ao Distrito Federal somaram, em 2007, o valor de R\$ 67.656.000,00 (sessenta e sete milhões, seiscentos e cinquenta e seis mil reais).

Os doutrinadores Maurício Portugal Ribeiro e Lucas Navarro

⁷⁶ Dado extraído do Processo TCDF nº 2452/2008.

Prado, afirmam, ainda, que a verificação dos limites do art. 28 da Lei nº 11.079/04 depende de regulamentação específica a ser feita pela Secretaria do Tesouro Nacional – STN. Além disso, levantam uma dúvida sobre a constitucionalidade do referido dispositivo, pois, segundo o inciso I do art. 163 da Constituição Federal (CF), normas que disciplinem acerca de finanças públicas são reservadas à Lei Complementar e no caso a Lei federal de PPP's é uma lei ordinária⁷⁷.

Reportagem do jornal Valor Econômico⁷⁸, datada de 18/08/2009, aponta esse limite de 1% da RCL corrente líquida, como uma das causas para o ritmo lento de contratações de PPP's pelos Estados.

O citado art. 28 da Lei nº 11.079/04, foi recentemente alterado pela Lei nº 12.024, de 27/08/2009, que modificou esse limite de gastos de 1% da RCL para 3%, bem como excluiu desse as despesas das empresas estatais não dependentes com PPP's, passando o artigo a ter a seguinte redação:

Art. 28. A União não poderá conceder garantia e realizar transferência voluntária aos Estados, Distrito Federal e Municípios se a soma das despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das parcerias já contratadas por esses entes tiver excedido, no ano anterior, a 3% (três por cento) da receita corrente líquida do exercício ou se as despesas anuais dos contratos vigentes nos 10 (dez) anos subsequentes excederem a 3% (três por cento) da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios. (Redação dada pela Lei nº 12.024, de 2009)

[...]

§ 2º Na aplicação do limite previsto no caput deste artigo, serão computadas as despesas derivadas de contratos de parceria celebrados pela administração pública direta, autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas, direta ou indiretamente, pelo respectivo ente, excluídas as empresas estatais não dependentes. (Redação dada pela Lei nº 12.024, de 2009).

A distribuição de riscos delineada no contrato de concessão do CADF, transcrita acima, tem, também, impacto direto na forma de contabilização dos gastos previstos com a PPP do CADF no balanço do ente Distrital, como será visto a seguir.

Na PPP do CADF os montantes a serem pagos a título de parcela fixa serão destinados à amortização dos investimentos realizados pelo parceiro privado na construção do complexo, cujos bens serão revertidos no final da concessão. Como tais obrigações não estão ligadas

⁷⁷ RIBEIRO, Mauricio Portugal, PRADO, Lucas Navarro. *op. cit.*, pp.449/450.

⁷⁸ PPPs federais ficam no papel e estaduais têm ritmo lento. *Valor Econômico*, n. 2324, p. A4/A5, 18 ago. 2009.

diretamente à prestação dos serviços, essas deveriam ser registradas no passivo patrimonial. Em contrapartida, os direitos decorrentes deveriam ser contabilizados no ativo patrimonial. Dessa forma, os valores pagos a título de parcela fixa deveriam ser considerados no cálculo da Dívida Pública Consolidada do DF.

O aduzido acima decorre da interpretação dos arts. 3º e 6º e exemplo nº 9, constantes da Portaria nº 614/06 da STN (fls.236/251), *in verbis*:

Art. 3º Os direitos futuros reconhecidos pelo ente público, decorrentes de pagamentos pré-estabelecidos em contrato, e não relacionados à efetiva prestação do serviço, deverão ser registrados como ativo patrimonial a partir da sua efetiva constituição ou ampliação, no caso de cessão de uso pelo parceiro público.

[...]

Art. 6º O reconhecimento de outras obrigações que configurarem comprometimento de recursos do parceiro público, não relacionado à efetiva prestação de serviços, deverá ser registrado no passivo patrimonial.

[...]

Exemplo 9

Contrato de PPP prevê que parte da contraprestação do parceiro público corresponderá ao serviço financeiro assumido pelo parceiro privado em decorrência da constituição do bem que suporta materialmente a parceria. As demais obrigações financeiras estão associadas ao pagamento pela disponibilização deste bem, sendo desembolsada em período contratual inferior ao de duração do contrato.

A 1ª obrigação referida não possui relação direta com a prestação do serviço, estando associada à amortização do investimento realizado para a efetivação da parceria. A outra obrigação assumida tampouco se relaciona diretamente com a prestação do serviço objeto da contratação da parceria, assumindo um caráter de compensação pelo investimento realizado.

Ambas devem ser enquadradas no art. 6º da Portaria, pois configuram reconhecimento de obrigação independente da prestação do serviço. Simetricamente, permitem caracterizar a constituição de um direito, implicando registro do ativo patrimonial a partir de sua efetiva formação (art. 3º, caput).

Já quanto aos valores a serem despendidos na PPP do CADF a título de Parcela Variável, que serão destinados ao pagamento dos serviços de operação e manutenção, deve-se analisar a distribuição de riscos do contrato, à luz do art. 4º da Portaria nº 614/06 da STN, a fim de decidir sobre a inclusão desses no cálculo da dívida pública consolidada.

Observe que o risco de demanda, como conceituado pela Portaria nº 614 da STN, é assumido integralmente pelo Distrito Federal na PPP do

CADF, pois a remuneração do Parceiro Privado não depende do número de servidores distritais que efetivamente usarão o complexo, apesar de o número previsto ser de 15.000 servidores.

No que tange ao risco de disponibilidade, o Distrito Federal não assume parcela relevante desse risco, pois não garante ao parceiro privado um mínimo a ser pago por insuficiência de desempenho. Conforme a minuta do contrato de concessão o parceiro privado só não terá a parcela variável da contraprestação deduzida se sua Nota de desempenho mensal foi igual ou superior a 80% (oitenta) por cento.

Quanto ao risco de construção, apesar da minuta do contrato da PPP do CADF transferir ao parceiro privado os riscos decorrentes de erro do projeto, o Distrito Federal assume nessa contratação os riscos extraordinários de construção e de manutenção do complexo ao adotar a Teoria da Imprevisão Administrativa para fins de reequilíbrio econômico-financeiro. Dessa forma, considera-se que o ente distrital assumiu parcela significativa do risco de construção, conforme a definição desse risco feito pelo art. 4º, inciso II da Portaria nº 614/STN.

Outra dificuldade na modelagem da PPP do CADF é separar do montante das obrigações a serem pagas, a título de parcela variável, os valores decorrentes do risco de demanda e do risco de disponibilidade. Assim, entende-se de forma prudencial que o valor total dessas obrigações deveria ser considerado integralmente para o cálculo da dívida pública consolidada do DF.

Além disso, destaca-se que no caso da PPP do CADF, a principal justificativa econômica para sua celebração era de que a despesa à época do GDF com os custos de manutenção, conservação e operação dos órgãos e entidades⁷⁹ que seriam remanejados para o CADF era da monta de R\$ 14.516.919,23 (quatorze milhões, quinhentos e dezesseis mil, novecentos e dezenove reais e vinte e três centavos), sendo que a contraprestação máxima prevista no edital era de R\$ 13.000.000,00 (treze milhões), já incluídos a amortização dos investimentos, cujos bens serão revertidos ao poder público no final da concessão, o que se traduz numa economia significativa.

Contudo, ante tal justificativa, a Administração do Distrito Federal deve ser cuidadosa ao celebrar eventuais renegociações do contrato de concessão, para evitar que a mencionada economia desapareça, uma vez que essa é externa e independente da configuração da PPP do CADF.

⁷⁹ Em geral esses órgãos funcionavam em imóveis alugados pelo GDF.

5.2 PPP da BR – 116 / 324 BA⁸⁰

A PPP da BR 116 / 324 BA foi a primeira Parceria Público-Privada modelada no âmbito da União e contou com assessorias do BNDES e do IFC, apesar de não ter sido implementada, sua minuta do contrato de concessão possuía um modelo de alocação de riscos que merece ser estudado neste tópico.

O objetivo do citado projeto era outorgar uma Parceria Público-Privada na modalidade patrocinada visando à recuperação, operação, manutenção e ampliação de cerca de 637 (seiscentos e trinta e sete) Km de rodovias no Estado da Bahia, pelo prazo de 13 (treze) a 17 (dezesete) anos.

Segundo Barbara Brito⁸¹ a modelagem jurídica da licitação e do contrato de concessão dessa PPP possuía os seguintes objetivos principais: a) ampliar a concorrência na licitação, de modo a obter a melhor relação qualidade/custo para o usuário e para o Poder Concedente; b) garantir que o vencedor da licitação tivesse as qualificações técnicas para a adequada prestação dos serviços; c) mobilizar a inovação e eficiência do setor privado, repassando os ganhos para os usuários e para o poder público; d) Alocar os riscos da concessão de maneira eficiente; e) minimizar o escopo para renegociações (revisões) contratuais.

Ao contrário da alocação de riscos da PPP do CADF, a PPP da BR -116 / 324 BA atribuía como regra todos os riscos ao parceiro privado excetuando-se alguns que ficariam a cargo do poder concedente, encontrando-se vazada nos seguintes termos, em suma:

20.1 Alocação de Riscos

20.1.1 A Concessionária é integral e exclusivamente responsável por todos os riscos relacionados à Concessão Patrocinada, à exceção dos riscos listados na subcláusula 20.1.3.

20.1.2 A Concessionária é responsável, inclusive, mas sem limitação, pelos seguintes riscos:

(i) volume de tráfego em desacordo com as projeções da Concessionária ou do Poder Concedente;

(ii) recusa de usuários de pagar a Tarifa de Pedágio;

(iii) obtenção de licenças e autorizações relativas à Concessão Patrocinada;

⁸⁰ Edital disponível em: <<http://www.pppbr116.org>>. Acesso em: 05.jan.09.

⁸¹ BRITO, Barbara. A modelagem do Projeto de PPP BR-116/324 BA, Curso Desenvolvimento de Parcerias Público-Privadas, Brasília, 9 de outubro de 2008. Disponível na Internet: <http://www.planejamento.gov.br/hotsites/ppp/cdp/apresentacoes/8_Modelagem_PPP_BR116_324_Barbara_Brito.pdf>. Acesso em 30.ago.09.

- (iv) valor dos investimentos, pagamentos, custos e despesas decorrentes das desapropriações, instituição de servidões administrativas, imposição de limitações administrativas ou ocupação provisória de bens imóveis;
- (v) custos excedentes relacionados às obras e aos serviços objeto da Concessão Patrocinada, exceto nos casos previstos na subcláusula 20.1.3 abaixo;**
- (vi) atraso no cumprimento dos cronogramas previstos nas Diretrizes Técnicas Mínimas ou de outros prazos estabelecidos entre as Partes ao longo da vigência do Contrato, exceto nos casos previstos na subcláusula 20.1.3 abaixo;
- (vii) tecnologia empregada nas obras e serviços da Concessão Patrocinada;
- (viii) destruição, roubo, furto ou perda de Bens da Concessão Patrocinada;
- (ix) manifestações sociais e/ou públicas que afetem de qualquer forma a execução das obras ou a prestação dos serviços relacionados ao Contrato;
- (x) gastos resultantes de defeitos ocultos em Bens da Concessão Patrocinada;
- (xi) aumento do custo de capital, inclusive os resultantes de aumentos das taxas de juros;**
- (xii) variação das taxas de câmbio;**
- (xiii) modificações na legislação, exceto aquelas mencionadas na subcláusula 20.1.3(v) abaixo;**
- (xiv) caso fortuito e força maior que possam ser objeto de cobertura de seguros oferecidos no Brasil ou no exterior à época de sua ocorrência;
- (xv) recuperação, prevenção, remediação e gerenciamento do passivo ambiental relacionado ao Sistema Rodoviário;
- (xvi) riscos que possam ser objeto de cobertura de seguros oferecidos no Brasil ou no exterior que deixem de sê-lo como resultado direto ou indireto de ação ou omissão da Concessionária;
- (xvii) possibilidade de a inflação de um determinado período ser superior ou inferior ao índice utilizado para reajuste da Tarifa de Pedágio ou da Contra prestação para o mesmo período; e**
- (xviii) responsabilidade civil, administrativa e criminal por danos ambientais decorrentes da operação do Sistema Rodoviário.
- 20.1.3 A Concessionária não é responsável pelos seguintes riscos relacionados à Concessão Patrocinada, cuja responsabilidade é do Poder Concedente:**
- (i) decisão judicial ou administrativa que impeça ou impossibilite a Concessionária de cobrar a Tarifa de Pedágio ou de reajustá-la de acordo com o estabelecido no Contrato, exceto nos casos em que a Concessionária houver dado causa a tal decisão;
- (ii) descumprimento, pelo Poder Concedente, de suas obrigações contratuais;
- (iii) caso fortuito ou força maior que não possam ser objeto de cobertura de seguros oferecidos no Brasil ou no exterior à época de sua ocorrência.
- (iv) Alterações, pelo Poder Concedente, nas obras ou serviços descritos nas Diretrizes Técnicas Mínimas; e

(v) modificações na legislação que afetem exclusivamente o setor de concessões rodoviárias ou exclusivamente a prestação dos serviços objeto da Concessão Patrocinada.

20.1.4 A Concessionária declara:

(i) ter pleno conhecimento da natureza e extensão dos riscos por ela assumidos no Contrato; e,

(ii) ter levado tais riscos em consideração na formulação de sua Proposta.

20.1.5 A Concessionária não fará jus à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro caso os riscos por ela assumidos no Contrato venham a se materializar.

21 Recomposição do Equilíbrio Econômico-Financeiro

21.1 Cabimento da Recomposição

21.1.1 A Concessionária poderá solicitar a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro somente nas hipóteses listadas na subcláusula

20.1.3 acima (grifo nosso).

Da leitura da alocação de riscos, transcrita acima, depreende-se que essa visou definir de forma clara e objetiva as responsabilidades dos parceiros. Note, ainda, que essa distribuição limita as hipóteses de reequilíbrio do contrato, definindo que apenas a ocorrência dos riscos alocados ao Poder Concedente justificaria a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro desse. Para Barbara Brito⁸² a alocação de riscos da PPP da BR - 116 / 324 BA era consistente com a capacidade de gestão de cada parte e com os objetivos do projeto.

Verifica-se, também, da análise da alocação de riscos que foram transferidos para o parceiro privado os riscos de demanda e construção, ou seja, essa contratação, se realizada, não impactaria o endividamento público da União quanto a esses riscos, nos termos do art. 4º da Portaria nº 614/06 da STN. Já o risco de disponibilidade era assumido pelo Poder Concedente ao garantir 50% da remuneração devida a título de contraprestação, em caso desempenho insatisfatório do concessionário.⁸³

6. CONCLUSÃO

Este artigo abordou o novo paradigma de contratação de concessões na Administração Pública Brasileira, introduzido pela Lei nº 11.079/04, que trouxe para ordenamento jurídico as Parcerias Público-Privadas (PPP's) nas modalidades administrativa e patrocinada.

⁸² BRITO, Barbara. *op. cit.*

⁸³ Conforme sistema de avaliação de desempenho e cálculo da contraprestação, constante do Anexo 14.8.1 da Minuta do Contrato de Concessão da PPP da BR 116 / 324 BA.

Frisou-se que a Lei de PPP's surgiu dentro do contexto de um modelo de Estado neo-liberal, no qual o objetivo é reduzir o tamanho da máquina Estatal, por meio da transferência à iniciativa privada do maior número de atividades econômicas e serviços públicos, de forma a reduzir a necessidade de investimentos públicos de um lado e de outro reforçar as atividades ditas típicas de Estado, dentro das fiscalização e a regulação dos setores da economia.

O ponto central deste trabalho é a defesa de que a implantação eficiente de Parcerias Público-Privadas no Brasil depende da estrita observância das diretrizes elencadas no art. 4º da citada Lei, dentre elas: a responsabilidade fiscal e, em especial, a repartição objetiva de riscos entre as partes, pois as PPP's só poderão promover a maximização da eficiência do emprego de recursos privados e públicos, para um determinado projeto, se os operadores do direito, que irão redigir os futuros contratos de concessão, os futuros juristas, que irão decidir eventuais lides, e os eventuais árbitros e mediadores, que irão dirimir conflitos ocasionais decorrentes ou relacionados ao contrato, se atentarem para importância do contido no inciso VI do art. 4º c/c o inciso III do art. 5º, ambos da Lei nº 11.079/04, deixando de carrear automaticamente à Administração Pública os riscos associados a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária, e passarem a observar a distribuição dos riscos celebradas entre as partes no contrato de concessão de PPP, que deve ser pautada pela maior eficiência econômica de cada tipo específico de projeto.

Analisou-se, também, a distribuição de riscos nas minutas dos contratos de concessão das PPP's do Centro Administrativo do Distrito Federal (CADF) e da BR – 116 / 324 BA.

No contrato da PPP do CADF constatou-se que a regra geral para distribuição de riscos, que possam ensejar o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, foi a adoção da teoria da imprevisão administrativa, excetuando-se, com base no permissivo dado pelo art.5, inciso III da Lei 11.079/04, o riscos decorrentes de erro de projeto, bem como os relacionados às oscilações ordinários dos custos das obrigações assumidas pela Sociedade de Propósito Específico (SPE), que irá gerir a Parceria Público-Privada do CADF.

Já no contrato da PPP da BR 116 / 324 BA verificou-se que a distribuição dos riscos foi clara e objetiva, elencando-se de forma individualizada todos os riscos a serem suportados pelas partes, permitindo-se, única e exclusivamente, a recomposição do equilíbrio

econômico-financeiro do contrato apenas quando da ocorrência dos riscos alocados ao Poder Concedente.

Em relação aos dois contratos supracitados foi feita, também, uma breve análise do eventual impacto dessas contratações no endividamento público do ente Federado, sob o ponto de vista do controle de estoque e das repartições dos riscos de demanda, construção e disponibilidade à luz da Portaria nº 614/06 da STN.

Ante ao todo exposto conclui-se que a alocação de riscos, no caso de PPP's, deve ser feita de acordo com a capacidade de gestão de cada parceiro e com os objetivos de cada projeto, de modo a reduzir os custos envolvidos no longo prazo, e melhorar a qualidade dos serviços a serem prestados.

O PAPEL DO SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS, NA MODALIDADE DE PREGÃO, NO ATUAL PANORAMA DAS LICITAÇÕES E CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

*Cássia Correia Pessoa Aragão
Técnica de Administração Pública do TCDF*

1. Introdução. 2. Considerações iniciais sobre o Pregão. 3. O Sistema de Registro de Preços na modalidade de Pregão. 3.1. Tipos de contratações que podem ser feitas pelo SRP. 3.2. Planejamento e fases da licitação. 3.3 Edital de licitação e a Publicidade. 3.4 O julgamento das propostas. 3.5 A homologação. 3.6 Situações de revogação, anulação e fracasso do procedimento. 3.7. A adjudicação no Sistema de Registro de Preços. 4. A Ata de Registro de Preços. 4.1 A Ata de Registro de Preços (assinatura, publicação, vigência, etc.). 4.2. Possibilidade de aditamento, alteração de valores e de cancelamento da ata. 4.3. A adesão à Ata de Registro de Preços. A Contratação. 6. Considerações Finais. 7. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O Sistema de Registro de Preços, ou SRP, como é comumente denominado por muitos, surge nos moldes como é conhecido atualmente com a Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 8.666), de 21 de junho de 1993, quando esta, em seu artigo 15, inciso II, determina que as compras, sempre que possível, deveriam ser processadas por este meio.

Apesar disto, pouca ou nenhuma atenção foi dada ao citado dispositivo e este permaneceu esquecido por muitos anos, muito provavelmente, porque havia todo um novo diploma legal a ser adotado pela Administração Pública. Assim, urgia implementar todas as medidas que fossem de aplicação imediata e aguardar, no caso daquelas que dependiam de regulamentação.

Naquela oportunidade, o já citado artigo 15 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, estabelecia que o Sistema de Registro de Preços deveria ser regulamento por decreto e, ainda, que deveria ser utilizado apenas nas concorrências¹.

Conforme se verifica, o Sistema de Registro de Preços, quando da edição da Lei nº 8.666/1993, destinava-se apenas às licitações na modalidade de concorrência e a sua utilização dependeria de regulamentação por decreto.

A primeira regulamentação do referido instituto, já sob a égide da nova Lei de Licitações e Contratos, ocorreu somente em 1998, com a edição do Decreto nº 2.743, de 21 de agosto, o qual foi revogado e substituído, posteriormente, pelo Decreto nº 3.931, de 19 de setembro de 2001.

Nesse período de mais de um quinquênio, o Sistema de Registro de Preços praticamente permaneceu no limbo e, ainda assim, mesmo depois de sua regulamentação, foi raramente utilizado.

Entretanto, com o advento da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, que cria o Pregão, o Sistema de Registro de Preços começa a ocupar o papel a ele destinado na Lei de Licitações, com a permissão para a sua utilização nesta nova modalidade de licitação, conforme expresso em seu art. 11.²

Pode-se dizer com bastante propriedade que somente a partir do surgimento do Pregão, o Sistema de Registro de Preços ganha espaço no cenário das compras e contratações feitas pela Administração Pública.

Toda e qualquer licitação, assim como de um modo geral todas as atividades do agente público deverão se pautar nos princípios

¹ Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão:

(...)

II - ser processadas através de sistema de registro de preços;

(...)

§ 1º O registro de preços será precedido de ampla pesquisa de mercado.

§ 2º Os preços registrados serão publicados trimestralmente para orientação da Administração, na imprensa oficial.

§ 3º **O sistema de registro de preços será regulamentado por decreto**, atendidas as peculiaridades regionais, observadas as seguintes condições:

I - seleção feita mediante **concorrência**;

II - estipulação prévia do sistema de controle e atualização dos preços registrados;

III - validade do registro não superior a um ano. (grifou-se)

² Art. 11. As compras e contratações de bens e serviços comuns, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, quando efetuadas pelo sistema de registro de preços previsto no art. 15 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, poderão adotar a modalidade de pregão, conforme regulamento específico.

da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e eficiência, nos termos preconizados pelo art. 37 da Constituição Federal de 1988.

Deste modo, a busca de celeridade, de economia, ou seja, da maior eficiência possível no âmbito da Administração Pública é sempre um objetivo e um grande desafio do administrador.

A criação do Pregão, como nova modalidade de licitação, surge, assim, no Direito Administrativo Brasileiro, como um método prático e eficiente e menos burocratizado para a aquisição de bens e serviços comuns. Se antes, com a Concorrência, o Sistema de Registro de Preços não possuía qualquer expressividade, depois do surgimento do Pregão, ele é cada vez mais utilizado e tem se mostrado de grande valia para a Administração Pública.

Assim, o objetivo do presente artigo é a compreensão do papel do Sistema de Registro de Preços, na modalidade de Pregão, no atual panorama das Licitações e Contratos da Administração Pública, por meio de uma observação detalhada de todo seu funcionamento. Desde a sua preparação até a efetivação da contratação, incluindo todos os cuidados necessários para a sua realização, em conformidade com os preceitos legais; bem como as possibilidades de utilização de atas existentes por outros órgãos da Administração, sob a ótica de obediência aos princípios constitucionais de Direito Administrativo.

Para tanto, a pesquisa e análise da legislação, doutrina e jurisprudência sobre o assunto são fundamentais. A partir dessas fontes, e visando a alcançar o objetivo proposto, espera-se chegar à conclusão sobre a importância desta ferramenta e as vantagens e desvantagens do sistema, sempre com o objetivo maior de se atingir eficiência e efetividade, com custos mais baixos para Administração e, conseqüentemente, para o contribuinte brasileiro.

2. CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE O PREGÃO

Conforme já se disse anteriormente, o Sistema de Registro de Preços, quando da sua instituição pela Lei nº 8.666/1993, poderia ser utilizado apenas nas licitações sob a modalidade de Concorrência, nos termos expressos no art. 15, §3º, inciso I, do citado diploma legal.

Por esta razão e, em virtude de uma regulamentação tardia, o SRP permaneceu praticamente sem utilização até o advento da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, que instituiu a Licitação na modalidade de Pregão no Direito Administrativo Brasileiro.

O objeto do presente artigo é o Sistema de Registro de Preços, na modalidade de Pregão, razão pela qual, é imprescindível entender o que é esta modalidade de licitação e como ela se processa, a fim de também compreender o que é o SRP e como ele se processa.

Nos termos da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, o Pregão é uma modalidade de licitação utilizada para a aquisição de bens e serviços comuns, a realizar-se na forma presencial ou eletrônica. Durante a realização da sessão, presencial ou eletrônica, os interessados, apresentarão uma proposta inicial de preços e, a partir destas propostas, dar-se-á início a uma fase sucessiva de lances, finda a qual a Administração escolherá a de menor preço.

A própria Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, define, em parágrafo único de seu art. 1º, bens e serviços comuns como aqueles que possam ter seu padrão de desempenho e qualidade definidos objetivamente por meio de edital, com especificações usuais no mercado.

Ao discorrer sobre o assunto, o Professor Jorge Ulisses Jacoby Fernandes explica o conceito de bens e serviços comuns, como sendo:

a) genérico, abrangendo qualquer tipo de objeto seja manufaturado, industrializado, com funcionamento mecânico, elétrico, eletrônico, nacional, importado, de elevado preço, pronto ou sob encomenda. Também abrange qualquer tipo de serviço profissional, técnico ou especializado;

b) dinâmico, pois depende de o mercado ser capaz de identificar especificações usuais;

c) relativo, pois depende do conhecimento do mercado e grau de capacidade técnica dos seus agentes para identificar o objeto.

O que define se um bem e serviço pode ser considerado ou não comum é a possibilidade de definir o padrão de desempenho ou de qualidade, segundo especificações usuais no mercado.

Afastam-se com isso:

a) a pretensão de que se trate de bem padronizado, pois o que se está a exigir é que o padrão se refira a desempenho de características que definam qualidade;

b) a pretensão de que se trate de bem com características definidas em normas técnicas, como ABNT;

c) a pretensão que esteja constante do elenco definido em decreto ou regulamento;

d) a pretensão de restringir o pregão a bens prontos, vedando seu uso para bens de encomenda; e

e) serviços singulares, na forma da Lei nº 8.666/93 que justificam a contratação por inexigibilidade, porque só um atende às características pretendidas do executor ou porque, existindo mais de um, apenas em

relação a um se pode inferir ser essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto.³

Outrossim, acrescenta Fernandes⁴ (2007) em sua explanação que, apesar do Pregão somente se destinar à aquisição de bens e serviços comuns, isso não significa deixar de lado o componente qualidade. Assim, pode a Administração definir características que restrinjam a competição, desde que visem a assegurar a qualidade ou o melhor desempenho.

Além disto, frisa o autor sobre a importância de que estas restrições sejam facilmente compreendidas pelo mercado e devidamente justificadas no processo.

Estas observações são de extrema importância, porque é fato corriqueiro em diversos procedimentos licitatórios do tipo “menor preço”, que não seja dada a devida atenção às especificações destinadas à qualidade do produto a ser adquirido, ou do serviço a ser contratado. Este tipo de conduta deve ser evitada a todo custo pelos agentes públicos.

Como é possível verificar-se, a finalidade maior do Pregão ao se destinar à aquisição de bens e serviços comuns é a busca de um procedimento licitatório mais simples que as demais modalidades, facilitado pela padronização do objeto a ser adquirido junto ao mercado, com a possibilidade de contratações por preços mais reduzidos, devido à flexibilidade da negociação.

Vale acrescentar ainda sobre a delimitação dos bens e serviços comuns uma rápida observação sobre as obras e serviços de engenharia.

A aplicabilidade da modalidade de Pregão a obras e serviços de engenharia ainda é muito polêmica. Inicialmente, a jurisprudência do TCU era bastante forte no sentido de não admitir essa hipótese. No mesmo sentido, também se manifestava a doutrina. Com o passar dos anos, entretanto, esta postura foi se tornando mais flexível.

Isto porque a situação jurídica existente é a de que a Lei nº 10.520/2002, que institui o Pregão, menciona apenas que esta modalidade de licitação destina-se a bens e serviços comuns, não vedando em qualquer momento a sua utilização para obras e serviços de engenharia.

Não obstante, os Decretos Federais que regulamentam o Pregão

³ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Sistema de registros de preços e pregão presencial e eletrônico*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 461/462

⁴ *ibidem*

Presencial (nº 3.555, de 8 de agosto de 2000) e o Pregão Eletrônico (nº 5.450, de 31 de maio de 2005), determinam que o Pregão não poderá ser utilizado para a contratação de serviços de engenharia.

O entendimento jurídico mais recente para este assunto específico é o de que os decretos não podem restringir o alcance da licitação mais do que a própria lei. Deste modo, o decreto não se aplicará naquilo que conflitar com a lei.

Assim, a interpretação mais atual é a de que não é admitida a utilização desta modalidade de licitação para a realização de obras, entretanto, relativamente a serviços de engenharia, desde que o serviço possa ser considerado comum, não haverá óbice na utilização do Pregão.

Visando a escapar de problemas na delimitação do que seria ou não comum em se tratando de serviços de engenharia, o mais recomendável é evitar-se a utilização desta modalidade de procedimento licitatório. Estes são os posicionamentos de Fernandes⁵ e Santana⁶, com amparo em recentes decisões emitidas pelo Tribunal de Contas da União.

Ultrapassada a questão do que pode ou não ser licitado na modalidade de Pregão, pode-se dizer que as maiores vantagens desta modalidade de licitação, além da possibilidade de obtenção de preços mais competitivos no mercado, são a inversão das fases de julgamento da habilitação e da proposta e a redução dos recursos a apenas um, o qual deverá ser apresentado ao final do certame.

É fato constatado que tanto a inversão de fases, quanto a redução de recursos reduzem consideravelmente a burocracia e tempo na realização da licitação.

A inversão de fases de habilitação e proposta significa que, na modalidade de Pregão, ao contrário das demais modalidades de licitação, primeiro verifica-se qual será a proposta de preços mais vantajosa e, somente em relação à empresa vencedora far-se-á a verificação da documentação necessária para participação no certame.

Caso o licitante vencedor não possua toda a documentação necessária e seja inabilitado, convocar-se-ão os licitantes remanescentes, de acordo com a sua ordem de classificação e verificar-se-á a aceitabilidade da proposta de preços e exame da respectiva habilitação, passando-se, em seguida, à fase de negociação de preços com este.

De outro lado, em relação à diminuição do número de recursos,

⁵ *ibidem*

⁶ SANTANA, Jair Eduardo. *Pregão presencial e eletrônico: sistema de registro de preços: manual de implantação, operacionalização e controle*. 3 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

o que se dá é que, ao contrário das demais modalidades de licitação, onde existem ao menos duas fases recursais, no Pregão existe somente uma fase de recursos, que ocorre logo após a declaração do licitante vencedor, ao final do certame.

A licitação na modalidade Pregão, seja na forma presencial ou eletrônica, pode ser dividida em duas fases: a interna e a externa.

A fase interna, também chamada de preparatória, engloba desde o pedido de aquisição de bem ou de contratação de serviço e estimativa dos custos, até o momento anterior à publicação do edital de licitação.

Nesta fase, deverá ser justificada a necessidade de aquisição ou contratação e definido o objeto a ser licitado em toda a sua extensão, detalhando-se da melhor maneira possível as suas características e propriedades, de forma objetiva e clara, culminando no surgimento do termo de referência, elemento obrigatório para a realização do Pregão.

Em seguida, proceder-se-á à estimativa de custos e elaboração do edital de licitação, onde deverão ser especificadas as exigências de habilitação, a definição dos critérios de aceitação das propostas, as sanções para as situações de inadimplemento, a minuta do contrato a ser firmado, bem como todas as demais condições para participação no certame e as especificações técnicas do objeto.

Preparado o edital, será ele submetido à análise jurídica do órgão para aprovação ou correção de seus termos e, depois de autorizada a realização do procedimento licitatório pela autoridade competente, será procedida a designação do pregoeiro e da equipe de apoio.

A fase externa, que se inicia com a publicação do edital e sua disponibilização na íntegra aos interessados, engloba a convocação, o credenciamento, a sessão do pregão em si, na qual será feito o julgamento das propostas e a habilitação do licitante, a fase recursal, a adjudicação e, por fim, a homologação da licitação.

Com este último ato, dá-se por encerrado o procedimento licitatório e inicia-se outra etapa no âmbito da Administração, que é a efetivação da contratação.

Feitas estas considerações iniciais sobre a licitação na modalidade de Pregão, é possível passar-se à exploração do tema específico objeto desta monografia: o Sistema de Registro de Preços.

3. O SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS NA MODALIDADE DE PREGÃO

3.1. Tipos de contratações que podem ser feitas pelo SRP

O Sistema de Registro de Preços regulamentado pelo Decreto Federal nº 3.931, de 19 de setembro de 2001 destina-se, conforme explicitado no seu art. 1º, inciso I, às contratações de serviços e aquisição de bens. Entretanto, a primeira pergunta que permeia este tema é em que, de fato, se constitui o SRP? É ele ou não uma modalidade de licitação?

Na verdade, o Sistema de Registro de Preços é apenas um procedimento, uma ferramenta especial que se oferece dentro do Direito Administrativo, a ser utilizada exclusivamente em licitações na modalidade de Concorrência ou de Pregão.

Ao tratar do tema, o Professor Hely Lopes Meirelles dizia que, *in verbis*:

Registro de preços é o sistema de compras pelo qual os interessados em fornecer materiais, equipamentos ou gêneros ao Poder Público concordam em manter os valores registrados no órgão competente, corrigidos ou não, por um determinado período de tempo e a fornecer as quantidades solicitadas pela Administração no prazo previamente estabelecido⁷.

De outro lado, esclarece Jorge Ulisses Jacoby Fernandes que:

Sistema de Registro de Preços é um procedimento especial de licitação que se efetiva por meio de uma concorrência ou pregão, *sui generis*, selecionando a proposta mais vantajosa, com observância do princípio da isonomia, para eventual e futura contratação pela Administração⁸.

Verifica-se para a sua utilização a imprescindibilidade de um procedimento licitatório, considerado, neste caso, pelo Professor Jorge Ulisses *sui generis*, na medida em que, ao contrário do que ocorre ordinariamente nos procedimentos licitatórios, não haverá para a Administração a obrigatoriedade de aquisição dos bens e serviços cotados, permitindo-se-lhe que adquira somente conforme a sua real necessidade, respeitado o limite máximo estabelecido no edital de licitação.

Ao dispor sobre a utilização do Sistema de Registro de Preços, o Decreto Federal nº 3.931, de 19 de setembro de 2001, determina em seu art. 2º as situações em que o SRP deverá ser utilizado,

⁷ MEIRELES, Hely Lopes. *Licitação e contato administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p.67

⁸ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *op. cit.* 2007, p. 31

preferencialmente⁹.

Conforme se verifica no texto legal, é recomendável o uso do SRP nos casos de contratações frequentes; nas situações em que não se possa definir exatamente o quantitativo a ser utilizado pela Administração; nos casos em que seriam mais convenientes entregas parceladas; e, ainda, nas situações em que seja conveniente a contratação para fornecimento ou prestação para atendimento de mais de um órgão ou entidade pública.

Consideram-se aquisições frequentes aquelas que ocorrem em curtos espaços de tempo e que demandariam vários procedimentos licitatórios. Acerca destas aquisições, caso opte-se pelo Sistema de Registro de Preços, é importante considerar a observação feita por Bittencourt (2008) de que o período máximo aqui considerado será o de um ano, em respeito ao que dispõe o art. 4º do Decreto nº 3.931/2001.

A impossibilidade de definição exata do quantitativo necessário a ser utilizado pela Administração não significa inexistência de conhecimento de gastos. O agente público tem o dever de saber, com base nas estimativas feitas em anos anteriores, o quantitativo, pelo menos estimado, de bens e serviços demandados pela Administração.

O objetivo da norma legal aqui é possibilitar solução para uma demanda um pouco superior à quantidade geralmente necessária ou àquela decorrente de situações excepcionais. Entretanto, em nenhuma hipótese, visa a exonerar o agente público do dever de planejamento.

Por fim, o Sistema de Registro de Preços é altamente recomendável nas situações em que, pelas peculiaridades da aquisição ou contratação, o objeto seja do interesse de mais de um órgão ou entidade da Administração, possibilitando a realização de uma licitação conjunta e, conseqüentemente, a obtenção de uma economia de escala.

Vale lembrar que, uma vez que o foco do presente artigo é a

⁹ Art. 2º Será adotado, preferencialmente, o SRP nas seguintes hipóteses:

I - quando, pelas características do bem ou serviço, houver necessidade de contratações frequentes;

II - quando for mais conveniente a aquisição de bens com previsão de entregas parceladas ou contratação de serviços necessários à Administração para o desempenho de suas atribuições;

III - quando for conveniente a aquisição de bens ou a contratação de serviços para atendimento a mais de um órgão ou entidade, ou a programas de governo; e

IV - quando pela natureza do objeto não for possível definir previamente o quantitativo a ser demandado pela Administração.

Parágrafo único. Poderá ser realizado registro de preços para contratação de bens e serviços de informática, obedecida a legislação vigente, desde que devidamente justificada e caracterizada a vantagem econômica.

utilização do Sistema de Registro de Preços, na modalidade de Pregão, as contratações feitas utilizando-se esta ferramenta estarão sempre adstritas à aquisição de bens e serviços comuns, respeitando-se integralmente todas as normas aplicadas ao Pregão.

Assim, no procedimento do Sistema de Registro de Preços, de modo simplificado, define-se o objeto a ser adquirido (bens e serviços comuns) e as quantidades máximas estimadas para o período de máximo de um ano.

Realizado o Pregão, os licitantes apresentam suas propostas de preços, com preços unitários ou por lotes, conforme solicitado pela Administração. Entretanto, após a homologação, em vez de ser convocado para a assinatura de contrato, o licitante é chamado para assinar uma ata de registro de preços, na qual se obrigará a fornecer o bem ou serviço que cotou, naquelas condições, enquanto vigorar a ata.

A assinatura de contrato ocorrerá apenas se a Administração efetivamente decidir adquirir o bem, o que poderá ou não acontecer, dentro do prazo de vigência da ata e nas quantidades desejadas pela Administração, respeitado apenas o limite máximo previsto em edital.

Tendo em vista estas peculiaridades, a utilização do SRP mostra-se, a cada dia, mais vantajosa para a Administração, porque prestigia a economicidade, diminuindo a necessidade de realização de vários procedimentos licitatórios para a aquisição de mesmo objeto; e, por sua agilidade, já que, homologado o procedimento licitatório, poder-se-á demandar o fornecimento do objeto com mais rapidez e eficiência.

3.2. Planejamento e fases da licitação

Não é raro verificar-se a existência de reclamações, as mais diversas possíveis, sobre a má qualidade ou imprecisão dos objetos adquiridos ou contratados por meio de procedimento licitatório, bem como, a alegação de que, em geral, esses problemas são decorrentes da burocracia do processo em si e da necessidade de se buscar sempre o menor preço na Administração Pública.

Apesar disto, já é pacífico entre os doutrinadores que, mais que um problema de burocracia e entraves legais, os maus resultados obtidos pela Administração em processos licitatórios devem-se principalmente a um mau planejamento do procedimento.

Por este motivo, o bom planejamento de uma licitação é fundamental para que se alcance os melhores resultados possíveis,

atendendo-se ao princípio da eficiência na Administração Pública. Conforme ensina Niebuhr¹⁰, o “... planejamento de uma licitação tem tamanha importância a ponto de ser possível sustentar que se trata de fator determinante para o sucesso ou fracasso da competição e da própria contratação almejada.”

Vale ressaltar que, como parte integrante do Direito Administrativo, a observância dos princípios da isonomia, da legalidade, da moralidade, da publicidade, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo, da padronização, do parcelamento e da economicidade, além daqueles que são considerados gerais deste ramo do Direito, é compulsória no planejamento e execução do procedimento licitatório.

Com o planejamento, almeja-se delimitar, de modo o mais preciso possível, as necessidades da Administração.

Este é o momento de se proceder à estimativa do quanto será preciso ser gasto, à estimativa dos preços praticados no mercado, à fixação do preço máximo a ser pago, à verificação de disponibilidade orçamentária suficiente para a despesa; assim como todos os demais passos a serem seguidos durante o procedimento.

Importante lembrar que a estimativa de preços de mercado é comumente realizada por meio de pesquisas junto a órgãos que licitaram objeto semelhante, contemporaneamente, bem como por meio de cotação formal e informal junto a empresas que fornecem os bens ou prestam os serviços no mercado.

Como já se explicou anteriormente, o Sistema de Registro de Preços não é uma modalidade de licitação, mas simplesmente uma ferramenta que poderá ser utilizada nas licitações nas modalidades de Concorrência e de Pregão. Assim sendo, a sua utilização respeita, de modo amplo, as mesmas fases desses procedimentos licitatórios.

No caso do presente estudo, cujo objeto é o SRP na modalidade de Pregão, e conforme se teve a oportunidade de discorrer nas considerações iniciais, existirão duas fases: a interna e a externa.

A fase interna, ou preparatória, inclui todo o planejamento, contempla a fixação das quantidades; a estimativa dos valores a serem gastos e a consequente fixação de um preço máximo a ser pago; a reserva orçamentária; a elaboração do edital, onde constarão as informações necessárias à definição do objeto, condições de habilitação, critérios

¹⁰ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo*. Curitiba: Zênite, 2008. p. 48.

de julgamento, os direitos e obrigações das partes e penalidades para descumprimento contratual.

A fase externa inicia-se com a publicação do edital de licitação e segue até o final do procedimento licitatório, que no caso do SRP se dá com a assinatura da Ata de Registro de Preços.

Entretanto, há que se dizer que, no caso de utilização do Sistema de Registro de Preços, ocorrerão algumas peculiaridades em relação à realização de um Pregão comum.

A primeira dessas peculiaridades, constante ainda da fase interna, encontra-se no dever do órgão licitante, o qual o Decreto nº 3.931/2001 designa como órgão gerenciador, de convidar outras entidades públicas para participar do registro de preços que pretende realizar, nos termos do art. 3º, §2º, inciso I do citado diploma legal.¹¹

Este convite poderá ser feito por quaisquer dos meios formais de comunicações existentes, com prazo para manifestação, e deverá conter uma descrição do objeto e das condições em que se dará o Pregão, a fim de possibilitar que o órgão convidado decida-se pelo seu interesse ou não na participação. Não é despiciendo dizer-se que este dever de convidar restringe-se à esfera administrativa a que pertence o órgão gerenciador.

Caso haja interesse de participação de outros órgãos, deverá o órgão gerenciador reunir os quantitativos fornecidos por esses, proceder à unificação das informações, propiciar a interação entre os órgãos e, inclusive, submeter o termo de referência àqueles para concordância prévia, antes do início da fase externa da licitação.

A maior peculiaridade do Pregão que utiliza o Sistema de Registro de Preços muito provavelmente ocorra na definição dos quantitativos, porquanto, como característica primordial do SRP, não haverá a necessidade de um *quantum* a ser obrigatoriamente adquirido, mas sim apenas a estimativa da quantidade máxima passível de aquisição, permitindo-se à Administração, inclusive, não adquirir ou contratar o objeto licitado.

De outro lado, ao se manifestar sobre o assunto, Niebuhr¹² ressalta que a Administração deve procurar definir seus quantitativos

¹¹ § 2º Caberá ao órgão gerenciador a prática de todos os atos de controle e administração do SRP, e ainda o seguinte:

I - convidar, mediante correspondência eletrônica ou outro meio eficaz, os órgãos e entidades para participarem do registro de preços;

¹² NIEBUHR, Joel de Menezes. *op.cit.*

o mais próximo possível do montante a ser adquirido, a fim de que os preços ofertados pelos licitantes sejam os mais vantajosos para a Administração, bem como estejam condizentes com o valor de mercado.

Entenda-se desta observação do Professor Niebuhr¹³ que, como no Registro de Preços ocorre o que se pode denominar uma economia de escala, a cotação oferecida, por exemplo, para dez unidades de um produto será diferente daquela efetuada para mil unidades do mesmo produto.

Outra peculiaridade do SRP diz respeito à questão da obrigatoriedade de existência de dotação orçamentária para a realização do procedimento. E, neste quesito, há grande divergência.

Para uma corrente de doutrinadores, como Niebuhr¹⁴ e Fernandes¹⁵, considerando-se que a Administração, no Sistema de Registro de Preços, não terá a obrigação de contratar com o fornecedor, não seria necessária a existência do saldo orçamentário, para a realização do procedimento, mas apenas no momento da convocação para efetivação da contratação.

Apesar disto, há entendimento jurisprudencial contrário, emitido pelo Tribunal de Contas da União (Acórdão nº 1.090/2007/ Plenário, de 06.06.2007 - Relator: Min. Augusto Nardes), no sentido de que os editais de Pregão realizados com o Sistema de Registro de Preços deverão especificar expressamente os créditos orçamentários por onde correrão as despesas em obediência ao disposto pelo art. 14, c/c o art. 7º, §2º, inciso III, da Lei nº 8.666/1993.¹⁶

Com a máxima vênia aos ilustres doutrinadores, o Sistema de Registro de Preços, como se tem discorrido desde o início do presente trabalho, é apenas uma ferramenta a ser utilizada dentro de uma

¹³ NIEBUHR, Joel de Menezes, GUIMARÃES, Edgar. *Registro de preços : aspectos práticos e jurídicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2008

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *op.cit.*

¹⁶ Art. 14. Nenhuma compra será feita sem a adequada caracterização de seu objeto e indicação dos recursos orçamentários para seu pagamento, sob pena de nulidade do ato e responsabilidade de quem lhe tiver dado causa.

Art. 7º. As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte seqüência:

(...)

§ 2º. As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando:

(...)

II - existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários;

modalidade de licitação. Neste caso, a modalidade é o Pregão e, para que este seja realizado, é indiscutível a obediência à Lei de Licitações, nos termos acima expostos.

Neste mesmo sentido manifesta-se Marçal Justen Filho:

As normas orçamentárias exigem que a Administração realize licitação pra a qual exista previsão de recursos orçamentários. Logo, toda e qualquer licitação (mesmo para registro de preços) pressupõe a submissão da estimativa de despesas aos limites das rubricas orçamentárias - ainda que não se imponha o cumprimento de algumas exigências da LRF, tal como apontado nos comentários ao art. 7º. A seleção de fornecedor mediante registro de preços não dispensa a previsão de recursos orçamentários¹⁷.

A peculiaridade da utilização deste sistema e também uma de suas vantagens como se verificará mais adiante é a possibilidade de alongar no tempo a contratação, no aguardo da liberação dos recursos, que embora houvessem sido reservados previamente, não estejam ainda à disposição do órgão por falta de liberação de cotas.

Por fim, a última peculiaridade do Pregão que se utiliza do Sistema de Registro de Preços, ocorre já na fase externa, quando, após a homologação, não ocorre a adjudicação do objeto ao licitante vencedor, mas sim a convocação para a assinatura da ata de registro de preços, na qual ficará estabelecido que, durante a sua vigência, casa seja do interesse da Administração, esta convocará o licitante vencedor para fornecer ou prestar o objeto do certame.

3.3. O edital de licitação e a publicação

Ultrapassada a fase do planejamento do procedimento licitatório, com a delimitação precisa do objeto a ser licitado e elaboração do termo de referência, necessário é que a autoridade competente designe comissão encarregada de levar a cabo a licitação.

Tratando-se de uma licitação na modalidade de pregão, é imprescindível a designação de um pregoeiro, que será o responsável pela condução de todos os trabalhos, bem como de uma equipe de apoio.

Como mencionado anteriormente, esta fase interna do procedimento licitatório é de extrema importância, posto que os trabalhos nela desenvolvidos serão responsáveis em grande parte pelo sucesso do resultado a ser obtido com o certame.

¹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 154.

Não são raras as situações de procedimentos licitatórios cujos resultados deixam a desejar, seja pela aquisição de produtos de qualidade inferior, seja pela existência de certames desertos ou que venham a ter de ser revogados pela administração.

Além da preparação de um termo de referência o mais acurado possível, é fundamental que o edital de licitação seja feito com toda a cautela e precaução necessárias.

O ideal, segundo ensina Santana¹⁸, seria que o responsável pela elaboração do edital, bem como todos os demais envolvidos na condução do procedimento conheçam todos os atos praticados até aquele momento.

Deste modo, seria possível evitar-se ou diminuir-se enormemente o que o autor denomina “efeito sanfona”, ou seja, a ocorrência de devoluções constantes dos autos a setores diversos para retificar informações desconstruídas ou com falha de planejamento e que atrasam consideravelmente a duração de todo o processo.

Para a utilização do Sistema de Registro de Preços, alguns cuidados além daqueles já tomados para a elaboração de um edital de Pregão deverão ser observados.

Todo e qualquer edital, após o advento da Lei nº 8.666/1993, possui três partes obrigatórias: o preâmbulo, o corpo e os anexos. O art. 40 da Lei de Licitações contratos faz uma descrição exaustiva de todos os itens obrigatórios que devem constar de cada parte.

O preâmbulo deverá possuir informações básicas do certame, quais sejam, o número do procedimento licitatório, o órgão ou unidade que o está realizando, a modalidade de licitação a ser realizada, a fundamentação legal da mesma, a data e a hora para o recebimento de documentação e abertura de propostas.

O corpo do edital conterá obrigatoriamente as cláusulas de objeto, prazo e condições para a assinatura de contrato ou retirada do instrumento equivalente; as condições de execução e entrega do objeto, condições de participação e critérios de julgamento, deveres e obrigações do licitante e da Administração, sanções para situação de inadimplemento, condições de pagamento e de reajuste, se este existir; condições para a interposição de recurso; e cláusulas de garantia, quando esta for requerida.

Constitui-se anexo obrigatório do edital de licitação o projeto básico e/ou executivo, com todas as suas partes, desenhos, especificações

¹⁸ SANTANA, Jair Eduardo. op. cit. p. 180/181

e outros complementos. Vale dizer que, no caso do Pregão, haverá aqui o chamado Termo de Referência.

São também anexos do edital de licitação a minuta de contrato, quando este for necessário; orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários; bem como especificações complementares e as normas de execução pertinentes à licitação.

Além das regras básicas a serem seguidas para a elaboração do edital de licitação, ditadas pela Lei nº 8.666/93 e pela Lei nº 10.520/2002, em especial o disposto nos arts. 3º e 4º, determina o art. 9º do Decreto nº 3.931, de 19 de setembro de 2001, que regulamenta o Sistema de Registro de Preços, com redação dada pelo Decreto nº 4.342, de 23 de agosto de 2002, as cláusulas mínimas imprescindíveis nas licitações que utilizarem o SRP.¹⁹

Como se verifica no citado art. 9º do Decreto 3.931/2001, os editais de licitação que utilizam o Sistema de Registro de Preços, apesar de seguirem fielmente os ditames da Lei de Licitações e da Lei do Pregão, possuem algumas peculiaridades que não podem deixar de ser observadas.

É fundamental constar expresso de todos os editais de Sistema de Registro de Preços que o objetivo do procedimento é apenas registrar fornecedores e os preços por eles cotados, sem que ocorra

¹⁹ Art. 9º O edital de licitação para registro de preços contemplará, no mínimo:

I - a especificação/descrição do objeto, explicitando o conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para a caracterização do bem ou serviço, inclusive definindo as respectivas unidades de medida usualmente adotadas;

II - a estimativa de quantidades a serem adquiridas no prazo de validade do registro;

III - o preço unitário máximo que a Administração se dispõe a pagar, por contratação, consideradas as regiões e as estimativas de quantidades a serem adquiridas;

IV - a quantidade mínima de unidades a ser cotada, por item, no caso de bens;

V - as condições quanto aos locais, prazos de entrega, forma de pagamento e, complementarmente, nos casos de serviços, quando cabíveis, a frequência, periodicidade, características do pessoal, materiais e equipamentos a serem fornecidos e utilizados, procedimentos a serem seguidos, cuidados, deveres, disciplina e controles a serem adotados;

VI - o prazo de validade do registro de preço;

VII - os órgãos e entidades participantes do respectivo registro de preço;

VIII - os modelos de planilhas de custo, quando cabíveis, e as respectivas minutas de contratos, no caso de prestação de serviços; e

IX - as penalidades a serem aplicadas por descumprimento das condições estabelecidas.

§1º. O edital poderá admitir, como critério de adjudicação, a oferta de desconto sobre tabela de preços praticados no mercado, nos casos de peças de veículos, medicamentos, passagens aéreas, manutenções e outros similares.

§2º. Quando o edital prever o fornecimento de bens ou prestação de serviços em locais diferentes, é facultada a exigência de apresentação de proposta diferenciada por região, de modo que aos preços sejam acrescidos os respectivos custos, variáveis por região.

para a Administração a obrigatoriedade da contratação.

Outrossim, é anexo obrigatório e exclusivo das licitações que utilizam o Sistema de Registro de Preços, a ata de registro de preços, que deverá ser assinada pelos fornecedores após a homologação do procedimento licitatório.

Finalmente, é importante observar que a Lei nº 123/2006, que institui o Estatuto das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, outorga a essas empresas alguns benefícios nas licitações, especialmente na fase de habilitação e no julgamento das propostas nos casos dos registros de preços, sendo compulsória a sua observância.

Preparado o edital, deverá o mesmo ser encaminhado à apreciação da assessoria jurídica da Administração, para exame e aprovação, segundo preceitua o art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993.

É a assessoria jurídica da Administração a responsável pelo controle de legalidade do edital e tem ela o dever de detectar eventuais falhas e vícios por ventura existentes.

Por esta razão, encontra-se consolidado na jurisprudência e doutrina o entendimento de que a manifestação da assessoria jurídica tem caráter decisório e vinculativo. Assim sendo, o agente público que decide atuar à revelia desse parecer avoca para si toda a responsabilidade administrativa pelo ato.

Ressalte-se que não existe para o Administrador a faculdade de decidir ou não submeter as minutas de editais, contratos, acordos, convênios e ajustes à assessoria jurídica do órgão. O ato administrativo aqui é obrigatório. Ainda que o edital seja semelhante a outro já analisado, o procedimento deverá ser respeitado.

Em algumas situações de minutas-padrão de edital, nas quais o órgão limita-se a preencher as quantidades de bens e serviços a serem adquiridos, unidades favorecidas, valores e locais de entrega, sem alteração de qualquer outra cláusula desses instrumentos já previamente analisados pela assessoria jurídica, o Tribunal de Contas da União tem considerado legal a utilização do procedimento.

De outro lado, em quaisquer hipóteses, o exame da assessoria jurídica restringir-se-á à análise da legalidade dos termos do edital.

Aprovado o edital pela assessoria jurídica da Administração, a realização do procedimento licitatório deverá ainda ser autorizada pela autoridade competente.

Após a autorização para a realização da licitação, os autos são

encaminhados ao Setor de Licitações, aos cuidados do responsável pelo Pregão, para rubrica de todas as páginas do edital e publicação do extrato resumido, em atendimento ao princípio da publicidade, em consonância com os arts. 3º e 21, da Lei nº 8.666/1993 e ao disposto na Constituição Federal, em seu art. 37.

Como é de notório conhecimento no ramo do Direito Administrativo, a publicidade dos atos administrativos é condição *sine qua non* de eficácia dos mesmos.

No presente caso, para a abertura do procedimento licitatório deverá ser observado o prazo mínimo para a abertura do Pregão, que não poderá ser, nos termos do art. 4º, inciso V, da Lei nº 10.520/2002, inferior a 8 (oito) dias úteis, contados a partir da data da publicação do aviso de licitação.

Nas licitações na modalidade de Pregão que se utilizam do Sistema de Registro de Preços, é entendimento do Tribunal de Contas da União que, independentemente do valor máximo estimado para o objeto, a publicação do aviso de licitação deverá ser efetuada no Diário Oficial da União, para as aquisições da esfera federal, bem como em jornal de grande circulação e, ainda, por meio eletrônico, na Internet.

Por interpretação análoga, o recomendável é que em outras esferas administrativas, quais sejam, estaduais ou municipais, procure-se respeitar o mesmo tipo de procedimento, isto é, publicação do Diário Oficial da localidade, quando este existir, em jornal de grande circulação e, ainda, por meio eletrônico.

Após a publicação do edital de licitação, caso que venha a ocorrer modificação do edital, que altere as condições de participação e/ou as propostas a serem oferecidas, deverá ser providenciada nova publicação do mesmo e nova abertura de contagem prazos, em cumprimento ao art. 21, §4º, da Lei nº 8.666/1993.

Vale aqui fazer algumas considerações acerca das impugnações e esclarecimentos a editais de licitação.

Existem aqui três hipóteses a serem consideradas: a modificação do edital de licitação por iniciativa da própria Administração; a modificação do edital de licitação, em decorrência de impugnação; e a prestação de esclarecimentos sobre o edital de licitação, a qual não gera alteração do edital.

A primeira situação, que é a de alteração do Edital por iniciativa da Administração ocorre quando o administrador verifica que é necessária alteração dos termos do documento, seja para corrigir falha

detectada, seja para alterar o objeto. Nestas situações, indiscutivelmente, dever-se-á republicar o extrato do edital na imprensa oficial e começar a contar novo prazo para a abertura da licitação.

A segunda situação diz respeito às hipóteses de impugnação do edital por terceiros, licitantes ou não. Importante observar que a impugnação é considerada ato de controle de legalidade do edital.

Nos casos de licitação, na modalidade de Pregão, que é objeto do presente estudo, a Lei do Pregão, nº 10.520/2002 é silente quanto aos prazos de impugnação.

Os prazos para a impugnação do edital e prestação de esclarecimentos encontram-se previstos, no caso do Pregão Presencial, no art. 12, do Decreto nº 3.555/2000, e são de até 2 (dois) dias úteis antes da abertura da licitação; e, no caso do Pregão Eletrônico, são de até 2 (dois) dias úteis para impugnação e de até 3 (três) dias úteis antes da apresentação de propostas para fins de esclarecimento, nos termos dos arts. 18 e 19, do Decreto nº 5.450/2005.

A contagem destes prazos deve sempre ser feita nos mesmos moldes previstos no art. 110 da Lei nº 8.666/1993, ou seja, desprezando-se, no caso em espécie o dia de abertura do Pregão e contando-se retroativamente a partir do dia anterior, os dois ou três dias, conforme seja o caso, para estabelecer que, somente até o dia anterior ao segundo ou terceiro dia permitir-se-á a impugnação ou prestação de esclarecimentos. Estes prazos são decadenciais.

Ultrapassada a questão do prazo, passa-se à questão da impugnação em si. É fato que não são raras às vezes em que a Administração depara-se com impugnações de caráter meramente protelatório. Apesar disto, nenhuma impugnação deve ser indeferida de pronto. É importante a análise da mesma, a fim de se verificar se não possui elementos que realmente apontem para falha no edital.

A impugnação, quando deferida, resultará sempre na necessidade de alteração do edital e, nestes casos, é fundamental a republicação do extrato, abrindo-se nova contagem de prazo para a abertura da licitação.

Por fim, em relação aos esclarecimentos, cumpre informar que os mesmos, como o próprio nome diz, não têm o condão de modificar o edital, mas apenas de esclarecer pontos duvidosos, conforme jurisprudência já sedimentada sobre a matéria. Neste sentido, recomenda-se a boa conduta, sejam comunicados a todos os interessados, não havendo necessidade de republicação do extrato do edital, nem alteração da data de abertura da licitação.

3.4. O julgamento das propostas

Em dia e hora avençados para a abertura do Pregão, para registro de preços, os interessados, por meio de seus representantes credenciados, deverão entregar dois envelopes lacrados: um referente aos documentos para habilitação e outro relativo à proposta de preços.

A ausência da apresentação do documento que habilita o representante da empresa a participar do procedimento não inabilita o licitante, entretanto, o impede de qualquer manifestação em nome da empresa durante o procedimento. Ademais, o representante do licitante deverá possuir autorização expressa para dar lances durante o Pregão.

Como já se mencionou anteriormente, a diferença nesta sessão de julgamento, em virtude de se estar diante de um procedimento de Pregão, é que haverá inversão na análise dos envelopes. Iniciar-se-á pelo envelope relativo à proposta de preços e, depois, proceder-se-á à análise dos documentos de habilitação, mas somente em relação ao licitante ganhador.

Abertas as propostas de preços, que deverão estar datilografadas ou impressas, ou enviadas por meio da internet, no caso do pregão eletrônico, verificar-se-á a conformidade das mesmas com o que se pede no edital de licitação e, então, iniciar-se-á a fase lances.

Findos os lances, serão indicadas a proposta ou as propostas mais vantajosas e declaradas as empresas ganhadoras.

Não se discorrerá, pormenorizadamente, aqui sobre as distinções que começam a surgir a partir da sessão de julgamento, entre o Pregão Presencial e o Pregão Eletrônico, posto que o procedimento de Pregão de per si não é o escopo do presente trabalho, mas sim o Sistema de Registro de Preços dentro do Pregão.

Assim sendo, detectada a proposta de preços mais vantajosa, passa-se então à abertura do envelope que contém os documentos de habilitação para análise, entretanto, verificar-se-á somente a documentação dos licitantes vencedores.

Ao se falar de habilitação, a recomendação normativa e jurisprudencial, em geral, é a de que as exigências sejam razoáveis, a fim de não prejudicar a possibilidade mais ampla de competição. Na prática, observa-se que quanto maior o número de exigências, menor é o universo de possíveis participantes.

Por esta razão, o Tribunal de Contas da União é sempre incisivo

ao determinar que as exigências não deverão ultrapassar os limites da razoabilidade, repudiando as cláusulas desnecessárias e que restrinjam o caráter competitivo. A documentação exigida deverá cingir-se apenas ao necessário para o cumprimento do objeto licitado.

Nos termos da Lei nº 8.666/1993, conforme previsão constante de seu artigo 27, a habilitação se dividirá em: habilitação jurídica, qualificação técnica (prova de capacidade técnica), qualificação econômico-financeira e regularidade fiscal.

Por fim, ainda nos termos do citado artigo, será sempre exigência para habilitação, por motivos de ordem constitucional e como medida de caráter preventivo, a declaração de que o licitante não emprega para trabalho noturno, perigoso ou insalubre menores de dezoito e para qualquer outro tipo de trabalho, que não emprega menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos.

É interessante frisar que o credenciamento não se confunde com a habilitação. Os documentos de credenciamento deverão ser apresentados logo no início da abertura da sessão do Pregão, possibilitando a participação da empresa no certame. Os documentos de habilitação deverão vir em envelope lacrado, para serem apresentados somente no momento oportuno.

Ademais, todos os envelopes deverão ser recolhidos, mesmo os dos não ganhadores, posto que, se após o julgamento ocorrer desclassificação ou inabilitação de licitantes com propostas de preços vencedoras, ou, ainda, caso um dos vencedores não venha a fornecer o objeto, será necessário convocar-se o licitante da proposta seguinte de melhor valor.

Abertos os envelopes de habilitação dos ganhadores, confirmar-se-ão algumas das condições de habilitação deste junto ao SICAF - Sistema de Credenciamento Unificado de Fornecedores.

Diz-se apenas algumas, porque as informações do SICAF dizem respeito apenas à uma parte da habilitação: aquela relativa à habilitação jurídica, qualificação econômico-financeira, e, parcialmente, relativamente à regularidade fiscal.

Os demais documentos, como por exemplo a prova técnica, constarão apenas no envelope. Despiciendo dizer que esses demais documentos que não constam do SICAF deverão ser originais ou cópias autenticadas.

O não cadastramento do licitante junto ao SICAF não impedirá a

sua participação, porquanto as certidões constantes do SICAF também podem ser averiguadas nos sites próprios que as emitiram e, para os casos em que não podem ser comprovados *on-line*, vale o mesmo que se disse acima, devem contar de vias originais ou cópias autenticadas.

Analisada a documentação do licitante ganhador, caso seja o mesmo considerado inabilitado por descumprir alguma das exigências do edital, passa-se ao exame da segunda melhor oferta, conforme ordem de classificação ou das demais, caso seja necessário, sempre atentando para os termos da Lei Complementar nº 123/2006, até que se encontre a proposta mais vantajosa e que possua todos os requisitos necessários de habilitação.

Findo o julgamento das propostas, abre-se a oportunidade para a apresentação de recursos, cuja intenção deverá ser manifestada na própria sessão, devendo as razões serem apresentadas dentro do prazo de até 3 (três) dias úteis.

Analisados os recursos, caso estes venham a ocorrer, a Administração, em caso de deferimento, invalidará apenas os atos insuscetíveis de aproveitamento. Ultrapassada a fase recursal, passa-se à homologação.

3.5. A homologação

Findo a sessão de julgamento, encerrada a fase recursal, chega-se ao momento da homologação do procedimento licitatório. É nesta fase do Pregão que o Sistema de Registro de Preços mostra a sua maior diferença: haverá a homologação, mas não a adjudicação dos bens e serviços.

Nos Pregões, os bens e serviços serão adjudicados aos licitantes vencedores e a licitação será posteriormente homologada pela autoridade competente. Entretanto, quando ocorre a utilização do SRP, por tratar-se exatamente apenas de um registro de preços, não ocorrerá a adjudicação dos bens e serviços aos vencedores, como verificar-se-á mais adiante e se passará diretamente à homologação pela autoridade superior.

Homologar um procedimento licitatório significa confirmar, aprovar e ratificar todos os atos praticados no decorrer do certame. É considerado um ato administrativo complexo, porquanto nele a autoridade competente procederá a um exame da legalidade de todo o procedimento.

Por esta razão, a revisão realizar-se-á do modo mais completo

possível e, uma vez homologada a licitação pela autoridade competente, pode esta ser responsabilizada nos casos de irregularidades por ventura encontradas.

Verificada a existência de irregularidades ou a ocorrência de razões de interesse público decorrentes da ocorrência de fatos supervenientes, devidamente justificáveis, deve a autoridade competente anular ou revogar o procedimento licitatório.

3.6. Situações de revogação, anulação e fracasso do procedimento

As situações de revogação e anulação de procedimentos licitatórios encontram-se previstas no art. 49 da Lei nº 8.666/1993.²⁰

Inicialmente, cumpre estabelecer a diferença entre revogar e anular um procedimento licitatório.

Na revogação, o procedimento é legal e válido, entretanto, devido a razões de interesse público, a licitação será invalidada. Por outro lado, na anulação, é constatada a existência de irregularidades, as quais deverão resultar na declaração de nulidade do procedimento licitatório. A anulação é o desfazimento do ato jurídico em decorrência de ilegalidade e deverá ser promovida pela própria Administração, ou pelo Poder Judiciário.

A revogação tem cunhos de ato discricionário da autoridade da Administração, porque se fundamenta na conveniência e oportunidade. Não há, nos casos de revogação, qualquer ilegalidade cometida durante o procedimento.

O que ocorre é que, por razão de interesse público, decide-se pela revogação da licitação. Todavia, é fundamental compreender que a revogação deverá obrigatoriamente ser motivada em fato superveniente que justifique tal medida. Tendo em vista o seu caráter discricionário, cabe exclusivamente à Administração promover a revogação de procedimentos licitatórios. Vale ainda acrescentar que a revogação pode ser parcial ou total.

²⁰ Art. 49. A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado.

§1º. A anulação do procedimento licitatório por motivo de ilegalidade não gera obrigação de indenizar, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.

§2º. A nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.

§3º. No caso de desfazimento do processo licitatório, fica assegurado o contraditório e a ampla defesa.

No caso da anulação, há que existir a constatação de ilegalidade. Detectado o vício, tem a Administração o dever de anular o ato. Esta invalidade tem efeitos desde a prática do mesmo, ou seja, opera *ex tunc*, porquanto é como se o ato jamais tivesse existido. Como se mencionou acima, deixando a Administração de procedê-la, cabe apreciação do Judiciário.

Importante frisar que, nos termos do §3º do art. 49, da Lei de Licitações e Contratos, em todas as situações, fica assegurada a ampla defesa e o contraditório.

Além das hipóteses de revogação e anulação do procedimento licitatório, há duas outras figuras que culminam na frustração da licitação, quais sejam o fracasso e a deserção. Considerar-se-á fracassada a licitação na qual todos os licitantes sejam inabilitados ou desclassificados e, deserta a licitação a qual não acudam interessados.

3.7. A Adjudicação no Sistema de Registro de Preços

Como se mencionou no tópico anterior, nas licitações onde seja utilizado o Sistema de Registro de Preços, finda a sessão de Pregão, o pregoeiro não fará a adjudicação do objeto licitado aos licitantes vencedores.

Como ato administrativo formal, a adjudicação significa a atribuição do objeto do certame ao licitante vencedor, passando a ser direito subjetivo deste, ou seja, não poderá o adjudicatário ser preterido na contratação, se esta efetivamente ocorrer, exceto nos casos de revogação e anulação do procedimento licitatório.

Dada a especificidade do Sistema de Registros de Preços, em que não há para a Administração a obrigação de contratar o objeto licitado, não ocorre a adjudicação ao licitante vencedor no momento da homologação. Ao tratar da homologação em seu art. 10, o Decreto nº 3.931/2001 nada fala sobre adjudicação.²¹

No SRP, o licitante ganhador, após a homologação, será convocado a assinar uma Ata de Registro de Preços, obrigando-se a, durante o seu período de vigência, fornecer os produtos pelo preço consignado na Ata, salvo, é claro, os casos previstos em lei que o exoneram desta obrigação. Entretanto, caso a Administração prefira não contratar o objeto, durante todo o período de vigência da Ata, não haverá margem para qualquer questionamento.

Ademais, ainda que exista uma Ata de Registro de Preços em vigor,

²¹ Art. 10. Homologado o resultado da licitação, o órgão gerenciador, respeitada a ordem de classificação e a quantidade de fornecedores a serem registrados, convocará os interessados para assinatura da Ata de Registro de Preços que, após cumpridos os requisitos de publicidade, terá efeito de compromisso de fornecimento nas condições estabelecidas.

não há qualquer impedimento para a Administração de promover outro procedimento licitatório para a aquisição do mesmo objeto. Entretanto, caso a Administração decida-se por utilizar o Registro de Preços realizado, terá de contratar o licitante vencedor.

Ao se manifestar sobre a questão da adjudicação, Sidney Bittencourt²² esclarece que:

(...) não há como se admitir o ato de adjudicação no SRP, porquanto não há atribuição do objeto ao vencedor, mas tão-somente um registro de preço(s), sendo admitida, inclusive, não só a não -contratação do(s) objeto(s) com os que tiveram os preços registrados, como até a contratação com terceiros, desde que atendidos certos pressupostos.

Neste diapasão, verifica-se que o ato de adjudicação não existe nas licitações que se utilizam do Sistema de Registro de Preços.

4. A ATA DE REGISTRO DE PREÇOS

4.1. A ata de registro de preços e suas características

Como já se mencionou rapidamente no capítulo anterior, após a homologação do resultado do Pregão feito pelo Sistema de Registro de Preços, convoca(m)-se o(s) licitante(s) vencedor(es) para a assinatura da Ata de Registro de Preços, documento instituído pelo art. 1º, inciso II do Decreto nº 3.931/2001.²³

Diferentemente dos procedimentos licitatórios comuns, nos quais o licitante é convocado para firmar contrato ou documento equivalente, no qual ambas as partes se obrigam, de um lado, o licitante em fornecer ou prestar o objeto da licitação; e, de outro, a Administração, à obrigação de receber o objeto e de pagar por ele; no SRP, por ocasião da Ata de Registro de Preços, surgem obrigações apenas para o licitante.

A Ata de Registro de Preços constitui-se em anexo obrigatório dos editais de licitação que utilizem o SRP.

Pelas suas próprias características, *de per si*, já seria documento sujeito ao disposto ao parágrafo único do artigo 38 da Lei nº 8.666/1993, demandando oitiva da assessoria jurídica do órgão da Administração.

²² BITTENCOURT, Sidney. *Licitação de registro de preços*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 104.

²³ II - Ata de Registro de Preços - documento vinculativo, obrigacional, com característica de compromisso para futura contratação, onde se registram os preços, fornecedores, órgãos participantes e condições a serem praticadas, conforme as disposições contidas no instrumento convocatório e propostas apresentadas;

Entretanto, desnecessárias maiores divagações sobre a necessidade contingente apreciação, posto que é parte integrante do edital de licitação e este deverá ser analisado em sua íntegra, em todos os seus aspectos legais.

Sua natureza jurídica é a de um pré-contrato unilateral, porquanto, como se disse, nela surgem obrigações apenas para o licitante vencedor e nenhuma obrigação para a Administração.

Deste pré-contrato, constarão todas as condições do futuro contrato, quais sejam, a qualificação da pessoa que assina a ata, assumindo a obrigação perante a Administração; o objeto licitado; as condições para a execução do objeto; o(s) preço(s) unitários dos bens e serviços (ou por lote mínimo, dependendo do caso); o prazo de vigência da ata, que nunca será superior a um ano e que deverá estar também fixado no edital de licitação.

Por fim, constará também da ata o procedimento a ser adotado para a formalização dos contratos que venham a ser firmados em decorrência dela.

É importante frisar a importância da clareza da Ata de Registro de Preços. Dependendo da vontade da Administração, poderá ser um documento simples e reduzido ou um documento bastante detalhado, independentemente da escolha, o documento deverá ser claro.

A ata é a assunção da obrigação pelo licitante vencedor de cumprir, durante o prazo de vigência da mesma, o fornecimento ou prestação do objeto já definido no edital de licitação ao qual é vinculada, e em relação a ele nenhuma inovação poderá ser procedida. Assim, não há na verdade a necessidade de que ela seja exaustivamente detalhada. Suficiente é que contenha os elementos básicos acima elencados.

Tendo em vista ser um documento de caráter unilateral, ou seja, que somente cria obrigações para o licitante, apenas este assinará a Ata de Registro de Preços.

Ao assiná-la, o fornecedor assume o compromisso de, durante o prazo de vigência da ata, fornecer os bens ou serviços cotados, até o limite máximo fixado pela Administração. Assinada a ata, a Administração contrata se quiser; nas quantidades que desejar, respeitado o limite máximo; e, a qualquer tempo, desde que dentro do prazo de vigência da ata.

Interessante verificar-se aqui a situação em que o procedimento licitatório possui vários itens. Neste caso, a Administração pode

decidir se deseja fazer uma única ata, na qual constarão todos os itens e licitantes ganhadores, ou se prefere fazer uma ata para cada item ou para cada grupo de itens.

A opção pela ata única pode parecer a mais recomendável, a fim de evitar vários documentos. Entretanto, como o documento deverá ter seu extrato publicado, deve-se considerar a hipótese de que a assinatura de atas individualizadas pode evitar delongas em situações como, por exemplo, de um dos fornecedores que se recusa a assinar a ata.

Nessa situação, seria necessário proceder consulta ao licitante de melhor preço classificado depois deste para verificar sobre o interesse em fornecer o produto e, todo este procedimento, acabaria por atrasar a publicação do extrato e uma eventual convocação para assinatura, em relação ao outros fornecedores e itens, em casos de necessidade iminente de compra.

Acerca da publicação da Ata de Registro de Preços, o art. 10 do Decreto Federal nº 3.931/2001, citado no item 3.7 deste artigo, consigna que após o a homologação, será convocado o licitante vencedor para a assinatura da Ata de Registro de Preços e que "... após cumpridos os requisitos de publicidade, terá efeito de compromisso de fornecimento nas condições estabelecidas".

Assim sendo, constata-se que, somente depois da publicação do extrato da referida ata, esta produzirá efeitos jurídicos. Importante ressaltar que o citado artigo não determina onde deve ocorrer a publicação.

De outro lado, a Lei nº 8.666/1993 ao tratar das compras e do registro de preços em seu art. 15, estabelece em seu §2º que os preços registrados "... serão publicados trimestralmente para orientação da Administração, na imprensa oficial."

Deste modo, como em obediência ao art. 15 da Lei nº 8.666/1993, os preços registrados deverão ser publicados na imprensa oficial, por extensão, depreende-se que não vale o questionamento sobre o meio a ser utilizado para publicação em relação ao art. 10 do Decreto Federal nº 3.931/2001.

Portanto, para a eficácia e validade da ata, não só um extrato da Ata de Registro de Preços deverá ser publicado na imprensa oficial após a sua assinatura, como também, obrigatoriamente, a cada três meses, deverá ser feita nova publicação do mesmo para a comprovação dos preços registrados.

O art. 15, §3º, inciso III, da Lei nº 8.666/1993, especifica que o Sistema de Registro de Preços será regulamentado por decreto e que seu prazo de validade não será superior a um ano. Todavia, o Decreto nº 3.931/2001, ao

regulamentar a matéria em seu art. 4º, inova com dois parágrafos polêmicos.²⁴

Verifica-se no citado artigo uma grave incongruência do Decreto em relação à Lei de Licitações.

A Lei nº 8.666/1993 determina que o Registro de Preços não poderá ter prazo de validade superior a um ano.

O Decreto, por sua vez, no *caput* de seu art. 4º reafirma o que diz a Lei, entretanto, talvez mais por um problema de redação legislativa do que ter a intenção de ferir o texto da Lei, insere o §2º que possibilita a interpretação de que seria possível prorrogar-se a Ata de Registro de Preços por prazo superior a um ano. Tal interpretação, é importante ressaltar, é rechaçada por boa parte da doutrina.

O *caput* do art. 4º do Decreto regulamentador prevê a possibilidade de prorrogação da vigência da Ata de Registro de Preços, desde que o prazo de vigência inicial somado a possíveis prorrogações não ultrapasse o período total de um ano.

Significa dizer que a Ata de Registro de Preços pode apresentar prazo de vigência inferior a um ano, entretanto, desde que prevista a possibilidade de prorrogação no edital, verificada a sua vantajosidade, nada mais razoável, já que a Lei permite um prazo máximo de um ano de validade, que se proceda a sua prorrogação, até o limite máximo admitido pelo art. 15, §3º, inciso III, da Lei de Licitações e Contratos.

Não obstante, ao incluir no §2º de seu art. 4º a possibilidade de prorrogação de vigência da Ata, nos termos do §4º do art. 57 da Lei nº 8.666/1993, o Decreto Regulamentador fere frontalmente o disposto no art. 15 da citada Lei, inclusive confundindo assuntos diversos, já que o prazo de vigência da ata nada tem que ver com o prazo de vigência de contratos que venham a ser contraídos em função dela.

Surge aqui um conflito de normas legais. Entretanto, conforme prevê o inciso IV do art. 84 da Constituição Federal, os decretos e regulamentos prestam-se somente a esclarecer como deverá ser a operacionalização e prática de determinada lei ou de algum de seus dispositivos, não podendo, em nenhuma circunstância, contradizer

²⁴ Art. 4º. O prazo de validade da Ata de Registro de Preço não poderá ser superior a um ano, computadas neste as eventuais prorrogações.

§1º. Os contratos decorrentes do SRP terão sua vigência conforme as disposições contidas nos instrumentos convocatórios e respectivos contratos, obedecido o disposto no art. 57 da Lei no 8.666, de 1993. (Redação dada pelo Decreto nº 4.342, de 23.8.2002)

§2º. É admitida a prorrogação da vigência da Ata, nos termos do art. 57, § 4º, da Lei nº 8.666, de 1993, quando a proposta continuar se mostrando mais vantajosa, satisfeitos os demais requisitos desta norma.

o texto legal, sob pena de ilegalidade. Ocorrendo a contradição entre decreto e lei, deve prevalecer o texto da lei.

Parece ser bastante esclarecedora a visão de Sidney Bittencourt sobre este assunto:

Há uma incoerência difícil de se dar azo nesse dispositivo: o *caput* prevê que, no prazo máximo permitido para validade da ata, devem estar computadas as eventuais prorrogações. O §2º logo à frente, entretanto, literalmente admite a prorrogação a ata, quando a proposta continuar se mostrando vantajosa.

O redator do decreto pôs mais lenha nessa fogueira de incertezas quando fez remissão, para fins dessa admitida prorrogação da vigência da Ata de Registro de Preços, aos termos do art. 57, §4º, da Lei nº 8.666/93. Esse dispositivo (art. 57) trata, especificamente, da duração dos contratos, atrelando-os, regra geral, como já mencionado, à vigência do crédito orçamentário. O mencionado §4º dispõe sobre uma excepcionalidade, permitindo, desde que devidamente justificada e autorizada pela autoridade superior competente, a prorrogação por mais doze meses dos contratos de prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que, no inciso II, também já em caráter excepcional, admitia prorrogações iguais e sucessivas até sessenta meses.

Considerando a remissão ao §4º do art. 57 da Lei nº 8.666/93, principalmente diante da expressão “nos termos”, assim como em face da regra angular estabelecida no inciso III do §3º do art. 15 da mesma lei, que determinada a validade da ata por prazo não superior a um ano, cremos, sinceramente, que ocorreu um cochilo do legislador, pois buscava informar - o que, diga-se de passagem, era desnecessário - que havia a possibilidade de prorrogação dos contratos de serviços contínuos, mesmo se oriundos de licitações de registro de preços.

As contratações realizadas com fundamento numa Ata de Registro de Preços só têm validade se realizadas dentro do prazo de validade desse instrumento; no entanto, a execução do contrato pode ocorrer após o término desse prazo, sendo importante, nesse caso, que o documento contratual, ou seu substitutivo, tenha sido celebrado ou emitido ainda dentro desse lapso temporal²⁵.

Ante o exposto, a melhor interpretação sobre a matéria é a de que a Ata de Registro de Preços, computadas as suas prorrogações, não poderá ter validade superior a um ano. Outrossim, em nada se confunde com o prazo de vigência de contratos que venham a ser assinados em decorrência da Ata.

Os contratos terão o prazo de vigência que lhes é determinado no edital de licitação, podendo, nos casos de serviços continuados, atingirem o limite de até sessenta meses, na forma prevista no inciso II do art. 57 da Lei de Licitações e Contratos e, em casos excepcionais,

²⁵ BITTENCOURT, Sidney. *op. cit.* p. 78/79.

ser prorrogados por até doze meses adicionais, na forma e condições do §4º do mesmo artigo. Para tanto, o requisito é que sejam assinados dentro do prazo de validade da Ata.

4.2. Possibilidade de aditamento, alteração de valores e cancelamento da ata

As situações em que são permitidas alterações da Ata de Registro de Preços encontram-se previstas no art. 12 do Decreto Federal nº 3.931/2001.²⁶

Conforme se verifica no citado artigo, a Ata de Registro de Preços poderá sofrer alterações, sejam de caráter quantitativo ou qualitativo, desde que respeitadas os mesmos preceitos do art. 65 da Lei nº 8.666/93, bem como poderá ainda ser cancelada de modo mais ou menos similar ao que ocorre nas rescisões de contratos administrativos.

Como se tem falado constantemente, a maior vantagem do Sistema de Registro de Preços para a Administração é o fato dela comprar se quiser, quanto quiser, respeitadas os limites máximos, e quando quiser, desde que dentro do prazo de vigência da Ata de Registro de Preços.

Via de regra, ao planejar um procedimento licitatório utilizando o Sistema de Registro de Preços, a Administração costuma acrescentar ao montante estimado uma margem de sobra, a fim de que contratar um

²⁶ Art. 12. A Ata de Registro de Preços poderá sofrer alterações, obedecidas as disposições contidas no art. 65 da Lei nº 8.666, de 1993.

§1º O preço registrado poderá ser revisto em decorrência de eventual redução daqueles praticados no mercado, ou de fato que eleve o custo dos serviços ou bens registrados, cabendo ao órgão gerenciador da Ata promover as necessárias negociações junto aos fornecedores.

§2º Quando o preço inicialmente registrado, por motivo superveniente, tornar-se superior ao preço praticado no mercado o órgão gerenciador deverá:

I - convocar o fornecedor visando a negociação para redução de preços e sua adequação ao praticado pelo mercado;

II - frustrada a negociação, o fornecedor será liberado do compromisso assumido; e

III - convocar os demais fornecedores visando igual oportunidade de negociação.

§3º Quando o preço de mercado tornar-se superior aos preços registrados e o fornecedor, mediante requerimento devidamente comprovado, não puder cumprir o compromisso, o órgão gerenciador poderá:

I - liberar o fornecedor do compromisso assumido, sem aplicação da penalidade, confirmando a veracidade dos motivos e comprovantes apresentados, e se a comunicação ocorrer antes do pedido de fornecimento; e

II - convocar os demais fornecedores visando igual oportunidade de negociação.

§4º Não havendo êxito nas negociações, o órgão gerenciador deverá proceder à revogação da Ata de Registro de Preços, adotando as medidas cabíveis para obtenção da contratação mais vantajosa.

pouco acima de sua previsão inicial, em caso de necessidade.

Todavia, podem ocorrer situações em que seja necessária contratação superior ao máximo inicialmente previsto. Nestes casos, como já se mencionou, há a possibilidade de aditamento, nos moldes previstos no art. 65 da Lei nº 8.666/93.

Conforme prevê o art. 65, §1º, da Lei nº 8.666/1993,²⁷ as alterações possíveis da Ata de Registro de Preços podem ser unilaterais, quando promovidas pela Administração, independentemente de concordância do fornecedor; ou consensuais, quando decorrentes de acordo de ambas as partes.

Assim também, no Sistema de Registro de Preços, a ata poderá ser alterada, unilateralmente pela Administração, dentro dos limites expressos no dispositivo citado, quais sejam, de até 25% do valor inicial atualizado da ata para obras, compras e serviços, e de até 50% para reforma de edifício ou equipamento.

Ademais, as alterações podem ser quantitativas, quando promovem acréscimos ou supressão do total do objeto; ou qualitativas, quando dizem respeito à alteração de especificações do objeto, ou da técnica utilizada ou ainda da qualidade do objeto.

O §2º do art. 65, a Lei determina que nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder os limites previstos no §1º, salvo, conforme previsto no inciso II daquele parágrafo, as supressões resultantes de acordo.

Cabem aqui algumas observações fundamentais. A primeira delas é que as supressões não são alvo de interesse de alteração da Ata de Registro de Preços, posto que a Administração não está obrigada a comprar ou contratar quando utiliza o SRP, portanto, pode adquirir ou não até o limite máximo estabelecido. Assim, somente os acréscimos são objeto de interesse para fins de alteração da Ata de Registro de Preços.

Além disto, como o objeto de estudo do presente artigo é o Sistema de Registro de Preços utilizado na modalidade de Pregão, somente interessam neste momento as alterações que digam respeito a esta modalidade de licitação, ou seja, compras e contratações de bens e serviços comuns.

²⁷ §1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.

Sobre os acréscimos, é imprescindível frisar que os percentuais serão sempre aplicados sobre a Ata de Registro de Preços, restando vetada a cumulação destes com acréscimos contratuais.

Significa dizer que, aplicado o percentual máximo de acréscimo ao objeto constante da Ata de Registros de Preços, fica vetada a aplicação de qualquer acréscimo ao contrato assinado em virtude desta.

Há que se mencionar também que, além das possibilidades de acréscimo percentual do objeto da Ata de Registros de Preços, é possível a efetivação de reequilíbrio econômico-financeiro da ata.

Dispõe o inciso II do §3º do art. 15 da Lei nº 8.666/1993 que seja feita a estipulação prévia do sistema de controle e atualização dos preços registrados. Ou seja, sempre que ocorram fatos geradores de desequilíbrio econômico-financeiro, os preços registrados em ata devem ser revistos. Desafortunadamente, como se discorrerá adiante, esta revisão tem ocorrido apenas para a redução de valores.

O §1º do art. 12 do Decreto nº 3.931/2001 determina que o preço registrado poderá ser revisto nos casos de eventual redução daqueles praticados no mercado, ou de fato que eleve o custo dos serviços ou bens registrados e que cabe ao órgão gerenciador da Ata promover as necessárias negociações junto aos fornecedores.

Destarte, detectado que os preços registrados encontram-se superiores aos praticados no mercado, deverá a Administração convocar o fornecedor para renegociá-los, a fim de promover a sua redução.

Caso não haja acordo, deverá a Administração liberar o fornecedor do compromisso assumido e, ao mesmo tempo, convocar o fornecedor imediatamente subsequente ao ganhador, a fim de verifica se há interesse do mesmo em negociar e assim sucessivamente, sempre respeitada a ordem de classificação.

Do mesmo modo, se os preços registrados estiverem abaixo do valor de mercado, poderá o fornecedor apresentar documento junto à Administração, visando a ser liberado do compromisso assumido, desde que comprove o alegado. Nesta situação, será o mesmo liberado sem qualquer apenação e deverá convocar-se os fornecedores remanescentes, nos mesmos moldes do parágrafo anterior.

E aqui surge um grande problema, porquanto fala-se em

dispensa do fornecedor e não na atualização dos valores. Isto ocorre porque embora a Lei fale atualização de preços, o Decreto Regulamentador, em seu art. 12, §3º, fala apenas em dispensa e convocação de remanescentes, inviabilizando o disposto no citado §1º.²⁸

A impossibilidade criada pelo citado dispositivo de se proceder à atualização de valores, respeitando-se o equilíbrio econômico-financeiro dos preços registrados, acaba, na prática, por inviabilizar a ata e termina por resultar na necessidade de novo procedimento licitatório.

Ao tratar da matéria, Joel de Menezes Niebuhr²⁹, enfatiza que considera inconstitucional o §3º do art. 12 do Decreto nº 3.931/2001, por ferir disposto no inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal, que consagra o princípio do equilíbrio econômico-financeiro.

Consequentemente, entende o autor que seria possível considerar o dispositivo inválido, por meio de interpretação sistêmica, para que então fossem aplicados os dispositivos da Lei de Licitação e Contratos diretamente, possibilitando a revisão dos preços, para fins de atualização.

Por derradeiro, a Ata de Registro de Preços, além de alterada, poderá também ser cancelada. Consoante o disposto no art. 13 do Decreto 3.931/2001.³⁰

²⁸ §3º Quando o preço de mercado tornar-se superior aos preços registrados e o fornecedor, mediante requerimento devidamente comprovado, não puder cumprir o compromisso, o órgão gerenciador poderá:

I - liberar o fornecedor do compromisso assumido, sem aplicação da penalidade, confirmando a veracidade dos motivos e comprovantes apresentados, e se a comunicação ocorrer antes do pedido de fornecimento; e

II - convocar os demais fornecedores visando igual oportunidade de negociação.

²⁹ NIEBUHR, Joel de Menezes. 2008. *op.cit.*

³⁰ Art. 13. O fornecedor terá seu registro cancelado quando:

I - descumprir as condições da Ata de Registro de Preços;

II - não retirar a respectiva nota de empenho ou instrumento equivalente, no prazo estabelecido pela Administração, sem justificativa aceitável;

III - não aceitar reduzir o seu preço registrado, na hipótese de este se tornar superior àqueles praticados no mercado; e

IV - tiver presentes razões de interesse público.

§1º O cancelamento de registro, nas hipóteses previstas, assegurados o contraditório e a ampla defesa, será formalizado por despacho da autoridade competente do órgão gerenciador.

§2º O fornecedor poderá solicitar o cancelamento do seu registro de preço na ocorrência de fato superveniente que venha comprometer a perfeita execução contratual, decorrentes de caso fortuito ou de força maior devidamente comprovados.

Ocorrendo quaisquer das hipóteses elencadas no citado art. 13, proceder-se-á o cancelamento da Ata de Registro de Preços, que deve ocorrer nos moldes utilizados para a rescisão de contratos administrativos, garantindo-se sempre o contraditório e a ampla defesa.

4.3. A adesão à ata de registro de preços

Chega-se aqui à figura mais polêmica do Sistema de Registro de Preços. A adesão à Ata de Registro de Preços, a qual se encontra disciplinada pelo art. 8º do Decreto nº 3.931/2001.³¹

Em um primeiro momento, a figura da adesão à Ata de Registro de Preços parece ser a solução miraculosa para os problemas da Administração: poder adquirir produtos, com marcas definidas, sem ter de licitar. E é exatamente aí que surgem todas as críticas ao instituto.

A adesão à Ata de Registro de Preços, ordinariamente conhecida como 'carona' nada mais é do que a possibilidade de um órgão, que não participou do Pregão que deu origem à ata, contratar com o fornecedor que registrou preços, facultando-se-lhe inclusive a compra do quantitativo máximo estimado pelo órgão gerenciador, desde que o fornecedor esteja de acordo.

Entretanto, esta prática atualmente bastante disseminada vem sendo alvo de críticas ferrenhas da doutrina, bem como, não raras vezes, questionada pelo Tribunal de Contas da União.

O instituto da adesão à Ata de Registro de Preços, consoante muitos administrativistas estaria em desconformidade com vários princípios do Direito Administrativo e do Direito Constitucional.

A figura do carona, criada pelo Decreto Regulamentador do

³¹ Art. 8º A Ata de Registro de Preços, durante sua vigência, poderá ser utilizada por qualquer órgão ou entidade da Administração que não tenha participado do certame licitatório, mediante prévia consulta ao órgão gerenciador, desde que devidamente comprovada a vantagem.

§1º Os órgãos e entidades que não participaram do registro de preços, quando desejarem fazer uso da Ata de Registro de Preços, deverão manifestar seu interesse junto ao órgão gerenciador da Ata, para que este indique os possíveis fornecedores e respectivos preços a serem praticados, obedecida a ordem de classificação.

§2º Caberá ao fornecedor beneficiário da Ata de Registro de Preços, observadas as condições nela estabelecidas, optar pela aceitação ou não do fornecimento, independentemente dos quantitativos registrados em Ata, desde que este fornecimento não prejudique as obrigações anteriormente assumidas.

§3º As aquisições ou contratações adicionais a que se refere este artigo não poderão exceder, por órgão ou entidade, a cem por cento dos quantitativos registrados na Ata de Registro de Preços. (Incluído pelo Decreto nº 4.342, de 23.8.2002).

Sistema de Registro de Preços, ao ver de Joel de Menezes Niebuhr³² fere frontalmente o princípio da legalidade, posto que criada por meio de decreto, sem qualquer lastro na Lei de Licitações e Contratos.

Depreende-se que esta figura, que cria a possibilidade de contratação, sem a realização de procedimento licitatório, estaria em frontal desacordo com a Lei nº 8.666/1993. Refletindo-se sobre o assunto, a figura da adesão seria quase como uma nova hipótese de dispensa ou inexigibilidade de licitação, matéria que, salvo maior juízo, deveria ser tratada em sede de lei e jamais como decreto.

De outro lado, o dispositivo feriria também o princípio da isonomia, porquanto não possibilita a todos os interessados a oportunidade de contratar com a Administração ao passo que permite a esta última efetuar contratação sem licitar.

Para Niebuhr³³, além destes princípios, estariam sendo violados os princípios da vinculação ao edital, o princípio da moralidade administrativa e da impessoalidade e o princípio da economicidade.

A violação do princípio da vinculação ao edital ocorre na medida em que se altera a parte contratante e o objeto contratual, que eventualmente será adquirido em quantidades superiores ao máximo previsto.

O princípio da impessoalidade administrativa é maculado posto que o advento da adesão à Ata de Registro de Preços abre margem a todo tipo de lobby de empresas interessadas, que possuem preços registrados, e que querem fornecer para outros órgãos. A prática de lobby pode resultar em situações de favorecimento pessoal e aqui se estaria diante de uma eventual ocorrência de vários crimes, entre eles corrupção ativa e passiva.

Em relação ao princípio da economicidade, o que ocorre é que o número ilimitado de adesões desvirtua e diminui a economia de escala buscada com a utilização do Sistema de Registro de Preços. Significa dizer que se o SRP houvesse sido planejado para o número real de contratações que acaba ocorrendo em função das adesões, o valor unitário do objeto licitado teria, obrigatoriamente, que ser inferior ao efetivamente registrado.

Apesar do posicionamento de Niebuhr e de outros doutrinadores sobre o assunto, até a presente data, grande parte dos Tribunais de Contas do Brasil, inclusive o Tribunal de Contas da União, consideram o procedimento de adesão legal.

O Tribunal de Contas da União condena o uso abusivo das

³² *Ibidem.*

³³ *Ibidem.*

adesões, mas apenas recomendou ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão que adote providências, com vistas à reavaliação das regras atualmente estabelecidas pelo Decreto nº 3.931/2001.

Neste sentido, ainda que tenha um caráter altamente questionável, o instituto do 'carona' permanece legal e amplamente utilizado no Administração Pública, precipuamente na esfera federal.

Para a adesão, o órgão que pretende ser 'carona' deverá autuar processo para cuidar do trâmite da adesão.

Em seguida, encaminhará ofício ao órgão detentor da Ata de Registro de Preços solicitando informações e requerendo a adesão. Deverá então aguardar que o órgão detentor da data consulte o fornecedor para verificar se o mesmo está de acordo em fornecer o objeto nas quantidades propostas, pelo preço registrado. Manifestando-se este favoravelmente, será enviado ofício ao órgão solicitante informando sobre a concordância do fornecedor.

O órgão interessado em aderir à ata existente deverá realizar pesquisa de preços, a fim de constatar a vantajosidade da adesão requerida.

Detectada a vantajosidade e já de posse da concordância do fornecedor, o 'carona' submeterá o edital do Pregão que deu origem à ata à sua assessoria jurídica, juntamente com os demais documentos.

Havendo anuência da assessoria jurídica, aguarda-se somente a autorização da adesão pela autoridade competente e, depois disto, efetua-se a publicação, na imprensa oficial, do extrato da adesão à ata de registro de preços, com todas as informações necessárias, convocando-se posteriormente o fornecedor para a assinatura do contrato.

O 'carona' poderá ainda realizar aditivos à ata de preços aderida, desde que mantenha as mesmas condições da ata de registro de preços original, sem alteração do objeto.

A vigência da Ata de Registro de Preços para a entidade aderente é a mesma que vigora para o órgão que realizou o Pregão. De outro lado, o órgão que decidir aderir a uma Ata de Registros de Preços não poderá ser responsabilizado pela licitação que deu origem a ela, nos casos de prática de atos ilegais durante a condução da mesma.

Por fim, resta dizer que, até a presente data, a adesão à Ata de Registro de Preços é também permitida entre órgãos de esferas administrativas distintas, haja vista que a norma regulamentadora silenciou sobre a matéria.

5. A CONTRATAÇÃO

A contratação resultante de procedimento licitatório que haja utilizado a sistemática de registro de preços não possuirá distinções em relação ao já especificado pela Lei nº 8.666/1993.

O Decreto nº 3.931/2001 não faz qualquer observação diferenciada em relação a este procedimento. Assim que, após assinada a Ata de Registro de Preços, a qualquer momento conveniente para a Administração, dentro do prazo de validade da mesma, poderá convocar o fornecedor para assinatura do contrato ou retirado do instrumento que o substitua.

O contrato a ser assinado deverá ser o constante do anexo do edital da licitação efetuada, caso a Administração tenha optado por este instrumento.

Nos termos do §4º do art. 62 da Lei nº 8.666/1993, o instrumento de contrato poderá ser dispensado, independentemente de seu valor, nas situações de compra com entrega imediata e integral dos bens adquiridos, desde que não haja qualquer obrigação futura para o contratado, incluída aí a assistência técnica.

Assinado o contrato, deverá ser o seu extrato publicado no imprensa oficial em obediência ao disposto no art. 61 da Lei nº 8.666/1993, somente após o que o mesmo terá eficácia.

A vigência do contrato será aquela determinada no edital do Pregão e estará adstrita, segundo o caso, aos termos do art. 57 da Lei nº 8.666/93, conforme recomenda o art. 4º, §1º do Decreto nº 3.931/1991.

No que concerne às alterações contratuais, encontra-se o único diferencial dos contratos decorrentes de licitações pelo Sistema de Registro de Preços. Aqui, há que se observar que as alterações contratuais relativas à acréscimos, deverão respeitar ao exposto no capítulo sobre a Ata de Registro de Preços.

Neste tipo de contrato, as alterações quantitativas e qualitativas deverão ser procedidas na Ata de Registro de Preços, não podendo ser efetuadas em duplicidade no contrato.

Desnecessário dizer que as alterações contratuais, assim como da Ata de Registro de Preços deverão obedecer ao disposto no parágrafo único do art. 38 da Lei nº 8.666/1993, devendo obrigatoriamente ser submetidas à assessoria jurídica do órgão para análise de sua legalidade.

Quando da convocação para assinatura do contrato ou retirada

de instrumento equivalente, houver recusa ou não comparecimento por parte do fornecedor, deverá o responsável pelo acompanhamento do procedimento, nos termos do art. 3º, §4º, inciso IV, do Decreto nº 3.931/2001, informar o fato ao órgão gerenciador, para a adoção das medidas cabíveis.

Procedimento semelhante deverá ocorrer quando o fornecedor se recusar a atender às condições estabelecidas em edital, firmadas na Ata de Registro de Preços, ou quando ocorrerem divergências relativas à entrega, as características e origem dos bens licitados.

Nestas situações, aplicar-se-ão os dispositivos relativos às penalidades previstos nos arts. 86 e 87 da Lei nº 8.666/1993, que vão desde advertência, aplicação de multa até a declaração de inidoneidade e suspensão do direito de licitar com a Administração. Em quaisquer das situações, serão sempre serão facultados o direito à ampla defesa e ao contraditório.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É difícil avaliar se o legislador, ao inserir o art. 15 na Lei nº 8.666/1993, poderia antever qual seria o real papel e importância do Sistema de Registro de Preços no panorama das licitações brasileiras.

A resposta mais provável para essa dúvida é não. E não porque o legislador tivesse a intenção de criar uma ferramenta de menor importância, mas sim porque, naquele momento, ainda não se vislumbrava o nascimento do Pregão.

Fato é que o Sistema de Registro de Preços jamais teve utilização expressiva nas licitações sob a modalidade de Concorrência, conforme previa o art. 15 da Lei nº 8.666/1993, em seu inciso II.

De outro lado, a edição da Lei nº 10.520/2002, que criou o Pregão deu um verdadeiro sopro de vida ao Sistema de Registro de Preços, ao admitir a sua utilização, na modalidade de Pregão, conforme disposto no art. 11 do citado diploma legal.

Na verdade, é importante frisar que a Lei do Pregão revolucionou o cenário das Licitações no Brasil. Além da preconizada economicidade que esta modalidade de licitação pode proporcionar, suas maiores vantagens encontram-se na desburocratização dos processos de contratação, na ampliação da disputa entre os fornecedores e prestadores de serviço, na agilidade, celeridade e eficiência que ele propicia.

Todos esses fatores somados acabam por possibilitar um melhor gerenciamento da despesa pública, e, por que não, um melhor controle da atividade administrativa.

É de se frisar que estimativas de preços mal feitas e falhas de elaboração de termo de referência e edital podem diminuir a pretendida economia nos valores obtidos no procedimento e até dar origem a resultados insatisfatórios, entretanto, estes não são defeitos da modalidade de licitação, mas sim de despreparo ou má formação dos agentes administrativos responsáveis pela sua realização.

Assim, pode-se dizer com certa segurança que o Pregão apresenta muito mais vantagens que desvantagens e, nesta esteira de raciocínio, o Sistema de Registro de Preços surge para aumentar ainda mais as possibilidades de economia e eficiência nas aquisições de bens e serviços nas licitações.

Sem sombra de dúvida, a maior vantagem do Sistema de Registro de Preços está na sua própria concepção.

Esta ferramenta presta-se a permitir à Administração realizar um procedimento licitatório, obter um rol de fornecedores para fornecimento de materiais ou prestação de serviços, com preços registrados em ata, sem qualquer obrigação de aquisição ou contratação por de parte, mas com o direito de, em qualquer momento, durante o período de vigência da ata, adquirir o objeto registrado, na quantidade desejada, desde que respeitado o limite máximo.

Outra grande vantagem do Sistema de Registro de Preços é a flexibilidade que esta ferramenta proporciona na execução orçamentária.

Como já se disse anteriormente, no item 3.2, Planejamento e Fases da Licitação, ao contrário da posição defendida por alguns doutrinadores, entre eles, o ilustre Professor Jorge Ulisses Jacoby Fernandes³⁴ e também o Professor Joel de Menezes Niebuhr³⁵, não se admite neste trabalho que a licitação de Pregão utilizando o Sistema de Registro de Preços prescinde de dotação orçamentária prévia.

Na esteira de jurisprudência do Tribunal de Contas da União, assim como nos termos defendidos por Marçal Justen Filho³⁶, entende-se que é imprescindível a previsão orçamentária para a realização de qualquer procedimento licitatório, conforme preceituam os artigos 7º e 14 da Lei nº 8.666/1993.

³⁴ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. 2007. *op.cit.*

³⁵ NIEBUHR, Joel de Menezes, GUIMARÃES, Edgar. *op.cit.*

³⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *op.cit.*

Disto isto, qual seria então a flexibilidade que o Sistema de Registro de Preços proporciona na execução orçamentária? Consiste ela não na dispensa da previsão, mas sim, no fato de que a Administração, não sendo obrigada a contratar o fornecedor logo após a homologação, pode aguardar a liberação de cotas para fazê-lo.

Não é incomum no atual cenário brasileiro que liberações de créditos financeiros ocorram quase ao final dos exercícios. Neste sentido, muitas vezes esses recursos retornam ao tesouro, por absoluta inexistência de tempo hábil para a realização de procedimentos licitatórios.

Existindo a Ata de Registro de Preços, a Administração que, eventualmente, não pôde contratar em algum momento por falta de cota, tem a liberdade de fazê-lo a qualquer momento dentro do período de validade da ata e, neste caso de liberação tardia de cotas, não perderá a oportunidade contratar, ainda que próximo do final do exercício financeiro.

Vantagem excepcional do Sistema de Registros de Preços, consoante ressalta Jair Eduardo Santana³⁷, é a minimização de problemas com inconsistências de estoque e de demanda.

É fato que um bom planejamento da Administração, independentemente da modalidade de licitação utilizada, é responsável, por si só, senão pela eliminação, por uma diminuição drástica do número de problemas relacionados ao mau dimensionamento das quantidades de bens e serviços a serem contratados durante o exercício.

Entretanto, ainda que considerado que é dever do agente público buscar incessantemente o aprimoramento de suas ações, buscando sempre estar em sintonia com os princípios da legalidade, da economicidade e da eficiência, o Sistema de Registro de Preços é uma ferramenta estupenda para eliminar falhas de quantitativos.

Tendo em conta que no planejamento dos quantitativos a serem licitados por Pregão utilizando-se o Sistema de Registro de Preços a Administração não terá a obrigação de contratar e, se o fizer, poderá contratar o quanto quiser, respeitado o limite máximo, há sempre a possibilidade de se estimar este limite com uma margem de folga em relação à estimativa de gasto anual do órgão.

Essa margem de folga garantirá o suprimento quando fatores imprevisíveis implicarem em um consumo maior por parte da Administração.

³⁷ SANTANA, Jair Eduardo. *op.cit.*

De outro lado, nos casos em que, por alguma razão, a Administração não necessitar dos bens ou serviços registrados, naquele exercício, não terá a obrigação de adquiri-los, e isto, sem dúvida, representa economia para os cofres públicos.

Esta última situação, em uma primeira mirada, pode parecer bastante reprovável, ou seja, a Administração licitar algo de que não tem necessidade.

Contudo, é fato passível de ocorrência.

Imagine-se, por exemplo, que a Administração está acostumada a comprar um número determinado de resmas de papel por ano. Entretanto, devido a uma decisão administrativa do órgão, no transcorrer do exercício, é implantado um sistema de processos eletrônicos e, por consequência, a quantidade de papel utilizado é reduzida drasticamente.

Com a utilização do Sistema de Registro de Preços, não ocorrerá qualquer problema, visto que os bens podem ir sendo adquiridos paulatinamente, na medida em que são necessários. Com a utilização de uma licitação convencional, todo o papel já estaria em estoque.

Vale ressaltar, no entanto, que há casos de mau planejamento e mau dimensionamento do quantitativo e, embora essa conduta do administrador não seja escusável, fato é que também neste caso o Sistema de Registro de Preços será de grande valia.

Aqui cumpre abrir observação para falar desta vantagem do SRP: a redução do volume de estoques.

Para além da questão financeira, há que se observar que nas licitações convencionais, adquirido o objeto de uma só vez, surgirá para a Administração a obrigação de aloca-lo em suas instalações. Isso demanda lugar adequado, com tamanho suficiente, por suposto, pessoal responsável pela sua guarda e gerenciamento, controle de prazos de validade, para os casos de bens perecíveis.

Com a utilização do Sistema de Registro de Preços, todos esses quesitos terão o seu papel modificado. O espaço físico de alocação dos bens será menor, o número de servidores responsáveis pela guarda e gerenciamento é reduzido e a questão de controle de prazo de validade é, praticamente eliminada, posto que os bens somente são pedidos, na medida em que vão sendo necessários.

Não é despidendo dizer que em situações imprevisíveis, como por exemplo, a ocorrência de um incêndio, os danos e perdas são minimizados.

Dito isto, é fundamental lembrar que outras duas grandes vantagens do Sistema de Registro de Preços são a redução do número de procedimentos licitatórios realizados e, conseqüentemente, a exclusão do risco de cometimento de fracionamento de despesa.

A diminuição do número de procedimentos licitatórios é auto explicável. Uma vez que se pode estimar o objeto, com previsão de gastos para o período máximo de um ano e com uma margem de folga quanto ao seu consumo, a utilização do Sistema de Registro de Preços evitará, muito provavelmente, a necessidade de se realizar outra licitação para a aquisição do mesmo objeto.

Por outro lado, não há impedimento, caso seja interesse da Administração, para a realização de nova licitação, ainda que sob outra modalidade, para a aquisição do mesmo objeto, desde que esta se comprove mais vantajosa.

Em relação ao fracionamento de despesas, não é demais dizer que o fracionamento de despesas não é admissível, como já é de notório conhecimento na doutrina e jurisprudência. Com o Sistema de Registro de Preços, jamais se correrá o risco de incorrer-se em fracionamento de despesas.

A Administração, ao planejar seus gastos, deve levar em conta suas necessidades para todo o exercício financeiro. Assim, ainda que realize durante o seu transcorrer diversas licitações para a aquisição do mesmo objeto, a modalidade de licitação utilizada desde a primeira compra deverá ser escolhida com base na estimativa de gastos para todo o ano, de modo que não ocorra o fracionamento da despesa.

Desafortunadamente, vez por outra, ainda se encontram na Administração Pública de mau planejamento e descontrole, e verificam-se situações de dispensas de licitação que somadas extrapolam o limite de valor permitido em lei; convites que, somados, demandariam outra modalidade de licitação.

Cumpra observar aqui que, mais que um mérito do Sistema de Registro de Preços, este já é um mérito do Pregão, visto que, para esta modalidade de licitação, não se está adstrito a um limite máximo de valor. A exigência aqui é o objeto a ser contratado se constitua em bens e serviços comuns.

Complementarmente, como já mencionado, com a utilização do Sistema de Registro de Preços, ainda que a Administração faça um planejamento aquém das necessidades reais, como sempre soe de se crescer uma margem de sobra ao sistema, dificilmente ocorrerá a

necessidade de se efetivar novo procedimento licitatório.

Além de todo o mencionado, não se pode esquecer que, quando do planejamento do Pregão utilizando o SRP, o órgão gerenciador tem a incumbência legal de verificar o interesse de participação de outros órgãos da mesma esfera de poder na licitação.

A vantagem de vários órgãos se unirem para a aquisição de um mesmo objeto é clara é se denomina economia de escala. Quanto maior o objeto, maior a possibilidade de se obterem preços melhores no mercado.

Por outro lado, registrados os preços, é imprescindível que seja verificada constantemente a adequação dos mesmos ao mercado, porquanto, havendo variação para menor e demonstrando-se a ata não mais vantajosa, não poderá ser utilizada.

A publicação trimestral da Ata de Registro de Preços traz como vantagem uma maior transparência dos gastos da Administração, permitindo maior controle pela população como um todo.

Para os licitantes, de um modo geral, não se pode ignorar as vantagens trazidas pelo Decreto nº 3.931/2001, no que concerne às pequenas e médias empresas, o que aumentou consideravelmente o nível de competição e o poder de participação das mesmas, inclusive com vantagens em critérios de desempate.

Feitas todas estas considerações, verifica-se que o Sistema de Registro de Preços na modalidade de Pregão, em tese, é um instituto excepcionalmente vantajoso para a Administração. Resta saber quais são as suas desvantagens.

Ao longo de todo este artigo, o que se pode verificar é que o Sistema de Registro de Preços, se realizado corretamente, traz enormes benefícios para a Administração, precipuamente no que diz respeito à economicidade e eficiência.

Pode-se dizer que as maiores desvantagens deste sistema estão relacionadas a mau planejamento do procedimento licitatório. Entretanto, o mau planejamento não é um problema do sistema em si, mas sim, de despreparo da Administração.

A fim de que a Administração possa obter o máximo de eficiência com a utilização do Sistema de Registro de Preços, é fundamental que proceda a um adequado e rotineiro treinamento do pessoal destinado à sua realização, deste modo, evitará erros costumeiramente cometidos na fase interna do procedimento e que são responsáveis pelo seu fracasso ou insucesso.

Pode-se dizer que esses treinamentos demandam tempo e dinheiro. Todavia, também para a realização de outros procedimentos, há que se propiciar treinamento, tempo e dinheiro da Administração. Os treinamentos são fundamentais em qualquer área de atuação do serviço público.

Outra possível desvantagem do Sistema de Registro de Preços reside na necessidade de se proceder trimestralmente à publicação e atualização das tabelas de preços registrados.

Esta pode parecer uma desvantagem para o agente público, porquanto demanda mais tempo e cuidado. Entretanto, é plenamente justificável, tendo em vista a importância para a Administração Pública de somente comprar produtos e serviços dentro dos preços praticados no mercado, bem como, em razão de todas as demais vantagens que o sistema possibilita.

Por fim, há que se mencionar a questão das adesões às atas de Registro de Preços.

É fato que a adesão mostra-se como um instrumento extremamente vantajoso para a Administração. Ela possibilita a aquisição de bens e serviços já conhecidos, posto que já registrados, com marca e valor certo, sem a necessidade de se proceder à realização de procedimento licitatório.

Apesar disto, como já foi amplamente discutido no item 4.3, a adesão é um instituto criado pelo Decreto nº 3.931/2001, que regulamentou a matéria, e que tem cunhos inovadores em relação à Lei nº 8.666/1993. Razão pela qual, é considerada bastante discutível a sua utilização e amplamente rechaçada por grande parte da doutrina.

A adesão permite a realização de contratação de fornecedores por parte de órgãos que não participaram do procedimento licitatório e isto parece estar em desconformidade com a Lei de Licitações e Contratos, posto que não se encontra entre as possibilidades de dispensa e inexigibilidade de licitação, nem em qualquer outro dispositivo do texto legal.

O Tribunal de Contas da União, não se manifestou sobre a legalidade da norma, mas determinou que o Decreto seja revisto, para limitar o uso desenfreado de atas de registro de preços pelos chamados 'caronas'. Até a presente data, todavia, o Decreto carece de alteração.

As adesões ilimitadas a atas de registro de preços existentes, além de burlar a Lei de Licitações, diminuem a capacidade de competição entre as empresas; estimulam a realização do lobby por

parte de fornecedores, o que pode resultar em situações de corrupção passiva e ativa no Serviço Público; e, propiciam menos economia, posto que os preços praticados em uma determinada ata poderiam ser reduzidos se previstos para a quantidade de bens fornecidos em decorrência de adesões.

Feitas estas ressalvas, pode-se dizer que se alcança o objetivo do presente trabalho. Ao analisar-se o Sistema de Registro de Preços na modalidade de Pregão, verifica-se que, desde que realizado com um bom planejamento, constitui-se em uma ferramenta cuja utilização traz grandes benefícios para a Administração, propiciando economia e eficiência e, portanto, atingindo o fim maior da Administração: cumprir o interesse público.

APOSENTADORIA POR INVALIDEZ: A REFORMA PREVIDENCIÁRIA E O DIREITO ADQUIRIDO À INTEGRALIDADE DOS PROVENTOS E À PARIDADE

*Rosimary Martins Medeiros
Auditora de Controle Externo do TCDF*

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho traz como tema a questão referente à reforma previdenciária e o direito adquirido à integralidade dos proventos e à paridade.

O seu objeto é tratar das aposentadorias por invalidez frente aos limites do poder constituinte derivado em face do direito adquirido, tendo em vista que a partir da reforma previdenciária, realizada por meio da Emenda Constitucional – EC - nº 41/2003, que veio a ser regulamentada pela Medida Provisória - MP nº 167/2004, convertida na Lei nº 10.887/2004, o cálculo das aposentadorias, que antes era com base na remuneração da atividade, passou a ser com base na média aritmética simples das maiores remunerações, sem direito a paridade.

Em razão dessas alterações, surge o problema que é definir o regime jurídico e o fato gerador das aposentadorias por invalidez, a fim de assegurar o direito adquirido à integralidade dos proventos e à paridade, em face da EC nº 41/2003.

Visando solucionar esse problema, foram elaboradas as seguintes questões que serão testadas e respondidas:

- a) considera-se direito adquirido à aposentadoria com integralidade e paridade, nos casos em que o servidor foi admitido no serviço público até 31/12/2003, data da publicação da referida emenda, mesmo que venha a ser acometido de invalidez em momento posterior?
- b) considera-se direito adquirido à aposentadoria com integralidade e paridade, nos casos em que o servidor foi admitido no serviço público até 16/12/1998, data da publicação da Emenda Constitucional nº 20/98, mesmo que venha a ser acometido de invalidez em momento posterior?

c) considera-se direito adquirido à aposentadoria com integralidade e paridade, nos casos em que foi expedido o laudo médico até 19/02/2004, data da publicação da MP nº 167/2004, que disciplinou a EC nº 41/2003?

d) se não há direito adquirido a regime jurídico, então para os atos de aposentadoria publicados após 19/02/2004, data da MP nº 167/2004, que disciplinou a EC nº 41/2003, os proventos serão calculados sem integralidade e sem paridade?

e) considera-se direito adquirido à aposentadoria com integralidade e paridade, nos casos em que o servidor foi acometido de invalidez até 19/02/2004, data da publicação da MP nº 167/2004, que disciplinou a EC nº 41/2003?

Ressalte-se a importância desse trabalho na busca de uma resposta ao problema, pois as mudanças introduzidas pela EC nº 41/2003 afetaram significativamente, no que diz respeito ao aspecto financeiro, as aposentadorias por invalidez.

A fixação de um critério para se estabelecer um marco temporal para efeitos de concessão de aposentadoria por invalidez, com base no direito adquirido, mostra-se relevante, tanto em face das controvérsias na doutrina, no âmbito dos Tribunais de Contas e na jurisprudência do Poder Judiciário, o que gera insegurança jurídica; como em razão da tramitação no Congresso Nacional de Projetos de Emenda à Constituição (PEC's nºs 270/2008 e 345/2009) a respeito do tema.

Além do que, essa modalidade de inativação requer proteção do Estado e atenção de toda a sociedade, pois se trata de um ato involuntário em que o segurado é vítima de uma enfermidade que o incapacita para o trabalho, necessitando do benefício da aposentadoria para prover o seu sustento.

Assim, no desenvolver do tema, inicialmente será delimitado o objeto, apresentando-se definição da seguridade social, sob o aspecto da saúde, assistência social e previdência social, dando-se enfoque a esta última, no que diz respeito ao regime próprio de previdência dos servidores públicos civis e ao benefício da aposentadoria por invalidez.

Posteriormente, são informados os fundamentos e os princípios aplicáveis à aposentadoria por invalidez, como os da dignidade da pessoa humana, da universalidade, da solidariedade social, da vedação do retrocesso social, da legalidade, da segurança jurídica, da irredutibilidade do valor real dos benefícios, do equilíbrio

financeiro e atuarial, da proporcionalidade e da razoabilidade.

Trata-se, então, dos limites do poder constituinte em face do direito adquirido, destacando-se a aquisição desse direito em relação às aposentadorias por invalidez e a cláusula pétreia que não pode ser violada pelo poder constituinte derivado.

Passa-se, assim, a enfrentar o tema, buscando estabelecer o regime jurídico das aposentadorias por invalidez e o cálculo dos proventos, qual o fato gerador dessa modalidade de aposentadoria, para se definir o marco temporal do direito adquirido, se a data do ingresso no serviço público, se a data da expedição do laudo médico, se a data de publicação do ato de aposentadoria, se a data da doença que incapacitou o servidor para o trabalho.

Para se obter o resultado a que se propõe, será utilizada como método a pesquisa bibliográfica, que servirá de supedâneo para se chegar a uma conclusão sobre o tema proposto, visando contribuir para uniformização do entendimento sobre a matéria.

2. DELIMITAÇÃO DO OBJETO

2.1 Seguridade social

A pessoa humana passa por uma série de contingências ao longo da vida, sendo a maioria delas alheias à sua vontade. Assim, para ter uma vida com tranquilidade e segurança, necessita de uma proteção social, de uma cobertura de benefícios que venha assegurar condições mínimas de sobrevivência.

Nesse contexto, a Constituição Federal de 1988 dispõe em seu artigo 19 que: “A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”¹, o que será custeado por todos.

Conforme se observa da leitura do texto constitucional, são três as vertentes da seguridade social: saúde, previdência e assistência social. Cada uma delas tem suas peculiaridades.

Uendel Domingues Ugatti destaca a diferença entre as três áreas que integram a seguridade social. Para ele:

¹ BRASIL. Constituição de 1988 (redação atual). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 25 set. 2009.

(...) o nosso atual modelo constitucional de seguridade social dispensa ainda tratamento diferenciado para cada uma das áreas que a compõem, sendo assim, apenas a título ilustrativo, quando dispõe sobre o direito à saúde, prescreve que é direito de todos e dever do Estado – art. 196 da Constituição -, quanto à assistência social consigna que será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição (leia-se pagamento) à seguridade social – art. 203 da Constituição -, e no que diz respeito à previdência social prevê a cobertura de determinadas contingências sociais, mediante contribuição (ou seja, pagamento) aos respectivos planos – art. 201 da Constituição.²

Verifica-se, então, que o ponto crucial dessa distinção está no caráter contributivo de natureza obrigatória da previdência social, enquanto que, em relação à saúde e à assistência social, a cobertura independe de contribuição.

Para o presente trabalho interessa tratar da previdência social e, mais especificamente, tratar da aposentadoria por invalidez, direito garantido aos trabalhadores segurados da previdência social.

2.2 Previdência social

No que diz respeito à previdência social, Marjory Fornazari define que:

A previdência social é uma garantia constitucional é um corolário da seguridade social, a qual busca a manutenção da ordem social através do princípio da solidariedade. Essa previdência social trata-se de um seguro social contra as situações de necessidade social, tais como doença, acidentes, velhice, reclusão, maternidade e incapacidade laborativa permanente, para que nenhuma pessoa da coletividade passe por extremas necessidades econômicas e possa ter sempre uma existência digna, que é o preceituado pelo Texto Constitucional.³

A previdência social no Brasil divide-se em dois regimes: Regime Geral de Previdência Social – RGPS e Regime Próprios de Previdência Social – RPPS. Ademais, existem as previdências complementares.

Primeiramente, cumpre distinguir o RGPS e o RPPS. O RGPS se aplica aos empregados da iniciativa privada, enquanto o RPPS se aplica aos servidores públicos civis.

² UGATTI, Uendel Domingues. *Limites e Possibilidades de Reforma na Seguridade Social*. São Paulo: LTr, 2009, p. 161.

³ FORNAZARI, Marjory. Aposentadoria por invalidez. *Revista de Direito Social*, ano VIII, n. 31, p. 77-106, jul./set. 2008, p. 105.

Quanto às previdências complementares, elas dividem-se em entidades abertas e entidades fechadas, estas administradas por fundos de pensão, aquelas por bancos e sociedades seguradoras.

Antes, havia um distanciamento entre esses regimes, porém, com o advento das reformas previdenciárias, as diferenças se estreitaram, sendo que a tendência é a unificação dos regimes.

Wladimir Novaes Martinez, ao tratar do princípio da unicidade defende:

A relação previdenciária é *intuitio personae*. Logo, esse vínculo é único, e como consequência, o benefício substituidor deve ser apenas um. Daí a regra da inacumulabilidade das prestações.

Essa conclusão é válida dentro de um sistema, devendo-se cogitar de estendê-la à multiplicidade dos regimes, isto é, adotá-la num sistema verdadeiramente nacional.⁴

Com efeito, na busca do equilíbrio econômico, financeiro e atuarial dos regimes de previdências, foram introduzidas mudanças no RPPS que tende a igualá-lo ao RGPS.

Ao abordar o tema, Paulo Modesto relaciona quatro objetivos fundamentais da reforma previdenciária realizada em 2003, a saber:

aproximar a disciplina dos regimes próprios de previdência dos titulares de cargo efetivo (RPPS), administrados pela União, Distrito Federal, Estados e Municípios, da disciplina do Regime Geral de Previdência Social, administrado pelo INSS;

corrigir desequilíbrios existentes nos regimes próprios de previdência social dos titulares de cargo efetivo (RPPS), propiciando maior equidade entre os regimes de Previdência Social, flexibilidade para a política de recursos humanos, adequação ao novo perfil demográfico brasileiro e melhoria dos resultados fiscais;

avanzar no sentido da construção, em longo prazo, de regime previdenciário básico público, universal, compulsório, para todos brasileiros, de caráter contributivo, com benefícios de aposentadoria definidos, valor do piso e teto claramente estipulados e gestão quadripartite;

uniformizar regras, no setor público, tanto para empregados quanto para titulares de cargos efetivos, referentes à instituição e adoção da previdência complementar, de filiação facultativa, baseada na constituição e capitalização de reservas individuais.⁵

Ressalte-se que será tratado, no presente trabalho, apenas do RPPS, em face do tema se referir à aposentadoria por invalidez dos servidores públicos.

⁴ MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Princípios de Direito Previdenciário*, 4. Ed. São Paulo: LTr, 2001, p.544.

⁵ MODESTO, Paulo (org.). *Reforma da previdência: análise e crítica da Emenda Constitucional n° 41/2003*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p.22-23.

O RPPS dos servidores públicos civis constitui em um plano de benefício definido, custeado por meio de repartição simples, de natureza contributiva, filiação obrigatória e disciplina estatutária.

O RPPS se aplica aos servidores titulares de cargos efetivos, regidos pelo regime estatutário, que, no caso dos servidores públicos federais, é disciplinado pela Lei nº 8.112/90.

Esse regime não se aplica aos detentores de empregos públicos, nem aos que exercem cargos ou funções comissionadas sem vínculo com o cargo efetivo, pois eles contribuem para o RGPS.

Conforme previsto no § 13 do artigo 40 da Carta Magna, “Ao servidor ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração bem como de outro cargo temporário ou de emprego público, aplica-se o regime geral de previdência social”.⁶

No RPPS o benefício é determinado, podendo, de acordo com a regra, ser calculado com base na remuneração da atividade integral ou com base em uma proporção dessa remuneração ou, ainda, nos termos da Medida Provisória nº 167/2004, convertida na Lei nº 10.887/2004:

Art. 1º. (...) será considerada a média aritmética simples das maiores remunerações, utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência a que este vinculado, correspondentes a 80% (oitenta por cento) de todo o período contributivo desde a competência julho de 1994 ou desde a do início da contribuição, se posterior àquela competência.⁷

Paulo Modesto faz uma relação entre o regime de benefício definido e o da contribuição definida. Segundo este autor:

(...) o regime de benefício definido, adotado no sistema público de previdência, opõe-se ao regime de benefício variável, inerente ao plano de contribuição definida, que é uma das opções oferecidas pelo regime privado de previdência complementar. No regime de contribuição definida, o valor da contribuição não se altera em termos reais, sendo fixo ao longo de todo o vínculo, mas o benefício previdenciário é variável conforme a rentabilidade dos depósitos acumulados até a data da concessão do benefício, alterando o seu valor segundo a performance financeira das contribuições vertidas ao plano de benefícios, nunca em função do valor da base de cálculo ou da remuneração percebida ao longo dos anos pelo filiado ao sistema. Neste sistema a contribuição é passível de planejamento; o que é incerto é o valor do benefício.⁸

⁶ BRASIL. Constituição de 1988 (redação da EC nº 20/98). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 25 set.2009.

⁷ BRASIL. *Lei nº 10.887/2004*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.887.htm. Acesso em:25 set.2009.

⁸ MODESTO, Paulo (org.), *op.cit.*, 2004, p.26.

Com relação ao regime de financiamento, adotou-se o de repartição simples, em que todos contribuem, na forma do *caput* do artigo 40 da Constituição Federal, para garantir os pagamentos dos benefícios atuais dos que usufruem do sistema previdenciário, sendo então diferente da previdência complementar, prevista nos §§ 14 a 16 do artigo 40 da Carta Magna, que funciona como uma poupança individualizada. Na repartição simples vigora o princípio da solidariedade entre as gerações.

Nas palavras de Paulo Modesto a respeito da repartição simples:

Por este modelo não há formação de uma poupança individual ou coletiva, pois os recursos apurados com a contribuição dos agentes ativos e a carga dos respectivos entes estatais são imediatamente transferidos para o pagamento dos benefícios atuais dos aposentados e pensionistas. O sistema funciona como uma complexa cadeia de financiamento, que enlaça gerações diferentes, segundo o princípio da solidariedade intergeracional.⁹

Numa primeira análise, parece que o sistema de repartição simples não seria apropriado para financiar o regime próprio de previdência social, não traria nenhuma garantia ou segurança para os seus segurados. Mas ao contrário, a história tem mostrado que é o regime de capitalização individual que não tem funcionado.

Ademais, cabe ressaltar que os inativos passaram a contribuir para o sistema, dentro dos limites e condições estabelecidos. Então, hoje não é um ônus só dos servidores ativos.

Observa-se, ainda, que nesse sistema todos contribuem obrigatoriamente, mas a recíproca não é verdadeira quanto ao usufruto dos seus benefícios, pois o segurado terá que preencher uma série de requisitos para aposentadoria, como idade, tempo de contribuição, tempo de serviço público, entre outros.

Muitos sequer chegam a se aposentar ou, quando se aposentam, gozam do benefício por pouco tempo, como ocorre no caso de concessão decorrente de invalidez. Lembrando que, nesse sistema, não é permitido resgatar os valores das contribuições efetuadas.

É bem verdade que, no caso de falecimento, há o instituto da pensão, porém ela é concedida somente se houver beneficiário habilitado, de acordo com os requisitos previstos em lei. Da mesma forma que ocorreu com os inativos, os pensionistas também passaram

⁹ MODESTO, Paulo (org.), *op.cit.*, 2004, p.27.

a contribuir para o sistema e o valor da pensão sofreu uma redução de trinta por cento do que exceder ao limite do RGPS.

Por fim, destaca-se a possibilidade de ser instituída previdência complementar, na forma prevista no § 15 do artigo 40 da Constituição Federal, “por intermédio de entidades fechadas de previdência complementar, de natureza pública, que oferecerão aos respectivos participantes planos de benefícios somente na modalidade de contribuição definida”.¹⁰ Diferente do regime de previdência social, a previdência complementar necessita da capitalização financeira de contribuições para garantia dos benefícios.

2.3. Aposentadoria por invalidez

Ao tratar da aposentadoria por invalidez Marjory Fornazari aborda três definições de invalidez extraídas da Organização Internacional do Trabalho, *in verbis*:

A OIT (Organização Internacional do Trabalho) aponta três conceitos de invalidez utilizados pelas legislações nacionais: I) invalidez física, que envolve a perda total ou parcial de qualquer parte do corpo ou de faculdade física ou mental; II) invalidez profissional, que é a impossibilidade de a pessoa continuar trabalhando na atividade que anteriormente exercia; III) invalidez geral, que é a perda da capacidade de ganho pela impossibilidade de obtenção de trabalho.¹¹

A invalidez é aquela que torna o segurado definitivamente incapaz para o trabalho, de forma permanente e não transitória. A transitoriedade gera outros benefícios, a exemplo do auxílio doença.

O RPPS assegura aos servidores públicos civis, desde que preenchidos os devidos requisitos, a aposentadoria por invalidez.

A aposentadoria por invalidez ocorre nos casos de acidente em serviço, moléstia profissional, doença grave, contagiosa ou incurável, com proventos integrais ao tempo de contribuição, conforme previsão no artigo 40, § 1º, inciso I, da Constituição Federal.

Considera-se acidente em serviço não somente aquele ocorrido no local de trabalho, mas também no seu percurso, conforme dispõe o artigo 212 da Lei nº 8.112/90, *in verbis*:

Art. 212. Configura acidente em serviço o dano físico ou mental sofrido pelo servidor, que se relacione, mediata ou imediatamente, com as atribuições do cargo exercido.

¹⁰ BRASIL. Constituição de 1988 (redação da EC nº 41/2003). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 25 set. 2009.

¹¹ FORNAZARI, Marjory. op. cit., p. 90.

Parágrafo único. Equipara-se ao acidente em serviço o dano:

I – decorrente de agressão sofrida e não provocada pelo servidor no exercício do cargo;

II – sofrido no percurso da residência para o trabalho e vice-versa.¹²

No caso de moléstia profissional deve ser demonstrado o nexo de causalidade entre a doença e o trabalho, conforme previsto na Portaria nº 1675, de 06.10.2006, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, manuais de aposentadorias, a exemplo, do manual do Tribunal de Contas do Distrito Federal, aprovado pela Resolução nº 124/2000.

Quanto à invalidez qualificada, esta deverá ser especificada em lei, que em relação aos servidores públicos federais, está prevista no §1º do artigo 186 da Lei nº 8.112.90, *in verbis*:

§1º Consideram-se doenças graves, contagiosas ou incuráveis, a que se refere o inciso I deste artigo, tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira posterior ao ingresso no serviço público, hanseníase, cardiopatia grave, doença de Parkinson, paralisia irreversível e incapacitante, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, estados avançados do mal de Paget (osteíte deformante), Síndrome de Imunodeficiência Adquirida – AIDS, e outras que a lei indicar, com base na medicina especializada.¹³

Outras doenças que não especificadas em lei, desde que reconhecida à incapacidade, por meio de laudo médico, a aposentadoria será concedida com proventos calculados de forma proporcional ao tempo de contribuição.

Antes do advento da Emenda Constitucional nº 41/2003, os proventos das aposentadorias por invalidez tinham como base de cálculo a remuneração dos servidores em atividade e com paridade.

O instituto da paridade encontrava-se previsto desde a Constituição Federal de 1988, em sua redação originária, sendo depois mantido pela Emenda Constitucional nº 20/1998, conforme § 8º do artigo 40 da Carta Magna, *in verbis*:

§8º Observado o disposto no art. 37. XI, os proventos de aposentadoria e as pensões serão revistos na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos aposentados e aos pensionistas quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão, na forma da lei.¹⁴

¹² BRASIL. Lei nº 8112/90. *Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis Federais*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8112cons.htm>. Acesso em:25 set.2009.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ BRASIL. Constituição de 1988 (redação da EC nº 20/98). *op.cit.* Acesso em:25 set.2009.

Posteriormente, com as alterações promovidas no artigo 40, §§ 3º e 17 da Constituição Federal, pela Emenda Constitucional nº 41/2003, aos proventos, normatizada com a Medida Provisória nº 167/2004, convertida na Lei nº 10.887/2004, o cálculo passou a ser com base na média aritmética simples das maiores remunerações, com direito a reajuste por um índice apenas para preservar o seu valor real.

Paulo Modesto aponta que existem vantagens e desvantagens em relação a paridade e alerta:

O critério de revisão de proventos em paridade com a revisão dos vencimentos não é garantia de vantagem em relação ao Regime Geral de Previdência; a paridade pode assegurar aumentos reais do valor do provento, quando o vencimento dos servidores ativos receberem aumentos superiores aos índices de inflação, mas poderá também contemplar exatamente o oposto.¹⁵

Sem embargo, a aplicação da paridade aos proventos dos servidores, especialmente no caso de invalidez, oferecia maior segurança jurídica, pois era mantida a equiparação dos proventos com a remuneração dos servidores em atividade.

A concessão de aposentadoria voluntária sem paridade é justificável sob a ótica do equilíbrio financeiro e atuarial, contudo, em se tratando de aposentadoria por invalidez, há outros valores fundamentais que devem ser protegidos, quais sejam, a vida, a saúde e a dignidade da pessoa humana.

Assim, se o trabalhador é acometido de invalidez permanente que o incapacita para o labor, a ele é assegurado o benefício da aposentadoria, desde que a doença seja devidamente atestada por meio de laudo médico.

O que se questiona é qual o regime jurídico aplicável a essa modalidade de inativação, se considera o fato gerador a data do ingresso no serviço público, se a data da expedição do laudo médico, se a data de publicação do ato de concessão ou se a data da doença.

3. PRINCÍPIOS APLICÁVEIS À APOSENTADORIA POR INVALIDEZ

A previdência social visa, entre outros objetivos, assegurar o sustento de trabalhadores que se encontrem incapacitados para laborar, por certo período de tempo ou de forma permanente. É uma forma de intervenção do Estado para garantia dos direitos sociais, por meio de concessão de benefícios, a exemplo das aposentadorias por invalidez.

¹⁵ MODESTO, Paulo (org.), *op.cit.*, 2004, p.48.

A razão para existência da aposentadoria por invalidez encontra-se lastreada por diversos princípios fundamentais.

Ressalte-se que os princípios são o suporte de todo ordenamento jurídico, os quais devem ser observados pelo legislador quando da elaboração e interpretação das normas infraconstitucionais.

Paulo Bonavides trata desses princípios “*como normas-chaves de todo o sistema jurídico*”¹⁶ e Celso Ribeiro de Bastos dispõe que eles servem “*como critério de interpretação e finalmente, o que é mais importante, espriar os seus valores, pulverizá-los sobre todo o mundo jurídico*”.¹⁷

Entre os princípios aplicáveis à aposentadoria por invalidez, merecem destaques: dignidade da pessoa humana, universalidade, solidariedade social, vedação do retrocesso social, legalidade, segurança jurídica, irredutibilidade do valor real dos benefícios, equilíbrio financeiro e atuarial, proporcionalidade e razoabilidade.

Em que pese hoje a preocupação de se buscar o equilíbrio econômico e financeiro do sistema previdenciário, há que se ponderar a existência de outros valores fundamentais como proteção à pessoa e à família, à saúde e o dever de assistência pública aos segurados da previdência social.

Portanto, os princípios tratados a seguir devem ser observados quando da concessão do benefício da aposentadoria por invalidez, e não podem ser desprezados quando da elaboração de normas pertinentes à matéria, inclusive pelas reformas previdenciárias.

3.1 Dignidade da pessoa humana

A definição do princípio da dignidade da pessoa humana é bastante ampla, dada a complexidade desse princípio que apresenta várias vertentes. Ingo Wolfgang Sarlet ao abordar as dimensões da dignidade conceitua que:

(...) tem-se por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da

¹⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 257.

¹⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002, p. 242.

comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.¹⁸

Portanto, a dignidade da pessoa humana abarca diversos direitos fundamentais, desde o direito à vida, à liberdade, à autonomia de vontade, a uma renda mensal que supra às necessidades básicas do trabalhador, a uma aposentadoria quando considerado incapaz para laborar.

O artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, destacado por Narlon Gutierrez Nogueira, dispõe que:

Toda pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade.¹⁹

Assim, no momento em que o trabalhador perde a sua capacidade laborativa cumpre que lhe seja garantida uma aposentadoria com um salário digno à sua subsistência. O Estado e a sociedade não podem deixar desamparados aqueles que foram acometidos de invalidez e não mais se encontram em condições de continuar trabalhando, pois, o contrário, constitui ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Nessa situação, constitui dever do Estado de prevê a concessão de benefícios que amparem os trabalhadores no caso de invalidez. Segundo Carlos Alberto Pereira de Castro:

Os fenômenos que levaram a existir uma preocupação maior do Estado e da sociedade com a questão da subsistência no campo previdenciário são de matiz específica: são aqueles que atingem indivíduos que exercem alguma atividade laborativa, no sentido de assegurar direitos mínimos na relação de trabalho, ou de garantir o sustento, temporária ou permanentemente, quando diminuída ou eliminada a capacidade para prover a si mesmo e a seus familiares.²⁰

¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. 2. ed. rev. e ampl Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.37.

¹⁹ NOGUEIRA, Narlon Gutierrez. *A Constituição e o Direito à Previdência Social*. São Paulo: LTr, 2009, p. 32.

²⁰ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. e LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 11. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 49.

Em se tratando de direito fundamental, a garantia mínima de sustento ao trabalhador acometido de invalidez não pode ser suprimida, sob pena de ferir o princípio da dignidade da pessoa humana. Cabem ao Estado e à sociedade arcar com os custos da concessão de benefícios que assegurem esse direito.

3.2 Universalidade

O princípio da universalidade visa oferecer cobertura a todos que necessitem da seguridade social. Carlos Alberto Pereira de Castro dispõe que:

Por universalidade da cobertura entende-se que a proteção social deve alcançar todos os eventos cuja reparação seja premente, a fim de manter a subsistência de quem dela necessite. A universalidade do atendimento significa, por seu turno, a entrega de ações, prestações e serviços de seguridade social a todos os que necessitem, tanto em termos de previdência social – obedecido o princípio contributivo – como no caso da saúde e da assistência social.²¹

A universalidade não comporta apenas a previdência social, mas também a saúde e assistência social, buscando, com a sua cobertura, proteger na forma mais ampla possível as pessoas que não podem ficar desamparadas quando necessitadas da prestação de algum benefício ou serviço.

De acordo com Uendel Domingues Ugatti:

A universalidade da cobertura compreende a garantia de proteção social à pessoa que em razão de um evento venha a ser atingida, de tal forma que se encontre prejudicada a suprir as suas necessidades vitais, ou seja, a Constituição prescreve o dever de se assegurar o direito à saúde e condições mínimas materiais para a sobrevivência da pessoa (assistência ou previdência social), quando, em decorrência de uma contingência da vida (doença, acidente, invalidez etc.), ela se encontre impossibilitada de prover a sua subsistência ou a de seus dependentes.²²

Com efeito, no caso de invalidez o indivíduo pode se valer de benefícios da previdência social, pois sua cobertura é universal. Contudo, Narlon Gutierrez Nogueira alerta que “enquanto para a saúde e a assistência social a universalidade é ilimitada, sendo oferecidas de forma gratuita, para a previdência social ela aparece limitada pelo caráter contributivo (art. 40, caput, e art. 195, caput), exigido para o acesso a suas prestações”.²³

²¹ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de, LAZZARI, João Batista. *op.cit.*, 2009, p. 102.

²² UGATTI, Uendel Domingues, *op.cit.*, 2009, p. 168.

²³ NOGUEIRA, Narlon Gutierrez, *op. cit.*, 2009, p. 58.

Assim, os segurados da previdência social contribuem para obtenção de benefícios, como no caso das aposentadorias, sendo essa contribuição de natureza obrigatória, inclusive para os que estão aposentados.

Esse caráter contributivo da previdência social tem ligação direta com o princípio da solidariedade, pois todos os segurados devem contribuir a fim de cobrir a concessão de benefícios para aqueles que não contribuíram suficientemente e tiveram sua capacidade laborativa interrompida precocemente. É um ônus da sociedade e do Estado para que se possa evitar um mal maior.

3.3 Solidariedade social

A vida em sociedade é complexa, os recursos são escassos e as desigualdades sociais, especialmente no Brasil, são estarrecedoras. O princípio da solidariedade social reconhece estas desigualdades e busca minimizá-las, com um sistema de previdência em que todos contribuem não apenas para benefício próprio, mas para que os outros, inclusive os mais necessitados, possam também usufruir dos benefícios.

Esse princípio está intimamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, que por sua vez, é princípio fundamental da República Federativa do Brasil.

Na definição de Wladimir Novaes Martinez:

O princípio da solidariedade social significa a contribuição pecuniária de uns em favor de outros beneficiários, no espaço e no tempo, conforme a capacidade contributiva dos diferentes níveis da clientela de protegidos de oferecerem e a necessidade de receberem.²⁴

É com base no princípio da solidariedade que todos contribuem obrigatoriamente para a previdência social, inclusive os aposentados e os pensionistas. Em parecer, constante da obra de Paulo Modesto, argumenta-se que a “referida contribuição visa assegurar o princípio da justiça social, considerando que os servidores então aposentados no advento da EC 41/2003, tem direito a receber o benefício em sua integralidade”.²⁵

Observa-se, então, que a contribuição obrigatória de todos que participam do regime de previdência social, com supedâneo no princípio

²⁴ MARTINEZ, Wladimir Novaes, *op. cit.*, 2001, p. 90.

²⁵ MODESTO, Paulo (org.), *op. cit.*, p.547

da solidariedade, visa evitar que pessoas fiquem desamparadas sem previdência social, mesmo aquelas que tenham uma menor parcela de contribuição.

O princípio da solidariedade social tem aplicação direta nas concessões de aposentadoria por invalidez que independem do tempo de contribuição. Não se trata de caridade, mas de cooperação mútua para que se atinja o equilíbrio social, tendo como fundamento a proteção do sistema previdenciário concedida ao indivíduo trabalhador e à sua família. Ao final todos saem ganhando.

Wladimir Novaes Martinez, ao tratar da proteção previdenciária que deve ser dada ao empregado e à sua família, arremata:

A proteção é absolutamente necessária, porque concretizada a contingência protegida, presente o risco social, o trabalhador tem de ser mantido sob pena de perecimento. A previdência social é técnica criada por homens reunidos em sociedade para substituir os meios habituais de subsistência, quando da ocorrência de eventos obstaculizadores da aquisição desses meios.²⁶

Sem dúvida, o indivíduo trabalhador que vem a ser acometido de uma invalidez, que o impede de exercer a sua atividade, merece a proteção da previdência social à qual ele é segurado.

3.4 Vedação do retrocesso social

À luz desse princípio os direitos fundamentais já realizados, implementados ou incorporados ao patrimônio do trabalhador não podem ser suprimidos ou reduzidos. Assim, o alcance do rol de direitos sociais e valores concedidos não podem sofrer diminuição, pois incumbe a preservação do mínimo existencial.

Segundo Carlos Alberto Pereira de Castro, esse princípio “*ainda que não expresse de forma taxativa, encontra clara previsão constitucional, quando da leitura do § 2º do art. 5º da Constituição e mais, ainda, a nosso ver, no art. 7º, caput, o qual enuncia os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, ‘sem prejuízo de outros que visem à melhoria de sua condição social’*”²⁷. Entre esses direitos dos trabalhadores destaca-se o direito à aposentadoria.

O direito à previdência social é fruto de conquista dos trabalhadores que não podem sofrer retrocesso em seu núcleo essencial, quando da reforma previdenciária.

Uendel Domingues Ugatti defende que:

²⁶ MARTINEZ, Wladimir Novaes, *op. cit.*, p. 101.

²⁷ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de, LAZZARI, João Batista, *op. cit.*, p. 100.

(...) as normas constitucionais que regulam a seguridade social devem ser consideradas como intangíveis se e quando representarem maiores níveis de democratização, qualitativa e quantitativa, de acesso aos bens ante as propostas de reforma, ou seja, a alteração da principiologia consignada na Constituição do Brasil de 1988 apenas poderá ocorrer se a nova norma que se pretende adotar vier a privilegiar em melhores níveis a concretização da dignidade humana em determinado contexto histórico.

Por essas razões, parece-nos que o modelo positivado da seguridade social em sua circunstancialidade histórica figura como cláusula pétrea constitucional material implícita por força do princípio constitucional da dignidade humana (art. 1º, inciso III, da Constituição) e do princípio constitucional de abertura material aos direitos humanos (art. 5º, § 2º, da Constituição).²⁸

Convém observar que nem tudo é imodificável na previdência social, de forma que o poder constituinte reformador poderá realizar alterações, desde que preserve o núcleo intangível que não pode ser objeto de emenda à Constituição.

O princípio da vedação do retrocesso social foi adotado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI nº 1946-DF, relativo à inconstitucionalidade do art. 14 da EC nº 20/98, que imponha limite ao valor do salário-maternidade ao teto do Regime Geral de Previdência Social, *in verbis*:

DIREITO CONSTITUCIONAL, PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. LICENÇA-GESTANTE. SALÁRIO. LIMITAÇÃO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 14 DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15.12.1998. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 3º, IV, 5º, I, 7º, XVIII, E 60, § 4º, IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. O legislador brasileiro, a partir de 1932 e mais claramente desde 1974, vem tratando o problema da proteção à gestante, cada vez menos como um encargo trabalhista (do empregador) e cada vez mais como de natureza previdenciária. Essa orientação foi mantida mesmo após a Constituição de 05/10/1988, cujo art. 6º determina: a proteção à maternidade deve ser realizada “na forma desta Constituição”, ou seja, nos termos previstos em seu art. 7º, XVIII: “licença à gestante, sem prejuízo do empregado e do salário, com a duração de cento e vinte dias”. 2. Diante desse quadro histórico, não é de se presumir que o legislador constituinte derivado, na Emenda 20/98, mais precisamente em seu art. 14, haja pretendido a revogação, ainda que implícita, do art. 7º, XVIII, da Constituição Federal originária. Se esse tivesse sido o objetivo da norma constitucional derivada, por certo a E.C. nº 20/98 conteria referência expressa a respeito. E, à falta de norma constitucional derivada, revogadora do art. 7º, XVIII, a pura e simples aplicação do art. 14 da E.C.

²⁸ UGATTI, Uendel Domingues, *op. cit.*, p. 183.

20/98, de modo a torná-la insubsistente, implicará um retrocesso histórico, em matéria social-previdenciária, que não se pode presumir desejado.²⁹

3.5 Legalidade

O princípio da legalidade encontra-se previsto na Carta Política, nos termos do artigo 5º, inciso II, e dispõe que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.³⁰

Esse princípio é uma garantia que o indivíduo tem em relação ao Estado que não pode gerar novas obrigações sem lei que as amparem, respeitando o direito adquirido.

Segundo Alexandre de Moraes:

Tal princípio visa combater o poder arbitrário do Estado do Só por meio das espécies normativas devidamente elaboradas conforme as regras do processo legislativo constitucional, podem-se criar obrigações para o indivíduo, pois são expressão da vontade geral³¹

Então, o princípio da legalidade visa coibir possíveis abusos da autoridade estatal, pois esta se submete às leis, que, por sua vez, passam por um devido processo legislativo, como, por exemplo, no caso das reformas previdenciárias, por meio de emendas constitucionais.

Sem olvidar, entretanto, das críticas quanto às aludidas reformas, em relação a possíveis vícios de vontade, foram assegurados, expressamente, o direito adquirido, desde que preenchidos todos os requisitos para obtenção dos benefícios a época da publicação das emendas ou de seus regulamentos. Não amparando, entretanto, aqueles que tinham apenas expectativas de direito, ou seja, na ilustração de Wladimir Novaes Martinez:

Se a aposentadoria tem o requisito temporal ampliado de 35 para 40 anos, quem não completou 35 anos, antes da vigência da lei ampliadora do prazo, não tem direito adquirido: situa-se na simples expectativa de direito. Porém, se havia completado e não requereu a prestação, o direito permanece integral”.³²

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 1946. Ministro Sydney Sanches, Brasília, DF, 03.04.2003. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI\\$.SCLA.%20E%201946.NUME.%29%20OU%20%28ADI.ACMS.%20ADJ2%201946.ACMS.%29&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI$.SCLA.%20E%201946.NUME.%29%20OU%20%28ADI.ACMS.%20ADJ2%201946.ACMS.%29&base=baseAcordaos)>. Acesso em:15 set.2009.

³⁰ BRASIL. *Constituição de 1988* (redação atual). *Op. cit.* Acesso em:25 set.2009.

³¹ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 69.

³² MARTINEZ, Wladimir Novaes, *op. cit.*, p. 259.

3.6 Segurança jurídica

A estabilidade das relações jurídicas é perseguida pela sociedade. Constantes mudanças geram insegurança, como ocorreram com as reformas previdenciárias realizadas em 1998, pela Emenda Constitucional nº 20, em 2003, pela Emenda Constitucional nº 41 e, em 2005, com a Emenda Constitucional nº 47, sem contar a possibilidade de futuras alterações. Sem dúvida é a importância desse princípio.

Nas palavras de Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari “*é um superprincípio jurídico, determinante da existência do próprio sistema jurídico*”.³³

Com efeito, ao se editar normas, devem-se levar em consideração as situações constituídas ao longo do tempo. Contudo, na Emenda Constitucional nº 41 de 2003, por meio da Medida Provisória nº 167/2004 e da Lei nº 10.887/2004, o poder constituinte reformador retirou o direito, daqueles que vierem a ser acometido de invalidez, ao cálculo dos proventos com base na remuneração da atividade e a paridade, ou seja, o direito aos mesmos reajustes, reclassificações e outras vantagens concedidas aos servidores em atividade, que antes estava previsto no § 8º do artigo 40 da Constituição Federal.

Em que pese na referida emenda ter sido observado o direito adquirido daqueles que preencheram todos os requisitos para aposentadoria quando de sua vigência, certamente essa mudança trouxe instabilidade, nas futuras concessões, para aqueles que mais precisam, justamente num momento em que se encontram com a saúde debilitada e incapazes para o trabalho.

No dizer de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Esta ‘segurança jurídica’ coincide com uma das mais profundas aspirações do Homem: a da segurança em si mesma, a da certeza possível em relação ao que o cerca, sendo esta uma busca permanente do ser humano. É a insopitável necessidade de poder assentar-se sobre algo reconhecido como estável, ou relativamente estável, o que permite vislumbrar com alguma previsibilidade o futuro: é ela, pois, que enseja projetar e iniciar, conseqüentemente – e não aleatoriamente, ao mero sabor do acaso -, comportamentos cujos frutos são esperáveis a médio e longo prazo. Dita previsibilidade é, portanto, o que condiciona a ação humana. Esta é a normalidade das coisas.³⁴

A aplicação desse princípio busca, de certa forma, equilibrar

³³ FERRAZ, Sérgio, et. al. *Processo Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.95.

³⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 113-114.

as relações jurídicas, na medida em que o Estado não pode a qualquer tempo promover mudanças em desfavor dos particulares, sem resguardar as situações já consolidadas no tempo.

3.7 Irredutibilidade do valor real dos benefícios

Esse princípio encontra-se expressamente previsto na Constituição de 1988, conforme se extrai da leitura dos §§ 8º e 17 do art. 40, redação dada pela EC nº 41/2003, *in verbis*:

Art. 40. (...)

§ 8º É assegurado o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios estabelecidos em lei.

§ 17. Todos os valores de remuneração considerados para o cálculo do benefício previsto no § 3º serão devidamente atualizados, na forma da lei.³⁵

Em face desse princípio, o aposentado tem direito a ter seus proventos reajustados de forma a manter o seu poder aquisitivo, pois caso permaneça o valor nominal teria o seu benefício aniquilado, pois com o tempo passaria a receber uma quantia irrisória.

Para Carlos Alberto Pereira de Castro tal princípio é:

(...) equivalente ao da intangibilidade do salário dos empregados e dos vencimentos dos servidores, significa que o benefício legalmente concedido – pela Previdência Social ou pela Assistência Social – não pode ter seu valor nominal reduzido, não podendo ser objeto de desconto – salvo os determinados por lei ou ordem judicial -, nem de arresto, sequestro ou penhora.³⁶

Dessa forma, com a aplicação desse princípio o trabalhador poderá se aposentar com a certeza de que o valor do benefício será preservado, não sendo corroído pelas perdas inflacionárias.

Segundo Wladimir Novaes Martinez

No mínimo, o princípio significa duas coisas: 1) os benefícios não podem ser onerados; e 2) devem manter o poder aquisitivo do valor original, através de parâmetros a ser definido segundo a lei ordinária e com vistas as circunstâncias de cada momento histórico.³⁷

Contudo, questionam-se as mudanças introduzidas pela EC nº 41/2003, na redação dada aos §§ 8º e 17 do art. 40 da Constituição de 1988, pois ela retirou a paridade que antes era concedida aos inativos.

³⁵ BRASIL. Constituição de 1988 (redação da EC nº 41/2003). *op. cit.*, Acesso em:25 set.2009.

³⁶ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. e LAZZARI, João Batista, *op. cit.*, p. 103.

³⁷ MARTINEZ, Wladimir Novaes, *op. cit.*, p. 175.

Com efeito, na redação anterior os aposentados tinham direito a todos os reajustes, reclassificações, gratificações e vantagens concedidas aos servidores na atividade, o que em princípio é mais vantajoso.

Por outro lado, não se pode deixar de observar que há determinadas carreiras em que a remuneração dos servidores não sofre aumentos por um longo tempo, sendo que, neste caso, pode ser melhor a aplicação dos índices de reajustes para preservar o valor real.

3.8 Equilíbrio financeiro e atuarial

A história da previdência social mostra que não havia preocupação com a aplicação das contribuições previdenciárias que tinham destino diverso, como, por exemplo, custear despesas com obras públicas. Tal fato ocasionou *déficit* previdenciário, surgindo, então, a necessidade de se buscar o equilíbrio financeiro e atuarial.

Wladimir Novaes Martinez estabelece a distinção entre equilíbrio financeiro e equilíbrio atuarial, *in verbis*:

Por equilíbrio financeiro entende-se literalmente que as reservas matemáticas efetivamente constituídas sejam suficientes para garantir os ônus jurídicos das obrigações assumidas, presentes e futuras.

Equilíbrio atuarial compreende as ideias matemáticas (v.g., taxa de contribuição, experiência de risco, expectativa de média de vida, tábuas biométricas, margem de erro, variações, e da massa, etc.) e as relações biométricas que, de igual modo, tornem possível estimar as obrigações pecuniárias em face do comportamento da massa e o nível da contribuição e do benefício.³⁸

A observância desse princípio é vital para a sobrevivência do sistema de previdência, para a estabilidade das relações, no sentido de que o segurado tenha certeza de que no futuro usufruirá dos benefícios pelos quais ele contribuiu.

Para Narlon Gutierrez Nogueira³⁹:

Esse princípio é de fundamental importância, pois aponta para a preocupação de que as receitas auferidas pelo sistema previdenciário sejam suficientes para o pagamento dos benefícios devidos. Sua observância traz segurança e tranquilidade tanto para a instituição gestora do sistema de previdência social, que tem a responsabilidade de pagar os benefícios, como para os seus segurados, que têm a expectativa de recebê-los.

Atualmente, esse princípio está em voga, tanto é que se encontra

³⁸ MARTINEZ, Wladimir Novaes, *op. cit.*, p. 95.

³⁹ NOGUEIRA, Narlon Gutierrez, *op. cit.*, p. 59.

expressamente previsto no caput do artigo 40 da CF/88, redação dada pela EC nº 41/2003. Para assegurar o pagamento dos benefícios previdenciários estão sendo constituídos fundos para aplicação das contribuições arrecadadas, as quais ficam vinculadas ao pagamento desses benefícios não podendo ser utilizadas para custear outras despesas.

Uendel Domingues Ugatti arremata que:

O aludido princípio atua como vetor do equilíbrio econômico e financeiro da seguridade social, obrigando a elaboração de plano de custeio seja fundada em cálculos atuariais, de tal forma que apenas pode ser instituída prestação de seguridade social com a indicação da respectiva e específica fonte de custeio, com a respectiva e específica indicação da prestação que a mesma deverá custear.⁴⁰

3.9. Razoabilidade e proporcionalidade

Embora haja diferenças entre os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, eles estão intimamente ligados. Ao tratar da razoabilidade, Hely Lopes Meirelles enfoca essa questão, nos seguintes termos:

Sem dúvida, pode ser chamado de princípio da proibição de excesso, que, em última análise, objetiva aferir a compatibilidade entre os meios e os fins, de modo a evitar restrições desnecessárias ou abusivas por parte da Administração Pública, com lesão aos direitos fundamentais. Como se percebe, parece-nos que a razoabilidade envolve a proporcionalidade, e vice-versa.⁴¹

Maria Sylvia Zanella Di Pietro também dispõe sobre a relação entre esses dois princípios, *in verbis*:

(...) o princípio da razoabilidade, entre outras coisas, exige proporcionalidade entre os meios de que se utiliza a Administração e os fins que ela tem que alcançar. E essa proporcionalidade deve ser medida não pelos critérios pessoais do administrador, mas segundo padrões comuns na sociedade em que vive; e não pode ser medida diante dos termos frios da lei, mas diante do caso concreto.⁴²

A fim de fazer uma distinção entre os referidos princípios, Celso Antônio Bandeira de Mello define o princípio da razoabilidade como:

⁴⁰ UGATTI, Uendel Domingues, *op. cit.*, p. 171.

⁴¹ MEIRELLES, Hely Lopes. Atualizado por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. *Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 93.

⁴² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p.81.

(...) 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 respeitosa 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 manejada.⁴³

Convém também trazer à colação, a definição do mesmo autor acima citado, no tocante ao princípio da proporcionalidade, *in verbis*:

Este princípio enuncia a idéia – singela, aliás, conquanto frequentemente desconsiderada – de que as competências administrativas só podem ser validamente exercidas na extensão e intensidade proporcionais ao que seja realmente demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas. Segue-se que os atos cujos conteúdos ultrapassem o necessário para alcançar o objetivo que justifica o uso da competência ficam maculados de ilegitimidade, porquanto desbordam do âmbito da competência, ou seja, superam os limites que naquele caso lhes corresponderiam.⁴⁴

Com efeito, hoje em dia os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade são frequentemente invocados quando da prática de atos administrativos e ao serem proferidas sentenças e acórdãos judiciais. Não cabe ao administrador exorbitar no uso de suas atribuições, devendo tomar decisões comedidas e com cautela, avaliando cada caso concreto e observando as suas peculiaridades.

No que se refere ao ato de aposentadoria praticado pela administração não poderia ser diferente, cabendo ao órgão que vai conceder o benefício analisar o caso concreto, a fim de tomar uma decisão que seja razoável e proporcional, ainda mais quando se trata de benefícios em razão de invalidez, em que a capacidade laborativa do trabalhador é interrompida por circunstâncias alheias a sua vontade.

⁴³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, op. cit., 2005, p. 99.

⁴⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, op. cit., 2005, p. 101.

4. LIMITES DO PODER CONSTITUINTE EM FACE DO DIREITO ADQUIRIDO À APOSENTADORIA POR INVALIDEZ

4.1 Poder constituinte

A Carta Magna constitui o principal documento a ser observado por uma nação, contendo princípios e regras a serem seguidas. Ela é elaborada ou alterada por meio do poder constituinte. Não pode ser modificada por leis infraconstitucionais. Nem cabe ao intérprete dar sentido diverso ao que foi pactuado.

O poder de criar uma nova Constituição é denominado de poder constituinte originário. Nas palavras de Pedro Lenza⁴⁵:

O poder constituinte originário (chamado por alguns de inicial ou inaugural) é aquele que inaugura uma nova ordem jurídica, rompendo por completo com a ordem jurídica precedente.

O objetivo fundamental do poder constituinte originário, portanto, é criar um novo Estado, diverso do que vigorava em decorrência da manifestação do poder constituinte precedente.

Esse poder constituinte que rompe com a ordem constitucional anterior e inicia uma nova ordem tem sido chamado de revolucionário. Quando ele se instala pela primeira vez, chama-se de histórico, cada vez mais raro.

Além do poder constituinte originário, merece destaque o poder constituinte derivado, que encontra previsão na Constituição Federal.

Na definição de Alexandre de Moraes:

O Poder Constituinte derivado reformador, denominado por parte da doutrina de competência reformadora, consiste na possibilidade de alterar-se o texto constitucional, respeitando-se a regulamentação especial prevista na própria Constituição Federal e será exercitado por determinados órgãos com caráter representativo. No Brasil pelo Congresso Nacional.⁴⁶

O poder constituinte derivado é realizado por meio de emendas à Constituição, sofre limitações, devendo respeitar os núcleos intangíveis, os parâmetros estabelecidos pelo poder constituinte originário.

⁴⁵ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 13. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009, p.112.

⁴⁶ MORAES, Alexandre de., *op. cit.*, p.57.

4.2 Limites aplicáveis ao poder constituinte

O poder constituinte originário é inicial, autônomo, ilimitado, incondicionado, soberano. Com efeito, ele dar início a uma nova constituição diferente da ordem anterior, é independente, não tem que observar os limites impostos na norma anterior, a exemplo do artigo 17 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, da CF/88, *in verbis*:

Os vencimentos, a remuneração, as vantagens e os adicionais, bem como os proventos de aposentadoria que estejam sendo percebidos em desacordo com a Constituição serão imediatamente reduzidos aos limites dela decorrentes, não se admitindo, neste caso, invocação de direito adquirido ou percepção de excesso a qualquer título.⁴⁷

Contudo, Kildare Gonçalves Carvalho alerta que nenhum poder é completamente absoluto e ilimitado. O referido autor cita, a título de exemplo, as seguintes limitações ao poder constituinte originário, *in verbis*:

a) limites transcendentais, que provêm de imperativos de direito natural, de valores éticos superiores, e de uma consciência coletiva, como os que prendem aos direitos fundamentais conexos com a dignidade da pessoa humana; b) limites imanentes, que se ligam à configuração do Estado, à sua soberania e, de alguma maneira, à forma de Estado e à legitimidade política em concreto; c) limites heterônomos, provenientes da conjugação de outros ordenamentos jurídicos, e podem referir-se tanto a regras de Direito Internacional, de que resultem obrigações para todos ou determinado Estado, quanto a regras de Direito Interno, quando o Estado seja composto ou complexo e complexo o seu ordenamento jurídico: neste caso há dupla valência dos limites imanentes e heterônomos.⁴⁸

Assim, existem parâmetros em que o poder constituinte originário não pode desrespeitar. Ademais, para que haja legitimidade o novo ordenamento constitucional deve observar a vontade do povo, pois a este pertence a sua titularidade.

Ocorre que com o tempo surgem necessidades de atualização do texto constitucional produzido pelo poder constituinte originário. A fim de evitar que a cada nova mudança seja elaborada uma nova constituição, o próprio poder constituinte originário prevê essa

⁴⁷ BRASIL. Constituição de 1988. *Ato das disposições constitucionais transitórias*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm#adct>. Acesso em: 01 out. 2009.

⁴⁸ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 15. ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p.267.

possibilidade de alteração, no caso do Brasil, por meio de emendas constitucionais. José Afonso da Silva explica que:

A Constituição, como se vê, conferiu ao Congresso Nacional a competência para elaborar emendas a ela. Deu-se, assim, a um órgão constituído o poder de emendar a Constituição. Por isso se lhe dá a denominação de poder constituinte instituído ou constituído. Por outro lado, como esse poder não lhe pertence por natureza, primariamente, mas, ao contrário, deriva de outro (isto é, do poder constituinte originário), é que também se lhe reserva o nome de poder constituinte derivado, embora pareça mais acertado falar em competência constituinte derivada ou constituinte de segundo grau. Trata-se de um problema de técnica constitucional, já que seria muito complicado ter que convocar o constituinte originário todas as vezes em que fosse necessário emendar a Constituição. Por isso, o próprio poder constituinte originário, ao estabelecer a Constituição Federal, instituiu um poder constituinte reformador, ou poder de reforma constitucional, ou poder de emenda constitucional.⁴⁹

Diferentemente, o poder constituinte derivado deve atentar para as limitações do poder constituinte originário, pois aquele é condicionado, limitado.

O poder constituinte reformador sofre limitações de ordem circunstanciais, formais, temporais e materiais.

As limitações circunstanciais impossibilitam alterações na constituição no período de intervenção federal, estado de sítio e estado de defesa, pois nesse período considera-se que a liberdade de escolha e a isenção sofrem restrições, não sendo, portanto, o momento adequado para se produzir mudanças no texto constitucional (artigo 60, § 1.º da CF)

As limitações formais são restrições de natureza processual tais como: quem pode propor emenda constitucional, quorum mínimo para proposta, turnos de votação e aprovação, quorum qualificado para aprovação, restrições para apresentação de nova proposta na mesma sessão legislativa (artigo 60, incisos I, II e III, c/c os § 1.º e 5.º da CF).

As limitações de ordem temporais estipulam um prazo determinado para só após esse lapso de tempo ser possível modificar a Constituição. Na CF/88 o poder constituinte originário não previu limites temporais, o que foi estabelecido foi um prazo para revisão constitucional, o que não se confunde com o prazo para reforma por meio de emendas constitucionais, que poderiam ser feitas desde logo.

Já as limitações materiais se referem às cláusulas pétreas, núcleo intangível, cuja reforma é vedada pelo constituinte originário, tais

⁴⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p.64-65.

como, a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos poderes e os direitos e garantias individuais.

É em razão desse poder constituinte derivado que foram editadas emendas constitucionais, para fins de reforma previdenciária dos servidores públicos civis. O que se discute é se essas mudanças produzidas no texto constitucional, em relação à aposentadoria desses servidores, observaram os limites impostos pelo poder constituinte originário, especialmente em relação aos direitos e garantias individuais.

4.3 Direito adquirido

O direito adquirido pode assim ser definido:

Direito adquirido é espécie de direito subjetivo definitivamente incorporado (pois, adquirido) ao patrimônio jurídico do titular (sujeito de direito), já consumado ou não, porém exigível na via jurisdicional, se não cumprido voluntariamente pelo obrigado (sujeito de dever).

Diz-se que o titular do direito adquirido está, em princípio, protegido de futuras mudanças legislativas que regulem o ato pelo qual fez surgir seu direito, precisamente porque tal direito já se encontra incorporado ao seu patrimônio jurídico — plano/mundo do dever-ser ou das normas jurídicas — ainda que não fora exercitado, gozado — plano/mundo do ser, ontológico.⁵⁰

A Constituição Federal de 1988 tem como postulado o direito adquirido, o que deve ser respeitado tanto pelo legislador infraconstitucional como pelo poder constituinte derivado, quando da elaboração de emendas constitucionais. Só o poder constituinte originário não está atrelado a observá-lo, quando da feitura de uma nova constituição.

Nesses termos, o artigo 5º, inciso XXXVI da CF estabelece que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”⁵¹, tratando-se de direito individual e, portanto, de cláusula pétrea, na forma do art. 60, § 4º da CF: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) os direitos e garantias individuais”⁵².

⁵⁰ Babylon Translation & a Click. *Dicionário on line*. Disponível em: <http://dicionario.babylon.com/Direito_adquirido>. Acesso em: 08 nov.2009.

⁵¹ BRASIL. Constituição de 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em:25 set.2009.

⁵² BRASIL. Constituição de 1988. *op. cit.*, Acesso em:25 set.2009.

Em relação à previdência social no Brasil, diversas reformas foram realizadas pelo poder constituinte derivado, visando buscar o equilíbrio financeiro e atuarial. Com isso, o modelo previsto pelo constituinte originário na Constituição de 1988 teve mudanças significativas em face das Emendas Constitucionais nºs 20/1998, 41/2003 e 47/2005.

Essas emendas à Constituição asseguraram expressamente o direito adquirido à aposentadoria, na forma da legislação anterior, para aqueles que preencheram todos os requisitos para inatividade, citando-se como exemplo a EC nº 41/2003, *in verbis*:

Art. 3º É assegurada a concessão, a qualquer tempo, de aposentadoria aos servidores públicos, bem como pensão aos seus dependentes, que, até a data de publicação desta Emenda, tenham cumprido todos os requisitos para obtenção desses benefícios, com base nos critérios da legislação então vigente.⁵³

Prevalece no ordenamento jurídico brasileiro, em relação ao direito adquirido, a teoria de Gabba, cujas características são:

1) ter sido consequência de um fato idôneo para a sua produção; 2) ter-se incorporado definitivamente ao patrimônio do titular. O conhecimento corrente é o de que havendo o fato necessário à aquisição de um direito ocorrido integralmente sob a vigência de uma determinada lei, mesmo que seus efeitos somente se devam produzir em um momento futuro, terão de ser respeitados na hipótese de sobrevir uma lei nova.⁵⁴

Dessa forma, reunidos os requisitos para inativação antes do advento da reforma previdenciária, realizada por meio de Emendas Constitucionais, há que se conceder a aposentadoria com base nas regras anteriores, em face do direito adquirido, uma vez que se incorporou ao patrimônio do servidor.

Assim, não há que se falar em retroatividade da EC nº 41/2003 para atingir o direito adquirido do servidor. A propósito, existem três formas de retroatividade: a máxima, a média e mínima, assim definidas por José Carlos de Matos Peixoto:

Dá-se a retroatividade máxima, também chamada restitutória, quando a lei nova prejudica a coisa julgada (sentença irrecorrível) ou os fatos jurídicos já consumados.

(...) Menos radical, a média. 'A retroatividade é média, quando a lei nova atinge as prestações exigíveis mas não cumpridas antes da sua vigência.'

(...) Finalmente, 'a retroatividade é mínima (também chamada temperada ou mitigada), quando a lei nova atinge apenas os efeitos dos

⁵³ BRASIL. *Emenda Constitucional nº 41/2003*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc41.htm>. Acesso em: 25 set. 2009.

⁵⁴ MODESTO, Paulo (org.), *op.cit.*, p. 128.

fatos anteriores, verificados após a data em que ela entra em vigor.⁵⁵
Nesse contexto, cabe ainda fazer a distinção entre direito adquirido e expectativa de direito: “a) Expectativa de direito: o fato aquisitivo teve início, mas não se completou; b) Direito adquirido: o fato aquisitivo já se completou, mas o efeito previsto na norma ainda não se produziu”⁵⁶

Sob essa linha de entendimento, não há como invocar o direito adquirido para aqueles servidores que já estavam no serviço público, mas que preencheram os requisitos para aposentadoria após o advento da EC nº 41/2003, pois, neste caso, não seria direito adquirido, mas mera expectativa de direito.

Contrariamente, Valmir Pontes Filho, na obra organizada por Paulo Modesto, defende o direito do servidor que já estava no serviço público antes da publicação da EC nº 41/2003 a se aposentar na forma das regras anteriores, em face da segurança jurídica. Para ele:

Esta certeza (e não mera ‘expectativa’) lhe dará, além de conforto psicológico, o senso perfeito de que, uma vez cumprido aquele lapso temporal (de serviço público, de contribuição à previdência ou outro qualquer), a sua inativação não poderá ser obstaculizada pela obra do legislador infraconstitucional (é dizer, por lei ou emenda). Não se trataria, pois, de mera ‘aspiração’ ou ‘desejo’, mas de direito adquirido sim, uma dada previsão normativo-jurídica que se incorporou ao seu patrimônio pessoal. Afinal, se o servidor fez, em dado momento, uma opção de vida profissional, é imperioso conferir-lhe, em homenagem à sua própria dignidade, a prerrogativa de traçar planos para o futuro, especialmente após a inativação almejada.⁵⁷

Tal posicionamento não é aceito pela maioria da doutrina, nem pela jurisprudência do judiciário, pois o direito adquirido se aplica para aqueles que reuniram todos os requisitos para se aposentar antes da reforma previdenciária. Nesse sentido, destaca-se a seguinte jurisprudência do STF, *in verbis*:

EC 41/2003: Critérios de Aposentadoria e Direito Adquirido
O Tribunal, por maioria, julgou improcedente pedido formulado em ação direta ajuizada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público - CONAMP contra o art. 2º e a expressão “8º”, contida no art. 10, ambos da Emenda Constitucional 41/2003, que tratam dos critérios para a aposentadoria e revogam o art. 8º da Emenda Constitucional 20/98. Saliendo a consolidada jurisprudência da Corte no sentido da inexistência de direito adquirido a regime jurídico previdenciário e da aplicação do princípio *tempus regit actum* nas relações previdenciárias,

⁵⁵ PEIXOTO, José Carlos de Matos. *Curso de direito romano*. Rio de Janeiro: Companhia Editora Fortaleza, 1950. T. I. Partes introdutória e geral. p. 199 s.

⁵⁶ MODESTO, Paulo (org.), *op.cit.*, p. 129.

⁵⁷ MODESTO, Paulo (org.), *op.cit.*, p. 341.

entendeu-se não haver, no caso, direito que pudesse se mostrar como adquirido antes de se cumprirem os requisitos imprescindíveis à aposentadoria, cujo regime constitucional poderia vir a ser modificado. Asseverou-se que apenas os servidores públicos que haviam preenchido os requisitos previstos na EC 20/98, antes do advento da EC 41/2003, adquiriram o direito de aposentar-se de acordo com as normas naquela previstas, conforme assegurado pelo art. 3º da EC 41/2003 (“Art. 3º É assegurada a concessão, a qualquer tempo, de aposentadoria aos servidores públicos, bem como pensão aos seus dependentes, que, até a data de publicação desta Emenda, tenham cumprido todos os requisitos para obtenção desses benefícios, com base nos critérios da legislação então vigente.”). Esclareceu-se que só se adquire o direito quando o seu titular preenche todas as exigências previstas no ordenamento jurídico vigente, de modo a habilitá-lo ao seu exercício, e que as normas previstas na EC 20/98 configurariam uma possibilidade de virem os servidores a ter direito, se ainda não preenchidos os requisitos nela exigidos antes do advento da EC 41/2003. Assim, considerou-se não haver óbice ao constituinte reformador para alterar os critérios que ensejam o direito à aposentadoria por meio de nova elaboração constitucional ou de fazê-las aplicar aos que ainda não atenderam aos requisitos fixados pela norma constitucional. Vencidos os Ministros Carlos Britto, Marco Aurélio e Celso de Mello, que julgavam o pleito procedente. Precedentes citados: ADI 3105/DF e ADI 3128/DF (DJU de 18.2.2005); RE 269407 AgR/RS (DJU de 2.8.2002); RE 258570/RS (DJU de 19.4.2002); RE 382631 AgR/RS (DJU de 11.11.2005)⁵⁸

4.4 Cláusula pétrea e à aposentadoria por invalidez

Considerando que o direito adquirido encontra-se insculpido no artigo 5º da Constituição Federal, no capítulo dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, e que tal direito constitui cláusula pétrea, conforme estabelecido pelo poder constituinte originário, de acordo com o artigo 60, § 4º da CF, então o poder constituinte derivado não pode realizar reforma previdenciária tendente a abolir esse direito.

Paulo Modesto registra que:

Os direitos adquiridos não são cláusula pétrea da Constituição e sim a garantia dos direitos adquiridos, isto é, a norma enunciada no art. 5º, XXXVI, do texto constitucional, inscrita no Título dos Direitos e Garantias Fundamentais. Esta norma não pode ser suprimida do estatuto constitucional mediante o exercício do poder de emenda.

As cláusulas pétreas, também chamadas cláusulas de imutabilidade ou garantias de eternidade, são limites materiais ao poder de reforma constitucional. Referem a conteúdos, princípios, normas constitucionais que não podem ser objeto de deliberação pelo poder de reforma

⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inf. 481. *ADI 3104/DF*, Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF, 26.9.2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 07 set.2009.

constitucional. Dizem respeito a normas que constam da Constituição e não a situações jurídicas concretas titularizadas pelo Poder Público ou por particulares. Revestem-se de eficácia reforçada, na medida em que denotam normas constitucionais que somente podem ser derogadas pelo poder constituinte originário. Constituem exceção ao poder de reforma constitucional e, como tais, reclamam interpretação estrita. Sintetizam a ideia fundamental de direito da coletividade, compondo a identidade básica da Constituição. Reformá-las é inviável para os órgãos constitucionais instituídos, pois significaria o mesmo que a retirada dos alicerces que os sustentam e a derrubada da Constituição.⁵⁹

Com efeito, adquirido o direito à aposentadoria por invalidez, não pode o servidor vir a ser afetado por emenda constitucional que venha alterar os critérios para concessão do benefício e o cálculo dos proventos.

Neste caso, a garantia do direito adquirido se aplica a situações concretas, aos indivíduos que reuniram os requisitos para inativação por invalidez e não de forma genérica.

Todos os servidores que não adquiriram o direito à aposentadoria por invalidez com base na remuneração da atividade e com os reajustes e vantagens como se trabalhando estivessem, serão atingidos pela EC nº 41/2003.

No dizer de Paulo Modesto:

A garantia do direito adquirido funciona, no tempo, como um guarda-chuva. Não impede a aplicação geral e imediata da lei nova. Resguarda, no entanto, os indivíduos que titularizam uma situação jurídica vantajosa anterior da aplicação das novas disposições legais. Estes indivíduos seguem regidos pela regra alterada ou revogada, mais vantajosa, para certos e determinados efeitos, embora a norma nova seja desde logo aplicável aos demais indivíduos. Trata-se de uma garantia individual, que funciona como tal, pois tutela a situação subjetiva de um ou mais indivíduos determinados. Não funciona como um dique das reformas legislativas, não represa nem pode conter a alteração abstrata da lei, porque a sua função é apenas prolongar em concreto a aplicação da norma mais vantajosa, revogada ou modificada por lei sucessiva (tecnicamente, garantir a ultra-atividade ou a eficácia protraída da norma preexistente), porém apenas para os indivíduos que incorporaram em seu patrimônio individual a situação jurídica anterior.⁶⁰

Dessa forma, preenchidos os requisitos antes da reforma previdenciária – EC nº 41/2003, regulamentada pela MP nº 167/2004, o servidor faz jus ao benefício da aposentadoria por invalidez na forma da legislação anterior, com integralidade e paridade.

⁵⁹ MODESTO, Paulo. Reforma administrativa e direito adquirido. *Jus Navigandi*, ano 4, n. 38, jan. 2000, p. 1. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=374>>. Acesso em: 08 nov. 2009.

⁶⁰ MODESTO, Paulo. *Op. cit.*, p.1.

Contudo, existem controvérsias no estabelecimento do marco temporal, ou seja, a partir de quando ocorre o direito adquirido nas aposentadorias por invalidez, o que se mostra necessário definir para se decidir qual a norma será aplicada para essas aposentadorias.

5. REGIME JURÍDICO DAS APOSENTADORIAS POR INVALIDEZ E CÁLCULO DOS PROVENTOS

A fixação de um marco para aquisição do direito adquirido à concessão de aposentadoria com proventos calculados com base na última remuneração da atividade e com paridade, em face do advento da EC nº 41/2003, tem sido objeto de discussões, não havendo um consenso a respeito. Esse é o problema a ser resolvido.

Há aqueles que defendem para obtenção desse direito a adoção do critério da data do ingresso no serviço público, outros a data da expedição do laudo médico ou a publicação do ato, mesmo que a moléstia seja anterior à reforma de 2003, e, ainda, os que consideram a data em que o servidor foi acometido de invalidez.

Cada um desses fatos geradores será tratado a seguir, na tentativa de se chegar a um entendimento uniforme, que se coadune com o direito e os princípios aplicáveis ao fato.

5.1 Fato gerador: data do ingresso no serviço público

Nesse ponto, busca-se uma solução para o problema que é estabelecer um marco temporal do direito adquirido à aposentadoria por invalidez com base nas regras anteriores à EC nº 41/2003. Para tanto, dois marcos são defendidos para aqueles que consideram como fato gerador a data do ingresso no serviço público:

- a) considera-se direito adquirido à aposentadoria com integralidade e paridade, nos casos em que o servidor foi admitido no serviço público até 31/12/2003, data da publicação da referida emenda, mesmo que venha a ser acometido de invalidez em momento posterior?
- b) considera-se direito adquirido à aposentadoria com integralidade e paridade, nos casos em que o servidor foi admitido no serviço público até 16/12/1998, data da publicação da Emenda Constitucional nº 20/98, mesmo que venha a ser acometido de invalidez em momento posterior?

Sobre o assunto, o Tribunal de Contas do Distrito Federal

– TCDF realizou estudos especiais, referentes à aplicação das ECs nºs 41/2003 e 47/2005, sendo adotado o entendimento que considera como fato gerador para concessão de aposentadoria por invalidez, com integralidade e paridade, a data de ingresso no serviço público até 31.12.2003, *in verbis*:

3-QUANTO ÀS REGRAS APLICÁVEIS PARA O ESTABELECIMENTO DE VALORES DE PROVENTOS DE APOSENTADORIA RELATIVAMENTE A SERVIDORES QUE INGRESSARAM NO SERVIÇO PÚBLICO ATÉ A DATA DA PUBLICAÇÃO DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 41/2003 (31.12.2003) E QUE VIEREM A SE APOSENTAR EM DECORRÊNCIA DE INVALIDEZ: a) os proventos de aposentadoria de servidor que tenha ingressado nos serviços públicos antes da data da publicação da Emenda Constitucional nº 41, 31.12.2003, e que vier a se aposentar em decorrência de invalidez, deverão ser fundamentados segundo as regras do art. 40, § 1º e inciso I e § 3º, da CF, na redação dada pela EC nº 20/98, c/c os arts. 3º e 7º da EC nº 41/2003 e arts. 186, I e § 1º, e 189 da Lei federal nº 8.112/90 (Lei DF nº 197/91), de forma a assegurar-lhes a paridade e o cálculo dos mesmos com base na última remuneração percebida pelo servidor em atividade; a.1) caso a invalidez seja em razão de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, na forma da lei, os servidores fazem jus a proventos integrais; a.2) caso a invalidez não decorra de enfermidade prevista na alínea anterior, os servidores fazem jus a proventos proporcionais ao tempo de contribuição;⁶¹

Observa-se, então, que para o TCDF os servidores admitidos até a data da publicação da EC nº 41/2003 adquirem o direito à aposentadoria por invalidez, com proventos calculados com base na remuneração percebida na atividade e com paridade, mesmo que a doença venha a ocorrer em momento posterior.

Conforme voto de vista do 1º Revisor, Conselheiro Antonio Renato Alves Rainha, a possibilidade de se resguardar, nas aposentadorias decorrentes de invalidez, o direito adquirido ao cálculo dos proventos na forma anterior à EC nº 41/2003, para aqueles que ingressaram no serviço público até 16/12/98 ou até 31/12/2003, tem como supedâneo os princípios da razoabilidade, da segurança jurídica, da eficiência e da dignidade da pessoa humana, *in verbis*:

7.1. da razoabilidade: não há no texto constitucional, conforme já afirmei anteriormente, regra expressa que determine a não aplicação

⁶¹ BRASIL. Tribunal de Contas do Distrito Federal. Administrativo. Estudos Especiais. Aposentadoria. *Decisão n.º 5859/2008*. Processo n.º 26930/2006. Relator: Conselheira Marli Vinhadeli, 1º Revisor: Conselheiro Antonio Renato Alves Rainha, 2º Revisor: Conselheiro Jorge Caetano. Brasília, DF, 07.10.2008. Disponível em: <http://www.tc.df.gov.br/portal/index.php?option=com_wrapper&Itemid=77>. Acesso em: 23 ago. 2009.

da paridade aos proventos de aposentadoria dos que ingressaram no serviço público antes das Emendas Constitucionais n^{os} 20/1998 e 41/2003 e que se aposentaram ou venham a se aposentar com esteio no inciso I do § 1^o do art. 40 da Constituição Federal.(...) 7.2. da segurança jurídica: (...)

Tendo o servidor ingressado no serviço público sob a égide de determinada regra e cumprido suas obrigações até a data em que foi colhido por grave situação ocasionada em razão de suas atividades laborais ou por doença grave reconhecida em lei, não pode perder, abruptamente, todas as garantias e direitos a que faria jus se estivesse permanecido na atividade por mais algum tempo, sob pena de se ferir de morte o princípio da segurança jurídica, da razoabilidade e da dignidade da pessoa humana, entre outros. (...)

7.3. da eficiência: sabemos que muitas atividades públicas são exercidas sob elevado risco à saúde e à vida, bem como sob intenso desgaste físico e psicológico. A própria Constituição Federal, ao reconhecer tal situação, permitiu, nos termos do § 4^o do seu art. 40, que lei complementar estabeleça critérios e requisitos diferenciados para a concessão da aposentadoria no caso de portadores de deficiência ou de atividades exercidas sob risco ou condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física. (...)

7.4. da dignidade da pessoa humana: todo o arcabouço constitucional tem por escopo garantir uma vida digna ao homem. Isto posto, qualquer interpretação que ofenda a dignidade da pessoa humana há que ser rejeitada, de pronto, pelo intérprete.

Ao que me parece, negar àquele que já estava no serviço público em 16.12.1998 ou 31.12.2003 e que foi acometido em acidente de serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, na forma da lei, o direito de ter os seus proventos de aposentadoria reajustados, modificados ou transformados de acordo com a remuneração dos servidores em atividade, representa ato de indiscutível ofensa à dignidade humana, vez que retira de quem sofreu sérias consequências no desempenho da função e em razão dela ou que foi acometido de grave enfermidade, no momento em que mais necessita, importante instrumento de reajuste remuneratório.⁶²

Segundo a Relatora, Conselheira Marli Vinhadeli, cujo voto foi acolhido pelo Plenário do TCDF, sendo proferida a Decisão n^o 5859/2008:

Ofato de não constar a hipótese de invalidez nas alterações constitucionais provocadas pelas EC''s n^{os} 41/2003 (arts. 6^o e 7^o) e 47/2005 (arts. 2^o e 3^o), voltadas a possibilitar que os servidores com plenas condições de saúde alcançassem a paridade e a integralidade, desde que admitidos antes da vigência da EC n^o 41/2003, não afasta a aplicação suplementar da norma

⁶² BRASIL. Tribunal de Contas do Distrito Federal. Administrativo. Estudos Especiais. Aposentadoria. *Processo n.º 26930/2006*. 1^o Revisor: Conselheiro Antonio Renato Alves Rainha. Brasília, DF, 16.06.2008. Disponível em: < http://www.tc.df.gov.br/portal/index.php?option=com_wrapper&Itemid=77>. Acesso em: 23 ago. 2009.

estatutária que rege os servidores públicos – arts. 186, I e § 1º, e 189 da Lei federal nº 8.112/90 (Lei DF nº 197/91), de forma a sanar a lacuna deixada no âmbito da legislação constitucional.⁶³

Dessa forma, o posicionamento adotado no TCDF encontra-se lastreado em princípios e sob o argumento da existência de lacunas na legislação, aplicando-se ao caso, de forma suplementar, a Lei nº 8112/90.

Todavia, a EC nº 41/2003, disciplinada pela MP nº 167/2004, convertida na Lei nº 10.887/2004, adotou nova forma de cálculo para as aposentadorias por invalidez, porém não estabeleceu uma regra de transição para os servidores que ingressaram antes no serviço público, como o fez nas aposentadorias voluntárias.

Dessa forma, não cabe ao intérprete modificar as regras definidas na reforma previdenciária, mas ao poder constituinte derivado, mediante emenda constitucional.

Ressalte-se que tramitam no Congresso Nacional propostas de emendas à Constituição, visando restabelecer a integralidade e a paridade para essa modalidade de inativação. Para fins de ilustração, transcrevem-se a seguir textos da PEC nº 270/2008 e da PEC nº 345/2009, *in verbis*:

PEC nº 270/2008

O artigo 40 da Constituição Federal passa a vigorar acrescido do § 22, com a seguinte redação:

§ 22. O disposto nos §§ 3º e 8º deste artigo não se aplica ao servidor titular de cargo efetivo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que tenha ingressado no serviço público até 16 de dezembro de 1998 e que venha a aposentar-se com fundamento no inciso I do § 1º deste artigo, o qual poderá aposentar-se com proventos integrais, desde que a invalidez permanente seja decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, na forma da lei, ficando-lhe, ainda, garantida a revisão de proventos na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade.⁶⁴

PEC nº 345/2009

Art. 1º O inciso I do art. 40 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

⁶³ BRASIL. Tribunal de Contas do Distrito Federal. Administrativo. Estudos Especiais. Aposentadoria. *Processo nº 26930/2006*. Relatora: Conselheira Marli Vinhadeli. Brasília, DF, 23set.2008. Disponível em: <http://www.tc.df.gov.br/portal/index.php?option=com_wrapper&Itemid=77>. Acesso em: 23 ago.2009.

⁶⁴ BRASIL. *Proposta de Emenda à Constituição nº 270/2008*. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/582378.pdf>>. Acesso em: 25 set.2009.

Art. 40 (...)

§ 1º Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma dos §§ 3º e 17, à exceção daqueles cuja aposentadoria for motivada por invalidez permanente decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificada em lei:

I – por invalidez permanente, sendo os proventos proporcionais ao tempo de contribuição, exceto se decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificada em lei;

(...)

§ 17-A. Os proventos de aposentadoria dos servidores aposentados por invalidez permanente decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificada em lei, corresponderão à totalidade da remuneração ou do subsídio percebidos no momento da aposentação.

(...)

Art. 2º As aposentadorias concedidas posteriormente à Emenda Constitucional nº 41, de 31 de dezembro de 2003, serão revistas de ofício, de forma a se adequarem a esta Emenda Constitucional.

Art. 3º A revisão de que trata o art. 2º produzirá efeitos financeiros a partir da data da publicação desta Emenda Constitucional.

Art. 4º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.⁶⁵

Como se vê, as propostas de emendas acima transcritas visam restabelecer a integralidade e paridade para os servidores acometidos de invalidez. As duas PEC's resguardam apenas as aposentadorias por invalidez permanente decorrentes de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificada em lei.

Contudo, diferente do entendimento fixado pelo TCDF, as propostas de reforma deixam de fora as demais aposentadorias por invalidez com proventos proporcionais ao tempo de contribuição, que ficariam calculados pela média aritmética simples das maiores remunerações.

A PEC nº 270/2008 dispõe que o benefício da integralidade e paridade abrange apenas os servidores que ingressaram no serviço público até 16/12/98, enquanto a PEC nº 345/2009 não estabelece limite temporal de ingresso no serviço público para usufruir do referido benefício.

Em que pese tal entendimento seja louvável e tenha relevante valor social, considerar como fato gerador a data do ingresso no serviço

⁶⁵ BRASIL. *Proposta de Emenda à Constituição nº 345/2009*. Disponível em < <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/643837.pdf> >. Acesso em: 25 set. 2009.

público para aquisição do direito adquirido, desvirtua esse instituto jurídico. Como assegurar um direito para àqueles que não reuniram os requisitos para inativação e sequer estavam inválidos? E que poderão nem vir a ser acometidos de invalidez? Trata-se de mera expectativa de direito.

Com efeito, o direito adquirido não tem efeito genérico. Os critérios estabelecidos na EC nº 41/2003 se aplicam a todos, indistintamente. Apenas os casos concretos em que todos os requisitos foram preenchidos, antes do regulamento da referida emenda, estão amparados pelo direito adquirido.

Assim, se inexistente a doença ao tempo da reforma previdenciária, não há como assegurar um provável direito futuro, pois se trata de uma mera possibilidade que poderá nem acontecer.

5.2 Fato gerador: data da expedição do laudo médico

A competência para atestar a invalidez do servidor é da junta médica oficial. Nesses termos, há quem considere o direito adquirido à aposentadoria por invalidez a partir da data de emissão do laudo médico. Nesse ponto, busca-se resolver a seguinte questão:

- a) considera-se direito adquirido à aposentadoria com integralidade e paridade, nos casos em que foi expedido o laudo médico até 19/02/2004, data da publicação da MP nº 167/2004, que disciplinou a EC nº 41/2003?

Na doutrina, Inácio Magalhães Filho defende como regra a data da realização da perícia oficial, ou seja, a data da expedição do laudo médico, podendo excepcionalmente retroagir à data da enfermidade: *“a possibilidade de retroação dos efeitos do laudo médico deve ser vista como exceção. A final, geralmente é a partir do exame efetuado pela junta médica oficial que se caracteriza a existência da moléstia que incapacita o servidor”*.⁶⁶

No mesmo sentido, foi o entendimento fixado em consulta formulada pelo Tribunal Superior do Trabalho - TST ao Tribunal de Contas da União – TCU, quanto ao artigo 190 da Lei nº 8.112/90, em face do advento da Emenda Constitucional nº 41/2003:

(...) o servidor aposentado que, com amparo nos arts. 3º e 7º da EC nº 41/2003, percebe provento proporcional calculado com base na totalidade da remuneração do cargo efetivo e atualizado de acordo com a regra de paridade entre o provento de aposentadoria e a remuneração do servidor

⁶⁶ MAGALHÃES FILHO, Inácio. Termo Inicial da integralização do art. 190 da Lei nº 8.112/90. *Revista do Tribunal de Contas do Distrito Federal*, n. 34, p. 43-54, 2008, p.49.

em atividade, caso venha a ser acometido de doença que justifique a incidência do art. 190 da Lei n.º 8.112/1990, em seus termos atuais, fará jus à integralização do provento calculada segundo a mesma sistemática pela qual vinha recebendo o seu provento proporcional, não se aplicando, nesses casos, a metodologia de cálculo de proventos disciplinada na Lei n.º 10.887/2004;

(...) o servidor aposentado com provento proporcional, não alcançado pelo disposto nos arts. 3º e 7º da EC n.º 41/2003, que tenha sido acometido até 19/02/2004 de doença que justifique a aplicação do art. 190 da Lei n.º 8.112/90, em seus termos atuais, comprovada por laudo médico oficial emitido até 19/02/2004, tem direito à conversão de seu provento de proporcional para integral segundo a sistemática de cálculo vigente até a publicação da MP n. 167/2004;

(...) excepcionalmente, no caso de laudo médico expedido após a data de 19/02/2004, deve haver expressa consignação no referido documento acerca da época do acometimento da moléstia, que, sendo predita ao limite temporal de 19/02/2004, aproveitará ao servidor o direito à conversão de seus proventos nos moldes estipulados no subitem precedente;⁶⁷

Conforme se verifica da resposta à consulta, o TCU reconheceu o direito, no caso de invalidez, ao cálculo dos proventos na sistemática anterior, qual seja, com base na remuneração da atividade e com paridade, para aqueles servidores em que a invalidez ficou comprovada por laudo médico expedido até 19/02/2004, antes da vigência da Medida Provisória n.º 167/2004. Adotou excepcionalmente como marco a data da invalidez.

Com efeito, essa regra encontra-se ratificada quando do julgamento pelo TCU dos atos de concessões de aposentadorias por invalidez, ocorridas após 19/02/2004, em que foram proferidos o Acórdão 194/2009 - Segunda Câmara (Processo 007.742/2007-8) e o Acórdão 571/2009 - Primeira Câmara (Processo 015.757/2008-3), *in verbis*:

Acórdão 194/2009

PESSOAL. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ COM PROVENTOS INTEGRAIS. CONCESSÃO POSTERIOR A 19/2/2004. INOBSERVÂNCIA DA FORMA DE CÁLCULO INSTITUÍDA PELO ART. 40, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, COM REDAÇÃO DADA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL 41/2003. ILEGALIDADE. NEGATIVA DE REGISTRO.

1. Com o advento da Emenda Constitucional 41/2003, a base de cálculo das aposentadorias, integrais ou proporcionais ao tempo de

⁶⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Administrativo. Consulta. Aposentadoria. Acórdão n.º 0278-08/07-P. Processo TC n.º 010.819/2006-9. Interessado: Ronaldo José Lopes Leal, Presidente do Tribunal Superior do Trabalho - TST. Relator: Ministro Marcos Bemquerer, Brasília, DF, 09.03.2007. Disponível em: < <http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/PesquisaFormulario>>. Acesso em: 25 ago. 2009.

contribuição, passou a ser a média das remunerações de contribuição do servidor, a teor do disposto no art. 40, § 3º, da Constituição Federal.

2. É ilegal a concessão de proventos integrais apurados sobre a remuneração do servidor em atividade, se não demonstrado o atendimento dos requisitos para exercício do direito até 19/2/2004, data de edição da Medida Provisória 167/2004, que regulamentou a forma de cálculo estabelecida no art. 40, § 3º, da Constituição Federal.⁶⁸

Acórdão 571/2009

PESSOAL. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ COM PROVENTOS PROPORCIONAIS. CONCESSÃO POSTERIOR A 19/02/2004. APLICAÇÃO DO LIMITE DE QUE TRATA O ART 40, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, COM REDAÇÃO DADA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 41/2003. LEGALIDADE. REGISTRO.

1. Com o advento da Emenda Constitucional n. 41/2003, a base de cálculo das aposentadorias, integrais ou proporcionais ao tempo de contribuição, passou a ser a média das remunerações de contribuição do servidor, a teor do disposto no art. 40, § 3º, da Constituição Federal.

2. O limite de benefício estabelecido pelo art. 40, § 2º, da Carta Magna, é o valor da última remuneração, não sujeito à aplicação do fator de proporcionalização.⁶⁹

Excepcionalmente é a situação quando a invalidez ocorreu antes do marco temporal estabelecido pelo TCU, em face da MP 167/2004, a exemplo do Acórdão n° 5687/2008 – Segunda Câmara (Processo n° 016.117/2007-1), em que a doença foi atestada por laudo médico em 14.3.2003, antes do advento da EC n° 41/2003, *in verbis*:

PESSOAL. PEDIDO DE REEXAME EM APOSENTADORIA. CONHECIMENTO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ, QUE NÃO OBSERVOU O CÁLCULO DAS MÉDIAS REMUNERATÓRIAS. COMPROVAÇÃO DE QUE O SERVIDOR JÁ POSSUÍA DOENÇA ESPECIFICADA EM LEI. DEMORA NA PUBLICAÇÃO DO ATO DE APOSENTADORIA EM RAZÃO DE PROBLEMAS ADMINISTRATIVOS. FALTA QUE NÃO PODE SER IMPUTADA AO SERVIDOR OU SUPRIMIR SEUS DIREITOS. PROVIMENTO. LEGALIDADE E REGISTRO DA CONCESSÃO.⁷⁰

⁶⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Administrativo. Aposentadoria. *Acórdão n.º 194/2009*. 2ª Câmara. Processo TC n.º 007.742/2007-8. Relator: Ministro Raimundo Carreiro, Brasília, DF. 2009. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/ListaDocumentos?qn=2&di=61&dpp=20&p=0>>. Acesso em: 22 ago. 2009.

⁶⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Administrativo. Aposentadoria. *Acórdão n.º 571/2009*. 1ª Câmara. Processo TC n.º 015.757/2008-3. Relator: Ministro Marcos Bemquerer Costa, Brasília, DF. 2009. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/ListaDocumentos?qn=2&di=61&dpp=20&p=0>>. Acesso em: 22 ago. 2009.

⁷⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Administrativo. Aposentadoria. *Acórdão n.º 5687/2008*. 2ª Câmara. Processo TC n.º 016.117/2007-1. Relator: Ministro Benjamin Zymler, Brasília, DF. 3.12.2008. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/ListaDocumentos?qn=2&di=61&dpp=20&p=0>>. Acesso em: 22 ago. 2009.

Contudo, esse entendimento que adota como regra o fato gerador para aquisição do direito à aposentadoria por invalidez, a data da expedição do laudo médico e como exceção, a data da invalidez, merece debates. Para enfrentar essa questão, primeiramente, cabe investigar qual a natureza jurídica do laudo médico, se seria ele um ato declaratório ou constitutivo.

Na definição de Hely Lopes Meirelles:

Ato constitutivo: é o que cria uma nova situação jurídica individual para seus destinatários, em relação à Administração. Suas modalidades são variadíssimas, abrangendo mesmo a maior parte das declarações de vontade do Poder Público.

(...)

Ato declaratório: é o que visa a preservar direitos, reconhecer situações preexistentes ou, mesmo, possibilitar seu exercício.⁷¹

Segundo entendimento defendido por Inácio Magalhães

Filho:

O laudo de junta médica oficial não se presta a criar ou modificar qualquer relação ou fato jurídicos. Não há um efeito modificador de situação anterior. Ao contrário, o documento médico declara ou comprova o fato de que o servidor é portador de moléstia que o incapacita do labor diário, seja ela especificada ou não em lei.

(...) Daí poder-se afirmar que o laudo médico tem natureza meramente declarativa. Disso advém que não necessariamente os efeitos devam decorrer a partir do laudo médico, porquanto sua eficácia é apenas declaratória. Ora, se assim de fato é, não há entraves visíveis a que o laudo médico aponte data anterior à sua emissão como sendo a de início da moléstia.⁷²

Considerando, então, que a natureza do laudo médico é sem dúvida declaratória, pois ele apenas atesta a moléstia e a incapacidade laborativa já existentes, conclui-se que o laudo não tem

Assim, se a invalidez já existia antes da MP n° 167/2004, que regulamentou a EC n° 41/2003, não há como negar o direito adquirido à aposentadoria com base na remuneração da atividade e paridade, mesmo que o laudo seja expedido em momento posterior.

Portanto, o laudo médico é apenas o instrumento formalizador para se declarar o direito à aposentadoria por invalidez. Ele não representa o direito em si, o que significa que a ordem encontra-se invertida, pois a regra é que o direito adquirido se faz presente com o advento da enfermidade que incapacita o servidor para o trabalho.

⁷¹ MEIRELLES, Hely Lopes, *op. cit.*, p. 172.

⁷² FILHO, Inácio Magalhães, *op. cit.*, p.47.

É a partir da invalidez que surge o fato gerador, podendo-se admitir, excepcionalmente, na impossibilidade de se diagnosticar quando se iniciou a doença, a data da emissão do laudo.

No entanto, Inácio Magalhães Filho observa que:

(...) o servidor que for aposentado em decorrência de laudo médico retroativo, deve estar gozando de licença para tratamento da saúde quando da data indicada no laudo como de início da moléstia. Afinal, se houve trabalho, não houve incapacidade laborativa. Lembre-se que a concessão de aposentadoria por invalidez requer a junção de dois requisitos básicos indissociáveis: a contração da enfermidade, atestada por laudo médico, e a decorrente incapacidade laborativa.⁷³

Com efeito, não há como justificar a incapacidade do servidor para o trabalho, em momento anterior à data da expedição do laudo médico, se permaneceu trabalhando, sem licença médica, durante esse interregno.

Nessa situação, ainda o mesmo autor defende que: *“a melhor exegese manda que seja observada a situação do servidor quando da emissão do laudo médico, uma vez que os períodos em que houve trabalho por parte do servidor não devem ser considerados como incapacidade laborativa”*.⁷⁴ Logo, se houve prestação de serviço, não há como considerar o direito adquirido à aposentadoria por invalidez antes da expedição do laudo médico.

5.3 Fato gerador: data da publicação da aposentadoria

Outro entendimento é no sentido de que inexistente direito adquirido a regime jurídico, logo o cálculo dos proventos tem por base a legislação em vigor na data da publicação do ato. Nesses termos, busca-se resposta para a seguinte indagação:

a) se não há direito adquirido a regime jurídico, então para os atos de aposentadoria publicados após 19/02/2004, data da MP nº 167/2004, que disciplinou a EC nº 41/2003, os proventos serão calculados sem integralidade e sem paridade?

O STF, ao tratar da contribuição previdenciária dos inativos e pensionistas, entendeu não haver direito adquirido a regime jurídico, em Ação Direta de Inconstitucionalidade - **ADI 3.105** e **ADI 3.128**, do Ministro Cezar Peluso:

Inconstitucionalidade. Ação direta. Seguridade social. Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição

⁷³ FILHO, Inácio Magalhães, *op. cit.*, p.50.

⁷⁴ FILHO, Inácio Magalhães, *op. cit.*, p.51.

à incidência de contribuição previdenciária, por força de Emenda Constitucional. Ofensa a outros direitos e garantias individuais. Não ocorrência. Contribuição social. Exigência patrimonial de natureza tributária. Inexistência de norma de imunidade tributária absoluta. Regra não retroativa. Instrumento de atuação do Estado na área da previdência social. Obediência aos princípios da solidariedade e do equilíbrio financeiro e atuarial, bem como aos objetivos constitucionais de universalidade, equidade na forma de participação no custeio e diversidade da base de financiamento. Ação julgada improcedente em relação ao art. 4º, *caput*, da EC n. 41/2003. Votos vencidos. Aplicação dos arts. 149, *caput*, 150, I e III, 194, 195, *caput*, II e § 6º, e 201, *caput*, da CF. Não é inconstitucional o art. 4º, *caput*, da Emenda Constitucional n. 41, de 19 de dezembro de 2003, que instituiu contribuição previdenciária sobre os proventos de aposentadoria e as pensões dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações.⁷⁵

Para o Supremo não há direito adquirido à manutenção de sistemática de cálculo de remuneração ou de proventos, a exemplo do RE nº 563964, Relatora Ministra Cármen Lúcia, *in verbis*:

Forma de Cálculo da Remuneração e Inexistência de Direito Adquirido a Regime Jurídico

Por não vislumbrar ofensa à garantia de irredutibilidade da remuneração ou de proventos, e na linha da jurisprudência do Supremo no sentido de não haver direito adquirido à manutenção à forma de cálculo da remuneração, o que importaria em direito adquirido a regime jurídico, o Tribunal, por maioria, negou provimento a recurso extraordinário interposto, por servidora pública aposentada, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte. Na espécie, com a edição da Lei Complementar Estadual 203/2001, o cálculo das gratificações da recorrente deixou de ser sobre a forma de percentual, incidente sobre o vencimento, para ser transformado em valores pecuniários, correspondentes ao valor da gratificação do mês anterior à publicação da lei. Considerou-se que a Lei Complementar 203/2001 teria preservado o montante percebido pela recorrente, tendo, inclusive, expressamente garantido que “os índices da revisão geral da remuneração dos servidores públicos serão obrigatoriamente aplicados aos adicionais e gratificações que passam a ser representados por valores pecuniários.”⁷⁶

Dessa forma, não há que se alegar ofensa a direito adquirido

⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 3105 e ADI 3128*. Ministro Cezar Peluso, Brasília, DF, 18.02.2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em:27 ago.2009.

⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inf. 535. *RE 563965/RN*, Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF, 11.2.2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em:24 ago.2009.

em face da nova forma de cálculo dos proventos estabelecida pela EC nº 41/2003, disciplinada a partir da MP nº 167/2004, que passou a ser pela média aritmética simples das maiores remunerações. A não ser nos casos ressaltados pela própria emenda, que no artigo 3º assegurou a concessão da aposentadoria pelos critérios da legislação anterior, desde que todos os requisitos tenham sido antes preenchidos. Nesse sentido, destaca-se como precedente a ADI nº 3104 citada anteriormente quando se tratou no Capítulo III do instituto do Direito Adquirido.

No TJDFDT há jurisprudência que segue o entendimento do STF de que não existe direito adquirido a regime jurídico, aplica-se, assim, às aposentadorias por invalidez, nos casos em que a publicação do ato ocorre após a regulamentação da EC nº 41/2003, o cálculo dos proventos pela média aritmética simples das maiores remunerações, mesmo quando o diagnóstico da doença se deu em momento anterior à referida emenda, *in verbis*:

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL - PROFESSORA DA SECRETARIA DE EDUCAÇÃO - APOSENTADORIA POR INVALIDEZ - RECÁLCULO DOS PROVENTOS - EMENDA CONSTITUCIONAL 41/2003 - LEI 10.887/04 - DIREITO ADQUIRIDO - INEXISTÊNCIA - SÚMULA 359 DO STF - SENTENÇA MANTIDA. De acordo com a orientação do Supremo Tribunal Federal, não há direito adquirido a regime ou remuneração. Os proventos da inatividade regulam-se pela lei vigente ao tempo em que o servidor reuniu os requisitos necessários (Súmula 359 do STF). Verificado que o ato de aposentadoria da servidora fora publicado após o advento da Emenda Constitucional 41/03, rejeita-se sua pretensão de manter os valores dos proventos no patamar do que vinha recebendo na atividade.⁷⁷

No entanto, esse posicionamento merece críticas, pois se a invalidez, com incapacidade laborativa, ocorreu antes da regulamentação da reforma previdenciária, o servidor adquiriu o direito a aposentadoria aplicando-se as regras anteriores ao cálculo dos proventos, mesmo que venha exercitar esse direito posteriormente, com a publicação do ato de aposentadoria depois da vigência da emenda constitucional.

A respeito do direito adquirido José Afonso da Silva esclarece que:

Para compreendermos um pouco melhor o que seja o *direito adquirido*, cumpre lembrar o que se disse acima sobre o *direito subjetivo*: é um direito exercitável segundo a vontade do titular e exigível na via jurisdicional quando seu exercício é obstado pelo sujeito obrigado à

⁷⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Apelação Cível. Processo : 2007.01.1.076.164-8, *Acórdão nº*: 367513. Relator: Sérgio Bittencourt. Brasília, DF, 08.07.2009. Disponível em: <http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?DOCNUM=1&PGATU=1&I=20&ID=61675,74591,31423&MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=jrhtm03&OPT=&ORIGEM=INTER>. Acesso em: 09 nov.2009.

prestação correspondente. Se tal direito é exercido, foi devidamente prestado, tornou-se situação jurídica consumada (direito consumado, direito satisfeito, extinguiu-se a relação jurídica que o fundamentava). (...) A lei nova não tem o poder de desfazer a situação jurídica consumada. (...)

Se o direito subjetivo não foi exercido, vindo a lei nova, transforma-se em *direito adquirido*, porque era direito exercitável e exigível à vontade de seu titular. Incorporou-se ao seu patrimônio, para ser exercido quando lhe convier. (...) Vale dizer – repetindo: o direito subjetivo vira direito adquirido quando lei nova vem alterar as bases normativas sob as quais foi constituído.⁷⁸

Paulo Modesto, ao tratar do assunto sobre direito adquirido e alteração abstrata do regime jurídico dos servidores públicos, destaca o entendimento da doutrina e da jurisprudência dos tribunais superiores em relação à inexistência de direito adquirido a regime jurídico. No entanto, observa que:

Essa orientação doutrinária e jurisprudencial, específica quanto ao tema da revisão do regime jurídico do servidor público, não impede a consolidação de vantagens ou a formação de direitos adquiridos frente a inovação legislativa na relação do servidor com o Estado.

Além das vantagens consumadas, isto é, aquelas que produziram no patrimônio individual todos os efeitos de que eram susceptíveis no tempo (...), é reconhecida a possibilidade de constituição de direitos adquiridos face à lei quando na situação jurídica individual o fato aquisitivo já tenha decorrido por inteiro sem que tenham se exaurido os seus efeitos(...).⁷⁹

Dessa forma, no caso concreto, se o servidor reuniu todos os requisitos para inativação, não há como negar o direito adquirido à aposentadoria de acordo com a legislação anterior, o que, no caso de invalidez, ocorre no momento em que se instala a doença, incapacitando-o para o trabalho.

Ressalte-se, ainda, que, em que pese a norma que trata dos efeitos da concessão de aposentadoria, em face de invalidez, prevista no artigo 188 da Lei nº 8.112/90 disponha que: “A aposentadoria voluntária ou por invalidez vigorará a partir da data da publicação do respectivo ato”⁸⁰, esse marco temporal refere-se aos efeitos financeiros para a concessão do referido benefício e não para fins de se estabelecer

⁷⁸ SILVA, José Afonso. *Comentário contextual à constituição*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 133-134.

⁷⁹ MODESTO, Paulo. *op. cit.* Acesso em: 08 nov. 2009.

⁸⁰ BRASIL. Lei nº 8112/90. *Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis Federais*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8112cons.htm>. Acesso em: 25 set.2009.

a data de aquisição do direito adquirido à aposentadoria por invalidez. Esta se dá quando o servidor é acometido da doença.

5.4 Fato gerador: data da invalidez

Nesse momento, aborda-se o entendimento de que o direito adquirido à aposentadoria por invalidez incide na data em que o servidor é acometido da doença que o incapacita para o trabalho. Para tanto, busca-se resolver a seguinte questão:

- a) considera-se direito adquirido à aposentadoria com integralidade e paridade, nos casos em que o servidor foi acometido de invalidez até 19/02/2004, data da publicação da MP nº 167/2004, que disciplinou a EC nº 41/2003?

A orientação normativa do Ministério da Previdência Social (ON MPS/SPS) e legislação sobre isenção do imposto de renda buscam esclarecer esse ponto.

A ON MPS/SPS nº 1/2007 prevê a possibilidade dos efeitos retroagirem à data da doença indicada no laudo médico, conforme § 2º do artigo 51: *“A aposentadoria por invalidez será concedida com base na legislação vigente na data em que laudo médico-pericial definir como início da incapacidade total e definitiva para o trabalho”*.⁸¹

Por sua vez, o Decreto nº 3.000/99, no que se refere à isenção do imposto de renda, também considera possível a retroação dos efeitos a contar da data informada pelo laudo médico em que ocorreu a doença, a teor do seu artigo 39, inciso XXXIII e § 5º, inciso III, *in verbis*:

Art. 39. (...)

XXXIII - os proventos de aposentadoria ou reforma, desde que motivadas por acidente em serviço e os percebidos pelos portadores de moléstia profissional, tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira, hanseníase, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, estados avançados de doença de Paget (osteíte deformante), contaminação por radiação, síndrome de imunodeficiência adquirida, e fibrose cística (mucoviscidose), com base em conclusão da medicina especializada, mesmo que a doença tenha sido contraída depois da aposentadoria ou reforma (Lei nº 7.713, de 1988, art. 6º, inciso XIV, Lei nº 8.541, de 1992, art. 47, e Lei nº 9.250, de 1995, art. 30, § 2º);

(...)

§ 5º As isenções a que se referem os incisos XXXI e XXXIII aplicam-se

⁸¹ BRASIL. ON MPS/SPS nº 1/2007. Disponível em: < <http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/56/MPS-SPS/2007/1.htm>>. Acesso em: 25 set. 2009.

aos rendimentos recebidos a partir:

(...)

III – da data em que a doença foi contraída, quando identificada no laudo pericial.⁸²

Quanto aos procedimentos operacionais, referentes aos benefícios concedidos pela Lei nº 8.112/90, a Portaria nº 1675, de 06.10.2006, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão orienta que:

As conclusões da avaliação da incapacidade, com base em exame pericial, deverão ser as mais rápidas possíveis, permitindo-se diagnósticos sindrômicos ou sintomáticos diante da incapacidade

A incapacidade permanente ou invalidez acarreta a aposentadoria, por tornar o servidor incapaz de prover a sua subsistência e/ou a realização das atividades da vida diária.⁸³

Todavia, na prática a expedição desses laudos médicos pode ser demorada, sendo possível que o servidor, quando da sua emissão, já esteja há muito tempo acometido da invalidez.

Não reconhecer o direito adquirido à aposentadoria por invalidez a partir da data da doença, desde que indicada no laudo médico, seria penalizar o servidor, que já preencheu os requisitos para inativação, pela morosidade no atendimento para atestar a sua invalidez.

No STJ a jurisprudência, para fins de isenção de imposto de renda, é no sentido de acolher como marco temporal para concessão do benefício a data da doença. A título de exemplo, destaca-se o Recurso Especial nº 780122/PB:

TRIBUTÁRIO. MOLÉSTIA GRAVE. ART. 6º, XIV, DA LEI 7.713/88. ISENÇÃO DO IMPOSTO DE RENDA. TERMO A QUO.

1. A jurisprudência do STJ tem decidido que o termo inicial da isenção do imposto de renda sobre proventos de aposentadoria prevista no art. 6º, XIV, da Lei 7.713/88 é a data de comprovação da doença mediante diagnóstico médico, e não a data de emissão do laudo oficial. Precedentes: REsp 812.799/SC, 1ª T., Min. José Delgado, DJ de 12.06.2006; REsp 677603/PB, 1ª T., Ministro Luiz Fux, DJ de 25.04.2005; REsp 675.484/SC, 2ª T., Min. João Otávio de Noronha, DJ de 01.02.2005)

2. Hipótese em que a paralisia começou a dar sinais de aparecimento

⁸² BRASIL. *Decreto nº 3.000*, de 26.3.1999. Publicado no D.O. de 17.6.99 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3000.htm>. Acesso em: 24.09.2009.

⁸³ BRASIL. *Portaria nº 1675*, de 06.10.2006, de 26.3.1999. Disponível em: <http://www.servidor.gov.br/seg_social/arq_down/port_1675_061006_manual_servicos_saude_servidores.pdf>. Acesso em: 24.09.2009.

em 1991 e o laudo médico oficial atesta como marco, para efeito de isenção do imposto de renda, o ano de 1995. Como o crédito tributário refere-se ao ano-base de 1994 e o próprio exame do INSS referido na sentença revela a anterioridade e progressividade da doença desde 1991, não é razoável adotar como marco da isenção a data em que reconhecida a invalidez pelo Ministério da Fazenda.

3. Recurso especial a que se nega provimento.⁸⁴

No TJDFT existe posicionamento no sentido de que se aplica às aposentadorias por invalidez a legislação em vigor à época da incapacidade. Nesses termos, destaca-se a seguinte jurisprudência, *in verbis*:

ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ PERMANENTE. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL. DATA DA INCAPACIDADE. ANTERIORIDADE. MANUTENÇÃO DA REGRA PRETÉRITA. PROCESSO ADMINISTRATIVO. NECESSIDADE DE AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO.

1. A constatação de que a doença que culminou na incapacidade total e definitiva, dando ensejo à aposentadoria, é anterior à edição da Lei nº 10.887/04, afasta a tese de necessidade de dilação probatória, pois, nos termos do art. 334, inc. I e IV do Código de Processo Civil não dependem de provas os fatos notórios e em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

2. Consoante entendimento jurisprudencial assente a aposentadoria rege-se pela lei vigente à época em que o beneficiário reuniu os requisitos para a inativação.

3. Não se aplica à hipótese a Lei nº. 10.887/04, pois indene de dúvidas que a impetrante apresentava o problema clínico que ensejou sua aposentadoria em período anterior à edição daquele diploma, que, na prática, implicou redução nos seus proventos de aposentadoria.

4. A revisão do ato de aposentadoria da servidora, com a consequente redução dos proventos, sem oportunizar o direito ao contraditório e à ampla defesa, ofende as garantias constitucionais do devido processo legal.

5. Recurso provido. Segurança concedida.⁸⁵

Com efeito, esse é o entendimento que se assenta com o instituto do direito adquirido, pois a invalidez que incapacita o servidor para o

⁸⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp 780122/PB*. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki, Brasília, DF, 29.03.2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=aposentadoria+e+invalidez+e+laudo+m%E9dico&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2>>. Acesso em: 27 ago.2009.

⁸⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Apelação Cível. Mandado de Segurança. Processo: 2007 01 1 084251-9. *Acórdão nº: 334928*. Relator: Mario-Zam Belmiro. Brasília, DF, 11.12.2008. Disponível em: <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg11?DOCNUM=5&PGATU=1&l=20&ID=61602,51296,18801&MGWLPN=SERVIDORI&NXTPGM=jrhtm03&OPT=&ORIGEM=INTER>>. Acesso em: 27 ago.2009.

trabalho é o fato gerador para aquisição do direito à aposentadoria por invalidez.

Ocorrida a doença antes da MP 167/2004 que regulamentou a EC nº 41/2003, mesmo que o laudo médico e o ato de aposentadoria sejam produzidos após a vigência da referida emenda, terá que ser respeitada a concessão do benefício com base na remuneração da atividade e com paridade.

Com a incidência da invalidez e a incapacidade laborativa, considera-se que o servidor incorporou definitivamente ao seu patrimônio o direito à inativação com base nas regras anteriores à reforma previdenciária.

Da própria leitura do que significa aposentadoria por invalidez, constata-se que o fato basilar para a concessão do benefício é a doença que incapacita o servidor para o trabalho. Para fins de ilustração, cita-se o seguinte conceito de José dos Santos Carvalho Filho, *in verbis*:

A aposentadoria por invalidez decorre da impossibilidade física ou psíquica do servidor, de caráter permanente, para exercer as funções de seu cargo. (...) O servidor, uma vez devidamente comprovada a incapacidade, e sendo esta permanente, passa a ter direito à inatividade remunerada (art. 40, I, CF).⁸⁶

Assim, considerando que a data de ingresso no serviço público constitui mera expectativa de direito, que a natureza jurídica do laudo médico é apenas declaratória de uma doença já existente, que a data da publicação do ato de aposentadoria se refere a efeitos financeiros, a partir da qual se inicia o pagamento dos proventos, tem-se que o fato gerador, para fins de aquisição do direito adquirido à aposentadoria por invalidez, ocorre na data da doença que incapacita o servidor para o trabalho.

5.5 Regime jurídico nas aposentadorias por invalidez

Primeiramente convém definir o que é regime jurídico: “é a lei com base na qual são definidos os direitos, deveres e demais parâmetros que devem regular o relacionamento entre o empregado e o empregador”⁸⁷.

No caso dos servidores públicos federais, o regime jurídico encontra-se disciplinado na Lei nº 8.112/90, sendo que, em se tratando

⁸⁶ FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 21. ed., rev. e atual.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.664.

⁸⁷ WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. *Regime Jurídico*. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Regime_jur%C3%ADdico>. Acesso em:10 nov.2009.

das aposentadorias por invalidez pelo RPPS, deve-se conformar o referido diploma legal com o contido no artigo 40 da Constituição Federal, redação dada pela EC nº 41/2003, disciplinada pela MP 167/2004, convertida na Lei nº 10.887/2004.

Conforme abordado, o fato gerador para concessão da aposentadoria por invalidez incide quando o servidor é acometido da moléstia que gera incapacidade para o labor.

Afasta-se como fato gerador dessa inativação a data de ingresso no serviço público, pois se inexistente a invalidez quando do regulamento da EC nº 41/2003, trata-se, então, de um possível direito futuro que poderá nem ocorrer, ou seja, é uma mera expectativa de direito.

A data da expedição do laudo médico também não constitui o fato gerador da aposentadoria por invalidez, tendo em vista a sua natureza jurídica que é declaratória, pois ele apenas atesta a doença e a incapacidade laborativa já existentes, não tem o efeito de criá-las.

Contudo, nada impede que, excepcionalmente, o laudo médico seja utilizado como parâmetro, na impossibilidade de se diagnosticar quando se iniciou a doença ou nos casos em que o servidor continuou trabalhando, sem licença médica, entre a data indicada como início da moléstia e a data da emissão do laudo.

Também não representa o fato gerador da aposentadoria por invalidez a data da publicação do ato de concessão, pois se refere ao início do pagamento desse benefício e não à aquisição do direito adquirido à inativação, que se encontra configurada no instante em que estão preenchidos todos os requisitos, no caso, a moléstia e a incapacidade.

Logo, se o servidor foi admitido no serviço público até 16/12/1998, data da publicação da EC nº 20/98 ou até 31/12/2003, data da publicação da EC nº 41/2003, e venha a ser acometido de invalidez após 19/02/2004, data da publicação da MP nº 167/2004, aplica-se o regime jurídico vigente estabelecido pela reforma previdenciária de 2003, com os proventos calculados com base na média aritmética simples das maiores remunerações, sem direito a paridade. Da mesma forma, se o laudo médico for expedido após 19/02/2004 e a doença e a incapacidade também sejam diagnosticadas após essa data.

Por outro lado, se o servidor foi acometido de invalidez até 19/02/2004, data da publicação da MP nº 167/2004, que disciplinou a EC nº 41/2003, aplica-se o regime jurídico da legislação anterior à reforma previdenciária de 2003, com proventos calculados com integralidade e

paridade, mesmo que a expedição do laudo médico e a publicação do ato sejam realizadas em momento posterior.

6. CONCLUSÃO

A aposentadoria é um direito de todo trabalhador, assegurado pela Constituição, em seu artigo 7º, inciso XXIV e, no caso dos servidores públicos civis, pertencentes ao Regime Próprio de Previdência Social, a concessão está amparada no artigo 40 da Carta Magna.

Também é direito do servidor à aposentadoria por invalidez, nos termos do inciso I, § 1º do artigo 40 da Constituição Federal, independente do tempo de contribuição, em razão do sistema de contribuição ser de repartição simples e em face dos fundamentos e dos princípios aplicáveis a essa modalidade de inativação, merecendo destaques os princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social e da universalidade.

Com efeito, o trabalhador que se tornar incapacitado para o desempenho de suas atividades laborativas não pode ficar desamparado, fazendo jus ao benefício previdenciário que lhe garanta, no mínimo, a sobrevivência. Portanto, merece proteção social, com intervenção do Estado e de toda a sociedade.

As aposentadorias por invalidez dos servidores públicos civis, na redação original da Constituição e da Emenda Constitucional nº 20/98, os proventos eram calculados com base na remuneração da atividade e com direito a todos os reajustes, vantagens e reenquadramentos concedidos aos servidores ativos.

Com o advento da reforma previdenciária do setor público, realizada pelo poder constituinte derivado, por meio da Emenda Constitucional nº 41/2003, disciplinada pela Medida Provisória nº 167/2004, convertida na Lei nº 10.887/2004, o cálculo do benefício passou a ser com base na média aritmética simples das maiores remunerações, sem direito a paridade.

A partir de então, surge a necessidade de que seja estabelecido um marco a ser considerado para se conceder aposentadoria por invalidez, com a integralidade dos proventos e a paridade, em face da EC nº 41/2003.

Então, o problema que se apresenta é definir o regime jurídico e o fato gerador das aposentadorias por invalidez, a fim de assegurar o direito adquirido com base nos critérios estabelecidos na legislação anterior à reforma previdenciária.

O entendimento sobre a fixação desse marco não é uniforme, pois há quem defenda que seja a contar da data do ingresso no serviço público, da data expedição do laudo médico, da data da publicação do ato de inativação e outros a contar da data em que se deu a invalidez.

A questão mostra-se relevante, dada a natureza do benefício, e tem sido objeto de Proposta de Emenda Constitucional no Congresso Nacional e de controvérsia no âmbito do Poder Judiciário e dos Tribunais de Contas.

Buscando solucionar o problema, foram testadas e respondidas as seguintes questões:

a) considera-se direito adquirido à aposentadoria com integralidade e paridade, nos casos em que o servidor foi admitido no serviço público até 31/12/2003, data da publicação da referida emenda, mesmo que venha a ser acometido de invalidez em momento posterior?

b) considera-se direito adquirido à aposentadoria com integralidade e paridade, nos casos em que o servidor foi admitido no serviço público até 16/12/1998, data da publicação da Emenda Constitucional nº 20/98, mesmo que venha a ser acometido de invalidez em momento posterior?

c) considera-se direito adquirido à aposentadoria com integralidade e paridade, nos casos em que foi expedido o laudo médico até 19/02/2004, data da publicação da MP nº 167/2004, que disciplinou a EC nº 41/2003?

d) se não há direito adquirido a regime jurídico, então para os atos de aposentadoria publicados após 19/02/2004, data da MP nº 167/2004, que disciplinou a EC nº 41/2003, os proventos serão calculados sem integralidade e sem paridade?

e) considera-se direito adquirido à aposentadoria com integralidade e paridade, nos casos em que o servidor foi acometido de invalidez até 19/02/2004, data da publicação da MP nº 167/2004, que disciplinou a EC nº 41/2003?

Como resposta às questões apresentadas para solução do problema, confirma-se que, a partir da MP nº 167/2004, que regulamentou a EC nº 41/2003, os proventos são calculados com base na média aritmética simples das maiores remunerações e sem paridade, ressalvadas as concessões amparadas pelo direito adquirido.

Considera-se direito adquirido o momento em que o servidor foi acometido pela invalidez que o incapacitou para o trabalho.

A data de ingresso no serviço público, 16/12/98 ou 31/12/2003, trata-se de mera expectativa de direito, pois se o servidor não reuniu os requisitos para a concessão da invalidez antes das mudanças introduzidas pelo poder constituinte reformador, quais sejam, a doença e a incapacidade, não há como invocar o instituto do direito adquirido para concessão do benefício com integralidade e paridade.

Entretanto, outra Emenda Constitucional pode alterar o que foi estabelecido pela EC nº 41/2003, estando em tramitação no Congresso Nacional a PEC nº 270/2008 que dispõe que os benefícios da integralidade e da paridade abrangem apenas os servidores que ingressaram no serviço público até 16/12/98, enquanto a PEC nº 345/2009 não estabelece limite temporal de ingresso no serviço público para usufruir dos referidos benefícios.

Portanto, os cálculos dos proventos são realizados na forma da sistemática anterior, para aqueles em que a invalidez ocorreu antes da vigência da aludida medida provisória, mesmo que a publicação do ato de aposentadoria ou laudo médico seja expedido em data posterior. Do contrário, estar-se-ia desrespeitando o postulado do direito adquirido e o princípio da segurança jurídica.

A natureza jurídica do laudo médico é meramente declaratória e não constitutiva. A junta médica apenas reconhece a incapacidade já existente, apenas atesta o direito à aposentadoria por invalidez. Se a doença já existia, antes da MP 167/2004, que regulamentou a EC nº 41/2003, há que se assegurar o direito à inativação com integralidade e paridade.

O laudo médico é o instrumento formalizador para se conceder a aposentadoria por invalidez, pelo qual se diagnostica a doença e a incapacidade para o trabalho, porém o marco temporal para se reconhecer o direito adquirido ao benefício é o momento em que se instalou a enfermidade no servidor.

Ademais, não seria razoável e nem proporcional que o servidor ficasse a mercê de ter seu direito adquirido vinculado à data da expedição do laudo médico ou à data da publicação da aposentadoria por invalidez, arcando, assim, com o ônus da morosidade na prática desses atos que nem sempre são tempestivos.

A data da publicação do ato de aposentadoria serve como marco para pagamento dos proventos, mas não para fins de se definir o direito adquirido ao benefício, que ocorreu quando o servidor foi acometido da doença que o incapacitou para o trabalho.

Todavia, no caso em que não for possível identificar quando se deu a invalidez, pode-se adotar a data da expedição do laudo médico como marco para concessão do benefício; bem como na situação em que o servidor permaneceu trabalhando, sem licença médica, durante o interregno da data da doença e da emissão do laudo, pois se exerceu atividades, neste intervalo, não houve incapacidade para o trabalho.

Assim, conclui-se que o direito aos proventos da aposentadoria por invalidez com integralidade e paridade ocorre no momento em que se instalou a doença, incapacitando o servidor para o trabalho, o que deverá ser indicado no laudo médico. Se houver impossibilidade da junta médica atestar quando se deu essa incapacidade ou no caso em que o servidor exerceu atividades laborativas, sem licença médica, até a emissão do laudo, então, considera-se, alternativamente, os seus efeitos a partir da data da expedição do laudo médico.

**CRUELDADE OFICIAL: 1) PAGAMENTO DE CONTRATO
NÃO SE SUSPENDE POR FALTA DE DOCUMENTOS
DA HABILITAÇÃO; 2) PENA DE SUSPENSÃO NÃO SE
ESTENDE A TODA A ADMINISTRAÇÃO POR MERA
INSERÇÃO EM *SITE* DO GOVERNO - SEGUNDA E
ÚLTIMA PARTE**

Ivan Barbosa Rigolin

I – Já denunciáramos na primeira parte deste artigo o crescente e excessivo rigor com que vêm sendo tratados os contratados da Administração pública, por questões relativas à execução. Se no passado a Administração se revelou leniente ou por demais tolerante em tais questões de gestão do contato, parece que a tendência agora se inverteu, e de excessivamente branda passou, ou está passando, a muito dura e rígida com seus colaboradores contratados.

Se assim é, então *errou antes e erra agora*, na medida em que a razão está no meio, na ponderação, na equanimidade, no justo sopesamento da pena quando é devida. Nem ao céu nem ao inferno pode voltar-se a Administração, mas precisa ater-se sempre à serena linha média do razoável e do sensato. Ou, de outro modo, incorrerá no mesmo desvio de finalidade pelo qual apenas seu contratado, o que ninguém deseja.

II – As penas administrativas na Lei nº 8.666/93, fora a de *multa*, são um prodígio de redação aleijada, manquitola, tosca, primitiva, rústica, perdida em seu quixotismo tão inábil quão grosseiro. Um bacharel medianamente ilustrado em direito penal não cometeria os mesmos desatinos técnicos.

Explica-se, e em direito penal isto é simplíssimo: cada tipo penal deve corresponder a uma conduta antijurídica do agente, clara e perfeitamente descrita na lei. Não existe em direito penal a previsão de uma pena sem que antes a lei diga a que conduta do agente ela corresponde, ou seja que comportamento ela se predispõe a punir.

Não pode a lei penal enumerar a esmo uma série de penas e deixar ao tirocínio da autoridade – nem sempre muito elevado, e por vezes virtualmente *rasteiro* – aplicar a pena que quiser, na dose desejada conforme o seu humor do dia, e os ditames do seu fígado no momento.

Se, lamentavelmente, mesmo juízes com inquietante frequência exageram no rigor punitivo – e depois têm a sentença modificada na instância subsequente -, que então dizer de servidores administrativos por completo despreparados para a função de julgar seus semelhantes, e de dosar segundo seu gosto da hora penalidades que são apenas enumeradas na lei – ocasionalmente com o mesmo critério de quem distribui orégano em uma pizza?

Não foi por outra razão que no artigo *Lei nº 8.666/93. Apontamentos para alteração*, elaborado a pedido de uma associação municipalista de grande respeitabilidade, recomendamos acrescentar ao art. 87 da Lei nº 8.666/93 a previsão “se e nas condições estabelecidas no edital”, porque com efeito o direito penal não pode conter tipos penais em branco, ou seja aqueles que não prescrevam que pena se aplica a que conduta.

Não pode a lei criar tipos penais e deixar que autoridade escolha que penalidade merece cada contratado a cada caso, em cada momento. Isto contraria todas as regras do direito penal, e arruína o princípio da segurança jurídica que deve acompanhar o cidadão do dia em que nasce até o dia em que morre num estado democrático de direito e institucionalizado.

E dissemos também naquele trabalho que aqueles dispositivos, arts. 86 a 88, têm gerado as mais monstruosas injustiças contra contratados na sua aplicação prática a cada dia que passa, e por isso precisa o art. 87 da lei de licitações exigir que ou o edital estabeleça quando e como serão aplicadas as sanções, ou de vez as elimine por inteiro – o que parece impensável -, já que para a lei se revela pior permitir punir mal, torta e erradamente, do que não punir.

III – Insistamos nesse ponto.

Não pode o contratado ser punido, no Município *a*, com suspensão de dois meses porque atrasou uma semana a entrega do material; no Município *b*, em outro contrato igual ao primeiro, sofrer apenas uma advertência pelo mesmo motivo, e no Município *c*, num terceiro contrato de objeto semelhante, ser apenado com dois anos de suspensão pelo mesmo exato motivo.

Qual a pena merecida? A partir de que prazo passa a ser exagerada? Ou seria caso de mera advertência?

Estas perguntas a lei deve responder antes de que sejam formuladas. Sim, porque a lei deve obrigar ao contrato, ou ao edital da licitação se for o caso, estabelecer a correlação conduta-pena, ou seja

a que conduta corresponde tal pena, ou, pelo caminho inverso, que a pena de suspensão por trinta dias deve corresponder à conduta *x* ou *y* do contratado, e que a pena de declaração de inidoneidade será aplicada em caso de o contratado praticar a conduta que o edital ou o contrato descreva.

Em verdade isso nos parece ser tarefa difícil para um edital ou para um contrato, e antes de o obrigar a própria lei é que já poderia prescrever a que condutas – genericamente falando – corresponde cada pena que elenca.

O que não se tolera, de um modo ou de outro, é que a lei simplesmente *informe* quais são as penas existentes, e, fora no caso da multa, deixe absolutamente livre a autoridade administrativa para escolher se, como e quanto de advertência, de suspensão e de declaração de inidoneidade deva aplicar a seu contratado.

Observe-se que o juiz de direito não tem toda essa liberdade !

Aplica a pena se, como e na dose da lei, pela conduta do agente que se enquadrar rigorosamente no tipo penal – ou de outro modo não existe pena alguma para aquele agente. A *tipicidade*, que significa esta adequação apertadíssima da conduta do agente à exata descrição da infração, é o segundo mais importante princípio do direito penal, sendo o primeiro, por evidente o da legalidade, pelo qual inexistente pena sem prévia cominação legal.

Então, será que um agente administrativo pode mais que um juiz de direito, que em sua jurisdição precisa ater-se à delimitação estrita e rigorosa da lei no dosar a pena aplicável a um seu contratado? Um agente administrativo por acaso estará inteiramente livre para *escolher* e para *dosar* a pena que pretenda aplicar ao contratado da Administração, enquanto um juiz de direito está *amarrado* ao detalhe, à minúcia e ao rigorismo formal absoluto da lei penal?

IV - Examine-se o Código Penal: para cada conduta descrita como crime o texto codificado prescreve uma pena específica, adequada, proporcional, porém apenas *uma*, rigidamente descrita; e quanto ao limite máximo e mínimo também é rígida a sua prefixação, sendo que em muitos casos pela reiterada prática e jurisprudência passou a existir quase um “direito adquirido” à pena mínima, como no caso dos homicídios. Não pode o juiz escolher se aplica esta ou aquela pena a não ser que a lei fixe penas alternativas, e sempre que o faz indica com rigidez os limites temporais ou de valor de cada qual delas.

O Código de Trânsito Brasileiro – e o antigo Código Nacional

de Trânsito também – indicam: para a infração tal, pena de multa de tantos reais, cumulada com pena de tantos pontos na carteira de habilitação, e ponto final. A pena somente pode ser essa (dupla), mas apenas e exclusivamente essa, para a conduta determinada do agente. O serviço de trânsito não escolhe se aplica multa maior ou menor, ou se atribui tantos pontos na CNH do agente como bem deseje.

A própria Lei nº 8.666/93, nos arts. 89 a 98, contém um minicódigo penal que estabelece para a conduta x a pena y , e apenas essa, sem escolha aberta para a autoridade judiciária, que não escolhe se adverte, suspende ou declara inidôneo o agente. E por que cargas d'água faz diferente, essa mesma lei de licitações, na seção das penas administrativas, arts. 86 a 88, em que permite à autoridade eleger contra o contratado a pena que bem lhe venha à veneta, conforme o seu estado de espírito do momento ?

A lei dos crimes de responsabilidade fiscal – Lei nº 10.028, de 19 de outubro de 2.000, a qual altera diversas leis penais brasileiras, igualmente prescreve que para a conduta descrita a cada artigo cabe uma única e exclusiva pena, já predeterminada portanto, e não coloca ao alvedrio da autoridade judiciária uma pletora indiscriminada de penalidades para que este último escolha a que na ocasião mais lhe agrade.

Os estatutos locais de servidores - ou de funcionários – públicos procedem de mesmo modo, indicando condutas proibidas aos servidores que abrange, e para cada conduta, ou para cada grupo de condutas, indica que pena é aplicável em caso de incidência. Não permitem essas leis locais que a autoridade eleja uma pena que lhe pareça *simpática* na ocasião de processar algum subordinado, porém exigem os estatutos, se o servidor praticou a falta descrita na lei como merecedora da pena correspondente, que apenas *essa pena* lhe seja aplicada, após processo regular com ampla defesa. Assim é a Lei nº 8.112/90, e assim essa serve e tem servido de exemplo a todos os demais estatutos locais de servidores.

Não se lê de estatuto algum de servidores uma patológica aberração como seria a de informar que as penas à disposição da autoridade contra o servidor faltoso são advertência, suspensão ou demissão, *à livre escolha da autoridade*, porque isso poderia implicar até mesmo na demissão de um inimigo do chefe que se atrasou por meia hora a uma reunião, e em uma advertência a um seu amigo que furtou máquinas e equipamentos da repartição.

As penalidades administrativas na lei de licitações constituem um de seus piores momentos – e eis aí uma disputa duríssima de vencer: qual o pior momento da Lei nº 8.666, de 1.993.

V – Toda esta vasta introdução ao segundo tema do título não foi gratuita nem casual, mas visou apenas apontar a dimensão das antijurídicas, injustas, desarrazoadas e desproporcionais conseqüências da sistemática legal de aplicação das penalidades administrativas segundo o modelo da Lei nº 8.666. Esse péssimo momento da lei de licitações, aliás, não se deveu ao seu autor mas ao do antecessor Decreto-lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1.986, cujo art. 73 já continha as mesmas heresias jurídicas, apenas copiadas como foram pelos autores da lei atual – outra péssima idéia, pois que copiar uma idéia péssima constitui sempre outra péssima idéia.

O que na prática se violenta o direito dos contratados pela só aplicação irrefletida da tresloucada Seção II do Capítulo IV da lei de licitações, relativo às sanções administrativas, é assustador. Ocorre que a sua prática reiterada por mais de duas décadas - considere-se o D-1 2.300 e não a lei atual como marco inicial -, tal qual ocorre com a violência urbana, com os assassinatos, com os assaltos, com os atropelamentos e com as mortes diárias, *banalizou a violência*.

Nos dias que passam pode ocorrer de alguém do serviço público assustar-se com esta observação acima, e de tão habituado à violência oficial contra os contratados da Administração dar-se tratos à bola até atinar com os motivos de nosso inconformismo. Quando a violência se vulgariza, com todo efeito, os homens, amiúde sem perceber, se transmutam em desprezíveis máquinas de aplicar regras, que jamais questionam, contra seus semelhantes, e não raro lhes infligem cargas de castigo que aqueles não fizeram por merecer.

Não se defende aqui o mau contratado, o fornecedor indisfarçavelmente desonesto, o espertalhão profissional, o golpista de plantão sempre prestes a aplicar seu novo conto do vigário ou sua triste história de fazer chorar, em absoluto.

Esses todos existem e em grande profusão no mercado de obras e de serviços, como no comércio de bens, porém por tudo que é sagrado *nem todos são assim*, e a Administração precisa atentar para isso de forma a *suum quique tribuere*, ou seja dar a cada um o que é seu. Se em dado pródromo da história os inocentes pagam pelos pecadores esse rincão *não pode ser a Administração pública*, porque ela, antes que ninguém, tem obrigação de dar exemplo de conduta ponderada,

equânime e justa a todos os cidadãos que tutela.

Se não o fizer, de quem poderá exigir justiça ?

VI – Tentemos, uma vez mais, ingressar no tema principal.

O que nos moveu a discorrer sobre os freqüentes excessos punitivos pela Administração contra os seus contratados foi a constatação, no dia-a-dia da profissão, sobre quão uma lei mal concebida pode ensejar aqueles abusos, por conferir poderes desparametrados às autoridades contratantes, que as faz julgar-se mais poderosas contra seus semelhantes do que ninguém, e por certo do que a própria lei lhes permite.

Os sistemas de informática, interligados entre si nas repartições do mesmo Poder, e com freqüência espalhados por empresas paraestatais do mesmo nível governamental, ao mesmo tempo em que servem inestimavelmente *bem* por socializar de pronto todas as informações relevantes para o poder público, de outro lado também servem *mal* à coletividade na medida em que são impessoalmente programados para disseminar penalidades impostas a determinados contratados por determinadas entidades, fazendo-as cair na rede que os *contamina*, sem perdão nem ressalva, no maior âmbito possível dentro daquele mesmo nível de governo. *Aí reside a injustiça*, e toda a antijuridicidade imaginável.

A pena de suspensão do direito de contratar com a Administração por exemplo, é abusivamente estendida pela simples inserção em sistemas de *internet*, para muito além da entidade que as aplicou contra contratados, e estes de um para outro momento passam a ser considerados faltantes não apenas na entidade pública que os contratou mas em toda e qualquer entidade do mesmo nível governamental.

Caso típico é o que ocorre no âmbito do Estado de São Paulo, em cujos *temíveis* sistemas de disseminação eletrônica de dados alguém pode se ver enredado, dentro de todo o Estado, em punições que sofreu em uma singular entidade, como uma suspensão, sendo que não é esse o destino que a lei de licitações reserva aos contratados que sofrem suspensão, na forma do disposto no art. 87, inc. III, que reza: “Art. 87 (...). III – suspensão do direito de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;”

E a mesma lei de licitações, no art. 6º, inc. XII, define Administração como sendo o “*órgão, entidade ou entidade administrativa pela qual a Administração pública atua e opera concretamente*”.

Trata-se de uma definição mais ou menos bisonha pois que dá a

impressão de que o poder público atua apenas por um órgão, enquanto os demais não se sabe a que afazer ficam entregues; mas serve este conceito para *evidenciar* que a pena de suspensão se aplica apenas no “órgão, entidade” em que foi aplicada, e não em todo o conjunto de órgãos que compõem a *Administração pública* no sentido do inc. XI do mesmo art. 6º da lei de licitações, que a define como sendo o conjunto das entidades da

administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público, e das fundações por ele instituídas ou mantidas.

VII – Ora, esta questão que parece tão clara ao aplicador – eis que a lei de licitações fez questão de contrastar a definição de *Administração pública* com a de *Administração*, informando que a primeira é um conjunto total de entes e órgãos, enquanto que a segunda é apenas a *entidade isolada* que, para o que aqui interessa focar, aplicou a pena -, entretanto ensejou alguma discussão na doutrina.

Sidney Bittencourt, especialista absoluto em tema de licitações e dono de fino raciocínio nessa matéria, que já expressou em inúmeros livros e estudos que publicou, citando outros expoentes do direito público como Carlos Ari Sunfeld, Marcos Juruena Villela Souto, Márcio dos Santos Barros e Flavio Amaral Garcia, denunciou aquela vacilação conceitual, do seguinte modo:

Em linha de raciocínio idêntica a nossa, Carlos Ari Sunfeld argumenta que a tendência inicial do intérprete é a de entender erroneamente, raciocinando por padrões de lógica comum, pelo caráter genérico dessas sanções: “De fato, sendo a idoneidade um dado subjetivo, ela persegue o sujeito onde estiver --- donde em termos puramente racionais, a impossibilidade de alguém ser idôneo para fins federais e não sê-lo para fins estaduais. Mas o problema é o total silêncio da lei quando à abrangência dessas sanções, e a circunstância de o gênero das normas envolvidas impor a interpretação restritiva”. Com alicerce no fundamento, conclui o publicista que, em função do conteúdo da Lei nº. 8.666/93, não há como sustentar que a declaração de inidoneidade aplicada por um ente federativo repercute nas licitações e contratações de outro.

Defendendo a tese de que a pena de declaração de inidoneidade deve se restringir à Administração que a aplicou, pautando-se no princípio federativo inculcado nos arts. 1º a 18 da Constituição Federal (que asseguram a autonomia às entidades federadas), Marcos Juruena sustenta que só dessa maneira pode ser entendido o crime previsto na Lei de Licitações de contratar com a pessoa declarada inidônea perante a Administração, uma vez que as normas de rejeição social. Como as penas, não podem ter interpretação ampliada.

Do mesmo modo trazendo à baila a posição de Márcio dos Santos Barros, cuja dicção é a de que a declaração de inidoneidade constitui ato de competência exclusiva, na área federal, de Ministro de Estado, produzindo efeitos e todos os órgãos da Administração pública, mas somente na esfera de governo que a determine, em face do princípio federativo e da impossibilidade prática de sua adoção generalizada, Flávio Amaral Garcia defende que este seria o entendimento adequado: “(...) eis que não poderia um ente ser obrigado, sob pena de se vulnerar a sua autonomia federativa, a impedir que participasse da licitação uma empresa punida em outra esfera. Ademais, a extensão indiscriminada dos seus efeitos pode provocar até mesmo a ruína de uma empresa que for alcançada pela alcançada pela sanção o que demonstra que tal interpretação torna tais penalidades excessivamente drásticas, podendo colocar em risco a própria ideia de preservação da empresa e conseqüentemente dos empregos por ela gerados”¹. (Destques nossos)

Importa considerar esta conclusão em destaque, perfeitamente sóbria e lúcida, segundo a qual não pode a Administração estender para além da estrita fronteira da lei o efeito de penalidade que aplique a um seu contratado, pena de se vulnerarem de morte todos os princípios mais comezinhos e sagrados do direito penal, e de se instaurar a absoluta insegurança jurídica na esfera particular, e justamente por quem deveria defender o estado de direito e a mais rigorosa sobriedade na apenação de colaboradores do poder público, a própria Administração pública.

Ampliar os efeitos legais de uma penalidade é ferir sem volta a regra mais sagrada do direito penal, segundo a qual as normas que prejudicam, que restringem direitos, que impõem penalidade, que cerceiam liberdades, essas somente podem se aplicadas na sua estritíssima literalidade, sem a mínima liberdade ou flexibilidade para o ente estatal apenador, ou de outro modo não se estará dentro do estado democrático de direito, nem do *due process of law*, nem da própria *legalidade* constitucional, pura e simplesmente considerada.

Com todo efeito, todos em direito sabem, e há séculos, que estender ou ampliar o efeito de regra penal é violar a tipicidade e a essência mesma do direito penal, de um modo que foi muito caro a Hitler, sim, mas que francamente não combina com um estado que orgulhosamente se afirma *democrático de direito*, que segue uma Constituição e que se regem por suas instituições hauridas do direito e não da força.

VIII – Não se vê sentido, assim sendo, em que um contratado da

¹ In *Licitação passo a passo*, 6ª ed. Forum, MG, 2.010, pp. 565/6.

Administração, que em razão de um contrato sofra pena de suspensão pelo ente que o contratou – pena essa merecida ou não, devida ou não, e que judicialmente será mantida ou não -, tenha os efeitos dessa pena estendidos por toda a Administração do mesmo ente governamental por força de sua inserção no sistema eletrônico de informação que atende todo o nível de governo respectivo.

O problema acima é típico do Estado de São Paulo, no qual os contratados apenas dos com suspensão se vêem, repita-se, de um para outro momento manietados de se movimentar dentro daquele âmbito, proibidos de licitar e de contratar em face de uma suspensão que deveria estar inteiramente restrita ao ente que a aplicou, e enquanto dure a pena.

Franca e definitivamente, não é com excesso de rigor, com moralidade exacerbada e abusiva, com zelo desmedido, com violação de direitos e de garantias individuais precisamente delimitados e descritos na lei, que o Estado ensinar a seus administrados a agir com legitimidade. O exemplo de legalidade deve vir e sempre vem de cima, e nada justifica ao poder público avançar por sobre plexos de direitos particulares que a lei protege e ampara.

Todo excesso é no mínimo culposos, e para todo o sempre valerá a lapidar síntese latina segundo a qual *summum jus, summa injuria*, certo também que o remédio em excesso somente pode, na instância final, trucidar o doente ao invés de restabelecê-lo para a vida.

Do poder público se espera dureza com quem a merece, e todo rigor, sim, porém *crueldade* – apenas porque o sistema eletrônico a facilita enormemente -, isso não.

LEI DAS LICITAÇÕES É NOVAMENTE ALTERADA - A MP Nº 495, DE 19/7/10

Ivan Barbosa Rigolin

I – Não constitui surpresa a ninguém que a lei nacional das licitações e dos contratos administrativos, a Lei nº 8.666, de 1.993, seja mais uma vez alterada. Já o foi incessantemente desde 1.993, e desta vez a mudança se deu pela via nefanda e nauseabunda da medida provisória, instrumento dos mais abjetos de que algum legislador, em qualquer lugar do mundo, possa dispor. Além de ser abusivamente editada por tudo e por nada, em nosso país com frequência máxima a MP descumpre os requisitos constitucionais de sua validade, sejam relevância e urgência, cf. art. 62 da Carta de 1.988.

Sim, porque a imensa maioria das MPs brasileiras veiculou e veicula matérias que podem ser tudo na existência *menos urgentes*, e vezes sem conta de uma irrelevância tal que reduz ao amadorismo, nessa exata questão, as mais destacadas personalidades do *jet set* internacional.

Tão relevante costuma ser a matéria das MPs editadas no Brasil que se não fossem expedidos aqueles diplomas possivelmente ninguém jamais se lembraria dos respectivos assuntos. E a urgência dos temas focados segue na mesma toada: resolvam-se as matérias preferencialmente dentro do século em que se publicam as MPs – se nada mais importante houver a tratar pelo legislador. Se porém dentro do mesmo século for impossível, valeu a intenção.

Esta MP nº 495/10 é materialmente *tenebrosa*, na sua maior parte, e ao final melhora. Vejamos.

II – Imagina-se amiúde que a Lei nº 8.666/93 dificilmente conseguiria piorar, fosse qual fosse a alteração. E, na nossa ingenuidade de apenas três décadas de exercício diuturno da profissão, como nos enganamos a todo tempo! Não é que o legislador brasileiro consegue piorar aquele texto uma vez após outra, seguida e continuamente, sem fim à vista?

A última cena, deste interminável festival de horror institucional e de abantesmas jurídicos e operacionais de todo gênero que é a Lei nº 8.666/93, foi a Medida Provisória nº 495, de 19 de julho de 2.010. Medida provisória: que instituição definitivamente intragável! Cada nova MP o confirma.

Comentemos brevemente o novel *imbroglio* sobre uma lei que já deveria ter sido substituída por algo muito melhor há mais de dez anos, e que quanto mais permanece como está mais enseja o retrocesso do direito administrativo, e em particular do tema das licitações.

A Lei nº 8.666/93, em resumo, teve alterados seus art. 3º, *caput*; inc. I do § 1º e § 2º, e acrescidos os §§ 5º a 12 (¹). O art. 6º mereceu mais definições, nos novos incs. XVII a XIX. O art. 24 ganhou mais um inciso, o XXXI, e o art. 57 também obteve mais um, o inc. V.

III – No art. 3º, *caput*, a MP acresceu ao texto de que *a licitação se destina a seleção da proposta mais vantajosa para a administração*, regra tradicional, correta e sintética, a previsão de que também se destina a “promoção do s desenvolvimento nacional”.

Licitação que se destina a promover o desenvolvimento nacional. Alguma visa diferente? Alguma licitação visa atrasar o desenvolvimento local, regional ou nacional? A idéia é péssima, porque em seu nome é de se imaginar quantas *atrocidades* jurídicas serão propiciadas em nome desse demagógico, deslocadíssimo e inteiramente fora de propósito patriotismo, verdadeira *patriotada*, em detrimento da proposta efetivamente mais vantajosa par o momento da administração local que licita.

Tomara que as autoridades mantenham a cabeça no lugar e não dêem asas à criatividade de eleger alguma proposta, acaso em desacordo com o respectivo critério de julgamento revisto no edital, que no momento lhes pareça mais favorável ao desenvolvimento nacional – seja lá isso o que for ou onde quer que se situe no âmbito tão específico e restrito de um procedimento licitatório.

Esta lei de licitações contempla quatro critérios de julgamento, dos quais o do menor preço é praticamente a regra geral, e quase todas as licitações no Brasil são por menor preço. Muito bem, então como se poderia conciliar a meta de perseguição ao *desenvolvimento nacional*

¹ E neste passo o legislador - que agora fez aumentar dos 14 (catorze) iniciais para 31 (trinta e um) os incisos do art. 24, sobre dispensa de licitação - demonstra tanta convicção do que quer para a lei quanto o constituinte federal, que aumentou os 4 (quatro) parágrafos originários do art. 40 para os atuais 21 (vinte e um), quer para a Constituição. Sim, sendo que esse art. 40 inteiro, imenso e morbidamente obeso, *não mais contém sequer uma vírgula* do texto originário de 1.988. Mas com esta MP nº 495/10 não resta apenas a Constituição Federal como o grande periódico jurídico nacional, já que também a lei de licitações vem confirmando essa natureza.

Diante de um quadro semelhante teme-se que se o legislador nacional num repente de iluminação descobrir como afinal deve ser o ordenamento jurídico, nesse mesmo momento sofra uma parada cardíaca fulminante, ou um súbito acidente vascular cerebral que o aniquile. Talvez por isso ele se previna de modo tão eficaz.

numa licitação de menor preço ? Acaso poderia uma proposta que não fosse a de menor preço, também por acaso julgada pela comissão julgadora mais apta a propiciar o desenvolvimento nacional do que a de menor preço, ser declarada vencedora nesse certame ? É evidente que não, e desse modo resta a pergunta: onde entra em cena, num caso assim, o desenvolvimento nacional ? Que papel representa?

E, nas licitações de melhor técnica ou de técnica e preço, idêntica é a pergunta. Acaso o edital poderá estabelecer pontuação nos quesitos técnicos em face do melhor desenvolvimento nacional em jogo? Talvez, mas somente com muita elasticidade de pensamento e de concepção alguém poderia chegar a uma conclusão assim *que fosse diferente da concepção original do critério de julgamento* – porque toda licitação de melhor técnica ou de técnica e preço tem por objetivo primordial obter obras ou serviços que direta ou indiretamente ensejem o desenvolvimento nacional.

Patriotas todos devemos ser; deslumbrados com demagogias amadorísticas, primárias e puramente triunfalistas como esta, que apenas poluem um texto tão tradicional e escorreito, nunca. Prestaria um grande serviço o Congresso Nacional se rejeitasse a gratuita inserção.

IV – O inc. I, do § 1º, deste art. 3º da Lei nº 8.666/93, pela nova MP manteve todo o texto anterior e teve acrescido “ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991”.

São os seguintes os referidos novos §§ 5º a 12 deste art. 3º:

§ 5º Nos processos de licitação previstos no **caput**, poderá ser estabelecida margem de preferência para produtos manufaturados e serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras.

§ 6º A margem de preferência por produto, serviço, grupo de produtos ou grupo de serviços, a que refere o § 5º, será definida pelo Poder Executivo Federal, limitada a até vinte e cinco por cento acima do preço dos produtos manufaturados e serviços estrangeiros.

§ 7º A margem de preferência de que trata o § 6º será estabelecida com base em estudos que levem em consideração:

I - geração de emprego e renda;

II - efeito na arrecadação de tributos federais, estaduais e municipais; e

III - desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País.

§ 8º Respeitado o limite estabelecido no § 6º, poderá ser estabelecida margem de preferência adicional para os produtos manufaturados e para os serviços nacionais resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País.

§ 9º As disposições contidas nos §§ 5º, 6º e 8º deste artigo não se aplicam quando não houver produção suficiente de bens manufaturados ou capacidade de prestação dos serviços no País.

§ 10 A margem de preferência a que se refere o § 6º será estendida aos bens e serviços originários dos Estados Partes do Mercado Comum do Sul - Mercosul, após a ratificação do Protocolo de Contratações Públicas do Mercosul, celebrado em 20 de julho de 2006, e poderá ser estendida, total ou parcialmente, aos bens e serviços originários de outros países, com os quais o Brasil venha assinar acordos sobre compras governamentais.

§ 11 Os editais de licitação para a contratação de bens, serviços e obras poderão exigir que o contratado promova, em favor da administração pública ou daqueles por ela indicados, medidas de compensação comercial, industrial, tecnológica ou acesso a condições vantajosas de financiamento, cumulativamente ou não, na forma estabelecida pelo Poder Executivo Federal.

§ 12 Nas contratações destinadas à implantação, manutenção e ao aperfeiçoamento dos sistemas de tecnologia de informação e comunicação, considerados estratégicos em ato do Poder Executivo Federal, a licitação poderá ser restrita a bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País e produzidos de acordo com o processo produtivo básico de que trata a Lei nº 10.176, de 11 de janeiro de 2001.

V - Os §§ 5º a 7º se dirigem claramente a licitações internacionais. Permitem – apenas facultam, e graças a um momento de lucidez do autor *não obrigam*, como o estatuto das micro e pequenas empresas obrigam a protegê-las - que o edital estabeleça preferência em favor de produtos ou serviços nacionais ante os estrangeiros, desde que atendam a normas técnicas brasileiras.

A margem de preferência engloba até 25% do preço, ou seja, pode o edital fixar que produtos manufaturados nacionais, ou serviços prestados no Brasil por empresas brasileiras, ambos que atendam a normas nacionais, podem ser vencedores dos certames mesmo se até 25% mais caros que produtos ou serviços estrangeiros.

Está criada uma possível – permitida, não obrigatória - exceção à regra do menor preço como baliza fundamental ao julgamento das propostas nas licitações, ao menos as internacionais.

O curioso, até aqui, é que o art. 45, § 1º, inc. I, manteve a mesma redação, e estabelece que o menor preço classificado será o vencedor, sem exceção alguma. Assim, se o edital quiser prestigiar a proteção ao produto e ao serviço nacional na forma desta MP precisará combinar artigos da Lei nº 8.666/93, estabelecendo a margem percentual de proteção, dentro da qual as ofertas nacionais batem as estrangeiras.

A matéria precisará, a teor do § 6º, ser regulamentada por decreto do Executivo, que observará o percentual máximo de 25% de proteção, e por se tratar de alteração da lei nacional das licitações veicula normas gerais de licitação, dispõe para a União, o Distrito Federal, os Estados e os Municípios, e suas entidades da administração indireta. Não em eficácia desde já portanto, contida como está até a edição do regulamento.

O § 7º serve apenas para o Executivo orientar-se quanto aos temas dos estudos que encetar para elaborar aquele regulamento, e não faz falta alguma ao direito porque jamais a realidade seria diferente, e para dizer o óbvio ninguém precisa de lei alguma.

VI – O § 8º, outro requinte de inutilidade absoluta, fixa que “poderá ser estabelecida margem de preferência adicional para os produtos manufaturados e para os serviços nacionais resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País.” Ora, se precisa ser observado o limite de 25%, então esta proteção seria adicional a quê ?

A alguma outra proteção, dentro do edital, menor que 25% ? Não poderia o edital englobar diretamente as proteções que pretende dar às ofertas nacionais, sem desdobrá-la em duas ? Para que serve um malabarismo deste, altamente poluidor da lei que só em si já deveria ser metade menor ?

O § 9º informa que não se aplicam as regras dos §§ 5º, 6º e 8º quando não houver produção suficiente de bens manufaturados ou capacidade de prestação dos serviços no País. Nesse caso a lei proíbe que o edital beneficie ofertas nacionais se a autoridade licitadora sabe que inexistem, nacionais, os produtos ou os serviços licitados em quantidade suficiente no mercado. Exige que isso seja sabido de antemão, portanto, e se a autoridade demonstrar que sabe da insuficiência no mercado nacional, abstenha-se de proteger o produto nacional.

A quem tiver a má idéia de tentar proteger o que o ex-Presidente da República Fernando Collor de Mello denominava as *carroças nacionais* – referindo-se aos automóveis brasileiros que então se produziam no país -, então que não demonstre saber que os produtos ou os serviços desejados, produzidos ou prestados no Brasil, escasseiam ou inexistem em nosso mercado.

A lei de licitações, por pior que seja, não merecia inutilidade semelhante, e se encompridar improveitosamente ao invés de dar lugar a outra lei muito melhor que desde 1.997 se anuncia - mas que jamais

sai da intenção. Se a autoridade executiva brasileira vive abarrotada de atribuições e deveres a cumprir, o mesmo não parece ocorrer a nosso legislador, a quem parece sobrar tempo.

VII – O § 10, sem ser o último da lista, remata o rol de desocupação que o legislador – pode-se de fato chamar assim ao autor de medidas provisórias ? – desfila ao longo deste ato, e se refere a uma preferência que pode ser dada a bens e serviços originários do Mercosul, que por sua vez é algo que não se sabe se ainda existe ou se não passou de intenção das autoridades federais no passado. Não merece um segundo de atenção, nem comentário algum, pela sua despiciência essencial. Talvez quando a lei de licitações for revogada não tenha sido exercitado uma só vez.

O § 11 da penosa lista estabelece uma regra que já poderia ser fixada nos editais mesmo que jamais existisse a regra que contempla: os editais poderão exigir medidas de compensação comercial, industrial ou tecnológica pelo contratado – supostamente aquele beneficiado pelas novas regras – em favor da Administração. Pergunta-se: desde quando o edital esteve proibido de fazê-lo, com esta nova regra, sem esta nova regra ou apesar desta nova regra ? Jamais, e pode fazer isso a qualquer tempo legitimamente, sem embaraço de qualquer natureza.

O § 12, que ao menos oferece a vantagem de ser o último da lista, pela sua matéria não é tão despidendo quanto os anteriores, e apesar de se referir a um tal “projeto produtivo básico” (Lei nº 10.176/01) que no frígir dos ovos não significa coisa alguma a respeito de nada senão a uma canhestra patriotada do passado que mais ou menos entrou no lugar da proteção aos bens nacionais de informática (Lei nº 6.666, art. 45, § 4º), estabelece que “nas contratações destinadas à implantação, manutenção e ao aperfeiçoamento dos sistemas de tecnologia de informação e comunicação, considerados estratégicos em ato do Poder Executivo Federal, a licitação poderá ser restrita a bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País e produzidos de acordo com o processo produtivo básico”.

Em se tratando de tecnologia de informação, assunto absolutamente técnico, mais compreensível se torna tanto malabarismo a permitir – repita-se: não a obrigar, mas apenas a facultar - proteções antes inadmissíveis a ofertas nacionais ante propostas estrangeiras. Depende a implementação desta regra a regulamento do Executivo que indique quais bens e serviços são considerados estratégicos – algo como um computador que a USP adquiriu da IBM décadas atrás, numa

operação que exigiu autorização do Congresso americano -, sem o que a eficácia do dispositivo está contida.

Nesse caso,então, está proibida a licitação internacional, restringindo-se o universo dos licitantes a quem ofereça os bens ou preste os serviços de acordo com regras e normas nacionais – na hipótese de não se imaginar que estrangeiros o queiram fazer; mas se o quiserem, e disso souber a Administração brasileira, então poderá realizar até mesmo licitação internacional, dotada daquela restrição que se imponha a estrangeiros.

VIII - O § 2º do art. 3º da lei de licitações foi reorganizado para extirpar o seu antigo inc. I, que mencionava *empresas brasileiras de capital nacional*. Com a revogação do art. 171 da Constituição pela EC nº 6, de 15/8/95, a qual cunhara essa expressão, a mesma expressão ficou sem fundamento constitucional de validade, de modo a esvaziar de conteúdo o inc. I, do § 2º, do art. 3º da lei de licitações.

Agora esta MP nº 495 colocou em pratos limpos essa questão – e quanto a esse ponto mesmo na condição de medida provisória tem mérito positivo, confirmando a fala de que *nada é completamente mau*.

IX – O art. 6º da lei de licitações mereceu pela MP nº 495/10 três novas definições, consignadas nos novos incs. XVII a XIX, respectivamente *produtos manufaturados nacionais; serviços nacionais e sistemas de tecnologia de informação e comunicação estratégicos*.

A primeira definição (inc. XVII) atrapalha mais que ajuda. Informa que “produtos manufaturados nacionais são produtos manufaturados, produzidos no território nacional de acordo com o processo produtivo básico ou regras de origem estabelecidas pelo Poder Executivo Federal. Ora, que produtos manufaturados nacionais são produtos manufaturados produzidos no Brasil é óbvio primário e até redundante, e até aí a definição é bisonha. O que atrapalha é a inserção do PPB, e também “regras de origem estabelecidas pelo Executivo federal” no contexto, porque isso dá idéia de que se não for assim os produtos manufaturados nacionais poderão *não ser* o que consta da definição.

Trata-se de uma dessas explicações do que todas as pessoas já sabiam, sendo que após a sua prolação as pessoas passam a ter dúvida sobre o que antes parecia óbvio. Entendemos que vale apenas o início da definição, ou seja que produto manufaturado nacional é aquele produzido no Brasil, e ponto final.

A segunda (inc. XVIII) é um caso ainda mais teratológico. Poderia serviço nacional ser outra coisa senão serviço prestado no Brasil ? Seja nas condições do Executivo federal, seja em quaisquer condições outras, será sempre aquilo.

A terceira definição (inc. XIX) informa que *sistemas de tecnologia de informação e comunicação estratégicos* são bens e serviços de tecnologia da informação e comunicação cuja descontinuidade provoque dano significativo à administração pública e que envolvam pelo menos um dos seguintes requisitos relacionados às informações críticas: disponibilidade, confiabilidade, segurança e confidencialidade.

Aqui a definição, que veio para efeito do novo § 12 do art. 3º, é perfeitamente razoável, eis que adentra pelo domínio da tecnologia e de sua delimitação para efeito legal, sendo que essa delimitação poderia legitimamente comportar significados diferentes, de modo que o inciso não repete a bisonhice dos anteriores. Não deixa de conter subjetividades, como as previsões de *confiabilidade, segurança e confidencialidade*, cada uma das quais pode ter significação diversa a cada momento e a cada diversa circunstância, porém mesmo assim um senso médio sempre norteará a aplicação dos conceitos a cada ocasião necessária, de modo que a definição com efeito auxilia a aplicação da lei.

X – O art. 24 da Lei nº 8.666/93 ganhou outro inciso, rebento caçula de uma família que jamais cessa de crescer, e que na origem da lei contava apenas 14 (catorze) contra os atuais 31 (trinta e um). Ninguém, francamente, devota ódio semelhante a licitação que o governo.

Já dissemos, e vimos repetindo a todo tempo em cursos, simpósios, palestras, aulas e seminários, que o governo apenas não revoga o inc. XXI do art. 37 da Constituição – que obriga a licitar – porque ainda não encontrou modo politicamente justificável para tanto. Enquanto isso faz crescer as hipóteses de dispensa de licitação, até mesmo *fora da lei de licitações* (²) – ou seja: faz o que pode contra o inimigo.

Reza o novo inc. XXXI do art. 24 que (é dispensável a licitação) *nas contratações visando ao cumprimento do disposto nos arts. 3º, 4º, 5º e 20 da Lei nº-10.973, de 2 de dezembro de 2004, observados os princípios gerais de contratação dela constantes.*

Essa referida Lei nº 10.973/04 dispõe sobre *incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo*, e seus arts. 3º a 5º, dentre outras previsões, estabelecem regras para que os entes públicos

² V. Lei nº 11.483, de 31 de maio de 2.007, art. 10, § 4º, que institui nova dispensa de licitação para a venda de certos imóveis públicos.

estimulem a constituição de alianças estratégicas e o desenvolvimento de projetos de cooperação, além fixar que as ICT poderão compartilhar seus laboratórios e participar outras medidas nesse sentido, e ainda autoriza União a participar minoritariamente do capital de SPEs com objeto científico e tecnológico.

O seu art. 20 – e isso é o que efetivamente importa considerar – fixa em seu *caput* que “Os órgãos e entidades da administração pública, em matéria de interesse público, poderão contratar empresa, consórcio de empresas e entidades nacionais de direito privado sem fins lucrativos voltadas para atividades de pesquisa, de reconhecida capacitação tecnológica no setor, visando à realização de atividades de pesquisa e desenvolvimento, que envolvam risco tecnológico, para solução de problema técnico específico ou obtenção de produto ou processo inovador.”

Assim, a contratação das empresas ou dos consórcios a que se refere este artigo da Lei nº 10.973/04 pode dar-se, a partir de agora, *sem licitação*, dispensável que se tornou, devendo-se observar o procedimento estabelecido no art. 26 da lei de licitações.

Até que esta nova dispensabilidade tardou a aparecer na lei de licitações, eis que não se esperava outra política governamental para este caso ante o advento, já em 2.004, desta importante Lei nº 10.973, que versa tema fundamental nos dias que correm – instituições de tecnologia – e que por isso mesmo não constitui apenas mais uma lei dentre as tantas que existem no ordenamento, algumas das quais, se revogadas hoje, amanhã não será lembrado sequer que existiram.

Não se conta esta dispensabilidade, pensamos, entre as futilidades do art. 24 da lei de licitações, pois e o seu tema nada tem de fútil ou se desimportante, muito ao inverso. Abre-se com esta nova medida, entretanto, um flanco para despesas *extraordinariamente vastas*, o que demandará equivalente atenção e cuidado tanto pelos entes executivos que as contratam quanto pelos de fiscalização, interna e externa, após a contratação. As justificativas da necessidade dos contratos de um lado, e o enquadramento dos casos concretos às hipóteses admissivas da lei de outro lado, terão grande relevância dentro da Administração.

XI - Por fim quanto à MP em comento, o art. 57 da lei de licitações, sobre a duração dos contratos, ganhou o seguinte novo inc. V: *hipóteses previstas nos incisos IX, XIX, XXVIII e XXXI do art. 24, cujos contratos poderão ter vigência por até cento e vinte meses, caso haja interesse da administração.*

Isso significa que não se enquadram nos apertados limites do *caput* (duração apenas até o final do exercício em curso) do art. 57 os contratos diretos com objetos (inc. IX) capazes de comprometer a segurança nacional (art. 24, inc. IX), ou para compra de materiais para as forças armadas (inc. XIX), ou de fornecimentos de bens e serviços nacionais de alta complexidade tecnológica e defesa nacional (inc. XXVIII), ou ainda relativos às acima referidas contratações para atender os arts. 3º a 5º e principalmente 20, todos da Lei nº 10.973/04.

Esta alteração da lei é muito mais importante do a que à primeira mirada parece, pois que inaugura uma prazo absolutamente inédito para contratos regidos pela lei de licitações, de 120 meses ou 10 anos, sendo que o mais dilatado (expresso e predeterminado) ⁽³⁾ prazo anterior era de 6 anos (sessenta meses mais doze meses), resultante da combinação do inc. II com o § 4º, todos do art. 57 da lei, relativo a serviços continuados que a Administração contrate.

A partir desta MP nº 495/10 – que supostamente se converterá em lei – o prazo máximo, não obrigatoriamente esse porém *até esse*, aumentou em muito para os contratos referidos no novo inc. V do art. 57. É a mais recente alteração do importante art. 57 da Lei nº 8.666/93, que desde o advento do seu antecedente Decreto-lei nº 2.300/86 já teve quatro redações diferentes, sendo esta portanto a quinta.

São apenas quatro hipóteses específicas, sendo entretanto que a quarta delas (inc. XXXI da lei de licitações) por sua vez se subdivide em outras quatro, o que faz multiplicar as novas possibilidades de a Administração emprestar duração de até 10 anos para os contratos que firmar, se estritamente dentro destas hipóteses acima referidas.

É inegável a utilidade para o poder público destas inéditas aberturas temporais – o que não parece justificar no entanto a edição de medida provisória para tanto, já que um projeto de lei poderia dar conta deste recado de modo não transtornador da ordem legislativa. Poderá a Administração trabalhar com significativamente mais folga e com isso planejar-se e estruturar-se melhor quanto à execução dos

³ Sim, porque pode ocorrer que contratos cujo prazo seja regido pelo inc. I do art. 57 durem até mais que dez anos, na hipótese de serem prorrogados por mais tempo que isso, na medida em que o seu objeto corresponda a alguma meta que seja sucessivamente prorrogada no plano plurianual da respectiva pessoa de direito público interno. Notícia-se que alguns contratos regidos pelo anterior Decreto-lei nº 2.300/86 – que tinha dispositivo semelhante ao atual inc. I do art. 57 da Lei nº 8.666/93 – duraram mais que uma década, além mesmo do fim da própria lei de regência, de 1.993. Nesses casos o prazo não está predeterminado senão o inicial, e não existe prazo máximo pré-sabido.

objetos, sem importar se o serviço contratado é ou não continuado.

XII - Em conclusão, não se pode afirmar que a nova MP é inteiramente *calamitosa* do plano técnico, porque se começa muito mal, se contém inutilidades e amplas poluições como se viu, entretanto termina de modo muito razoável e, decerto, até necessário, como na questão dos novos prazos e das dispensabilidades para certos contratos tecnológicos e estratégicos.

O que francamente, e outra vez ainda, não desce pela nossa ortodoxa garganta é a veiculação das novas estatuições pela via da medida provisória, ato legislativo que deveria ser excepcional mas cuja vulgarização e inquestionável banalização tiveram novo ensejo, ao que parece sem necessidade alguma.

O episódio antes que qualquer outro fato nos recorda, isto sim, quão urgente é a mudança não de um isolado tópico ou outro da lei, porém *de toda ela*, toda a lei rigorosamente inteira, com as inovações que são clamadas a cada dia pelos seus aplicadores, seus fiscais, os fornecedores que ela propicia à Administração, os estudiosos e os técnicos que com ela se envolvem, todos a integrar a grei interminável das suas *vítimas*.

Não tarde esse dia, é tudo que alguém de propósito honesto anseia, e esta MP constitui, antes de tudo, apenas outro pretexto para reiterá-lo.



PARECER



BASE DE CÁLCULO DE APOSENTADORIAS PROPORCIONAIS, CONCEDIDAS COM APOIO NAS REGRAS DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 41/2003

Inácio Magalhães Filho
Procurador do Ministério Público junto ao TCDF

Estudos especiais acerca da base de cálculo de aposentadorias proporcionais, concedidas com apoio nas regras da Emenda Constitucional nº 41/2003. Parecer de vista. Contradição entre lei distrital e lei nacional. Aplicação do limite imposto pelo § 2º do artigo 40 da Constituição Federal apenas para percepção do provento da aposentadoria e não como método de cálculo dos proventos proporcionais.

PARECER DE VISTA

Consistem os autos em estudos especiais acerca da base de cálculo de aposentadorias proporcionais, concedidas com fulcro nas regras estatuídas pela Emenda Constitucional nº 41/03.

2. A questão básica que conduz o presente estudo diz respeito à aplicação do limite imposto pelo § 2º do artigo 40 da Constituição Federal, reproduzido pela Lei nº 10.887/04, em contraposição às disposições constantes da Lei Complementar nº 769/08 do Distrito Federal.

3. Em parecer de fls. 24/25-v, a Procuradora Cláudia Fernanda de Oliveira Pereira abraçou a tese defendida pela Inspeção (instrução de fls. 16/21), contudo, esclareceu que a solução apresentada distanciou-se daquela preconizada pelo TCU. Dessa forma, porquanto este Procurador já tivera a oportunidade de enfrentar o tema em outro processo, pediu-se vista dos presentes autos (Decisão nº 6032/2009 – fl. 35), com o objetivo primordial de melhor auxiliar o egrégio Plenário na consecução do feito.

4. Ao enfrentar o tema, o douto Auditor, José Roberto de Paiva Martins, assim expôs sua argumentação:

5. Cuidam os autos de estudos especiais levados a efeito pela 4ª ICE,

em atenção à solicitação contida no Ofício nº 149/2009-PG (fls. 1), acompanhado dos documentos de fls. 2/9, por meio do qual a Drª. Cláudia Fernanda de Oliveira Pereira postulou a análise dos efeitos da aplicação da EC nº 41/2003 no Distrito Federal, no concernente à base de cálculo para as aposentadorias, com proventos proporcionais, tendo em conta a deliberação do Tribunal de Contas Município do Rio de Janeiro – TCM/RJ, exarada no Processo nº 40/003.024/2007, acerca da matéria.

6. O TCM/RJ decidiu que a base de cálculo para as aposentadorias proporcionais concedidas com fulcro nas regras trazidas pela EC nº 41/2003 será a média das remunerações, ainda que esta venha a ser superior ao valor da última remuneração, *“que, entretanto, deverá ser observada como patamar máximo caso o cálculo final dos proventos venha a superá-la”*.

7. A Instrução conclui seu estudo acerca da matéria, nos termos seguintes:

9. O artigo 48 da Lei Complementar nº 769/2008 descreve, exatamente, o procedimento a ser utilizado no cálculo do valor inicial dos proventos proporcionais. Conforme se observa da leitura do § 1º desse artigo, no caso de aposentadoria com proventos proporcionais, o limite de remuneração do cargo efetivo deverá ser observado previamente à aplicação da fração de proporcionalidade. Portanto, no âmbito distrital, a base de cálculo dos proventos proporcionais não pode ser superior à remuneração do cargo efetivo em que se deu a aposentadoria, não se aplicando, assim, a interpretação dada pelo e. TCMRJ no Processo nº 40/003.024/2007.

10. Pelo disposto na referida norma, no âmbito distrital, os proventos de aposentadoria devem tomar por base a média aritmética ou o valor absoluto da última remuneração, o que for menor.

8. Finalizando, o Corpo Técnico sugere ao Tribunal:

I. deliberar no sentido de que, no âmbito distrital, nas aposentadorias com proventos proporcionais concedidas com fundamento no art. 40, § 2º, da CRFB, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 41/2003, combinado com o artigo 1º da Lei n. 10.887/2004, a proporcionalidade dos proventos de inatividade deverá ter como base de cálculo o menor valor entre a média das remunerações e a última remuneração da atividade, em conformidade com o disposto no § 1º do art. 48 da Lei Complementar nº 769/2008; e

II. dar ciência da Decisão que vier a ser adotada neste feito ao Douro MPC e aos órgãos jurisdicionados.

9. O Ministério Público acolhe as proposições da Instrução, nos termos seguintes:

3. Os autos vieram ao MPC/DF, que, sem maiores delongas, aquiesce às conclusões do Corpo Técnico. Isto porque, de fato, o DF pode legislar a respeito, já que, neste campo, a competência da União refere-se apenas a normas gerais. A esse respeito, o

MPC/DF teceu considerações no parecer no.1108/2009 (processo nº 9975/2009), em anexo.

4. Nada obstante, por amor ao debate, verifica-se que a solução preconizada distancia-se das decisões proferidas pelo TCU e TCM/RJ e, de certa forma, acabam por negar o caráter contributivo determinado pela CF e referendado pela Lei Federal 10887/04. Uma pergunta pode ser feita: se o cálculo partir da última remuneração, como falar-se em princípio contributivo?

5. Nesse caso, a legislação local não se coadunaria com a Constituição Federal, porque contrariaria princípio fundamental da Reforma da Previdência, não podendo, portanto, ser aceita sua aplicação neste ponto, posição da qual diverge, todavia, esta representante do Parquet.

10. Em princípio, a questão já se encontra disciplinada pela Lei Complementar nº 769/2008, *in verbis*:

Art. 48. Para o cálculo do valor inicial dos proventos proporcionais ao tempo de contribuição, será utilizada fração cujo numerador será o total desse tempo e o denominador, o tempo necessário à respectiva aposentadoria voluntária com proventos integrais, conforme o art. 20, III, não se aplicando a redução no tempo de idade e contribuição de que trata o art. 22, relativa ao professor.

§ 1º A fração de que trata o caput será aplicada sobre o valor inicial do provento calculado pela média das contribuições conforme art. 46, observando-se previamente a aplicação do limite de remuneração do cargo efetivo de que trata § 9º do mesmo artigo.

11. No entanto, a complexidade da matéria (aposentadorias e pensões no âmbito do Regime de Previdência Social próprios dos Servidores Públicos – RPPS) está longe de ser equacionada no seu todo. Tanto que não há consenso no tocante à r. Decisão nº 5.859/08-CMV sobre a qual os nobres Conselheiros Jorge Caetano e Ronaldo Costa Couto vem se manifestando contrariamente ao que nela se estabeleceu. No mesmo sentido o ilustre Procurador Demostenes Tres Albuquerque tem demonstrado com base em escólios do TCE e dos Tribunais Superiores que a matéria precisa ser repensada. Isso sem nos esquecermos de que a PEC nº 270-A/2008 “*que acrescenta o parágrafo 9º ao art. 40 da Constituição Federal de 1988*” (garante ao servidor que aposentar-se por invalidez permanente o direito dos proventos integrais com paridade) caminha célere para sua aprovação.

12. Demais disso, tramita no Tribunal o Processo nº 15.347/09 (Relator Conselheiro Renato Rainha) no qual se busca dar entendimento uniforme ao conceito de “efetivo exercício no serviço público” constante do art. 40 da Constituição Federal, do art. 6º da Emenda Constitucional nº 41/03 e do art. 3º da Emenda Constitucional nº 47/05, em face da Decisão nº 7.211/08 deste Tribunal.

13. Com estes esclarecimentos, entendo que este caso específico ainda não está suficientemente pacificado para se transformar em procedimento normativo.

Penso que os presentes estudos, aliás, muito bem conduzidos pela instrução, devem ser dados a conhecer por todos os membros do Plenário, representantes do Ministério Público e dos Srs. Integrantes da Comissão de Inspectores de Controle Externo para exame em conjunto com matérias correlatas já em tramitação (v.g. Processo nº 15.347/09) de sorte que se possa, em prazo razoável, elaborar um Manual de Serviço que contemple todas as hipóteses e variantes relacionadas à concessão de aposentadorias e pensões à luz da (conturbada) orientação constitucional vigente.

5. Em que pese a louvável preocupação do ilustre relator em elaborar um Manual de Serviço, acredita o Ministério Público que o caso em questão pode ter deslinde mais célere. Explica-se.

6. Esse *Parquet*, como já salientado alhures, já teve oportunidade de debruçar-se sobre essa matéria (Proc. 33724/06), ocasião em que apresentou as seguintes ponderações:

4. Deve-se ter em mente que o limitador imposto pelo § 2º do artigo 40 da CF refere-se à fixação do provento inicial da aposentadoria e não ao cálculo da “média” apurada para a fixação de tal provento. Daí poder-se concluir que a “média” não sofre influência de qualquer limite restritivo, podendo inclusive ser maior que a própria remuneração do servidor. Entretanto, na fixação do provento, o valor não poderá ser superior à última remuneração percebida pelo inativo. Ocorre, em verdade, que o limitador constitucional deve ser verificado no momento da aposentadoria e não como uma metodologia de cálculo, como, inclusive, já afirmou o TCU (Processo nº 005.279/2004-7).

5. A propósito, cumpre trazer à colação excertos do acórdão 571/2009 (mais recente do que o acostado aos autos pelo relator) daquela Corte de Contas, no qual se espraia o entendimento aqui externado:

(...)

6. Todavia, a partir da prolação do Acórdão nº 2.212/2008 – TCU – Plenário, a orientação desta Corte passou a ser no sentido de que apenas a média das remunerações, calculada na forma da Lei nº 10.887/2004, está sujeita à proporcionalização, e de que o limite máximo do benefício corresponderá ao valor integral da última remuneração, uma vez que o art. 40, § 2º, da Constituição Federal contempla expressamente esse parâmetro, sem distinguir entre as hipóteses de aposentadoria com proventos integrais ou proporcionais. É o que se extrai do Voto proferido pelo Relator, Ministro Benjamin Zymler, que ora transcrevo parcialmente:

(...)

O § 2º do art. 40 da Constituição Federal instituiu um limite para a percepção de proventos da inatividade, a ser verificado no momento da aposentadoria, e não uma metodologia de cálculo desses proventos. A estipulação desse limite decorre do princípio da solidariedade, insculpido no caput do art. 40. Desse princípio também resulta a instituição da contribuição previdenciária de

inativos e pensionistas.

O princípio da solidariedade mitiga, mas não afasta, o caráter contributivo do RPPS, que opera tanto em favor como em desfavor do servidor.

A imposição de restrições que afastam o caráter contributivo - como a limitação do valor de proventos - somente pode decorrer de comando constitucional. Por conseguinte, a norma contida no § 2º do art. 40 não deve ser interpretada de forma extensiva, sob pena de infirmar o princípio da contributividade.

Não é lícito, portanto, que Orientação Normativa do Ministério da Previdência, altere a forma de cálculo estabelecida em lei para ampliar a limitação do texto constitucional.

Proponho, pois, seja dado provimento ao recurso da servidora. E, considerando que o limite determinado pela Constituição Federal para o cálculo dos proventos deve ser verificado no momento da inativação, os efeitos da deliberação a ser proferida devem retroagir àquela data, mormente porque não ocorreu a prescrição de nenhuma parcela.

7. Por conseguinte, no subitem 9.2 da referida deliberação, determinou-se à Secretaria-Geral de Administração deste Tribunal “que, na aplicação do § 2º do art. 40 da Constituição Federal, observe o limite ali estabelecido, a saber, o valor da remuneração do cargo efetivo em que se der a inativação, independentemente de ser a aposentadoria deferida com proventos integrais ou proporcionais ao tempo de contribuição”.

7. Afora as razões acima expostas, cumpre alinhar outras. A Lei federal nº 10.887/04 regulamentou as mudanças nos cálculos de proventos de aposentadorias proporcionais, advindas com a entrada em vigor da EC nº 41/03. Nesta lei, também não se percebe a intenção do legislador em impor limite no cálculo dos proventos, mas, sim, na fixação do provento, o qual não poderá ser superior à última remuneração. Veja-se:

Art. 1º No cálculo dos proventos de aposentadoria dos servidores titulares de cargo efetivo de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, previsto no § 3º do art. 40 da Constituição Federal e no art. 2º da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, será considerada a média aritmética simples das maiores remunerações, utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência a que esteve vinculado, correspondentes a 80% (oitenta por cento) de todo o período contributivo desde a competência julho de 1994 ou desde a do início da contribuição, se posterior àquela competência.
(...)

§ 5º Os proventos, calculados de acordo com o caput deste artigo, por ocasião de sua concessão, não poderão ser inferiores ao valor do salário-mínimo nem exceder a remuneração do respectivo servidor no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria.

8. São, de fato, coisas bem distintas. Para o cálculo da média, não há qualquer limite; já para a fixação do provento, etapa posterior àquela, o legislador impôs limites mínimo e máximo, como se observa no excerto acima.

9. Forçoso reconhecer a incidência notória, tanto no texto constitucional, quanto no infra-constitucional, do princípio da contributividade, porquanto não seria de boa medida que o servidor contribuísse sobre remuneração não-servível para fins de cálculo da média das aposentadorias proporcionais.

10. Argumentos existem, é verdade, em prol do afastamento do princípio da contributividade nesse caso, em favor da proeminência de outro princípio de igual estatura, qual seja, o da solidariedade. Entrementes, tais argumentos repousam em base movediça, porquanto a ponderação de princípios constitucionais só opera quanto o intérprete se vê diante de possível antinomia de normas constitucionais, fato que não ocorre no caso em exame. E não acontece porque a Carta Magna não autoriza limites para o cálculo da média de remunerações. Noutras palavras, não existe regra constitucional em aparente antinomia com o princípio da contributividade. A propósito, veja-se o disposto no artigo 40, § 2º, CF: *“Os proventos de aposentadoria e as pensões, por ocasião de sua concessão, não poderão exceder a remuneração do respectivo servidor, no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão.”*

11. Há que sopesar, contudo, como já salientado pela Unidade Técnica, que, no âmbito distrital, a Lei Complementar nº 769/2008 impôs limite ao cálculo da média, conforme se observa abaixo:

Art. 48. Para o cálculo do valor inicial dos proventos proporcionais ao tempo de contribuição, será utilizada fração cujo numerador será o total desse tempo e o denominador, o tempo necessário à respectiva aposentadoria voluntária com proventos integrais, conforme o art. 20, III, não se aplicando a redução no tempo de idade e contribuição de que trata o art. 22, relativa ao professor.

§ 1º A fração de que trata o caput será aplicada sobre o valor inicial do provento calculado pela média das contribuições conforme art. 46, **observando-se previamente a aplicação do limite de remuneração do cargo efetivo de que trata § 9º do mesmo artigo.**

§ 2º Os períodos de tempo utilizados no cálculo previsto neste artigo serão considerados em número de dias.

12. Nota-se, assim, conflito entre a norma distrital (LC 769/08) e a norma nacional (Lei 10.887/04), porquanto a primeira impõe limite ao cálculo, a segunda, não. Note-se que a competência constitucional

para legislar sobre matéria previdenciária é concorrente entre a União, os Estados e o Distrito Federal, a teor do que dispõe o artigo 24, *caput*, CF. Todavia, a Carta Magna estatuiu nesse mesmo artigo, § 4º, que a *superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário*. Ora, a teor do texto constitucional, portanto, parece falecer competência ao Distrito Federal para alterar legislação previdenciária cuja competência lhe refoge.

13. A propósito, veja-se o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal, em matéria correlata:

Produção e consumo de produtos que utilizam amianto crisotila. Competência concorrente dos entes federados. Existência de norma federal em vigor a regulamentar o tema (Lei nº 9.055/95). Consequência. Vício formal da lei paulista, por ser apenas de natureza supletiva (CF, artigo 24, §§ 1º e 4º) a competência estadual para editar normas gerais sobre a matéria.” (ADI 2.656, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 8-5-03, DJ de 1º-8-03)

14. Cumpre afirmar que a tese ora defendida pelo *Parquet* vem sendo partilhada por outros tribunais de contas, como demonstra o seguinte julgado, advindo do Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul (Proc. 000171-02.00/08-9):

EMENTA

APOSENTADORIA. FIXAÇÃO DOS PROVENTOS. APLICAÇÃO DO LIMITADOR.

Proventos fixados de acordo com a legislação federal pertinente à matéria.

A aplicação do limitador previsto no § 2º do artigo 40 da Constituição Federal deve ser efetuada após a fixação dos proventos.

RELATÓRIO

Vêm a exame os Atos de fls. 47 e 57 relativos à aposentadoria, com proventos proporcionais, concedida a Alinda Prestes, servidora da Fundação Hospital Centenário de São Leopoldo.

A SAPI (Informação nº RG 5.150-09, fl. 60) sugere o registro das Portarias nºs 1.026/2007 e 1.140/2008.

Instado na forma legal e regimental, o Ministério Público de Contas, por meio do Parecer nº 5.806/2009 (fls. 61/65), da lavra do Senhor Adjunto de Procurador Ângelo Borghetti, opina pela negativa de registro dos Atos em análise.

É o Relatório.

VOTO

Destaco inicialmente que a Representação MPC nº 0026/2008 (Processo nº 2534-02.00/09-5), citada pelo Ministério Público de Contas no Parecer de fls. 138/141, foi apreciada pelo Egrégio Tribunal Pleno, em Sessão de 18-06-2009, que, por maioria, decidiu pelo arquivamento, sem resolução do mérito, com o encaminhamento da matéria à Presidência desta Corte, para exame da viabilidade da instituição de comissão de estudo

proposta.

Entende o douto Ministério Público de Contas que a Origem deveria ter utilizado para a fixação dos proventos a proporcionalidade sobre a última remuneração da Servidora (fls. 61/65), e não o valor “*correspondente a média das 80% maiores remunerações do servidor*”, fazendo referência à Orientação Normativa da Secretaria de Previdência Social.

A Lei Federal nº 10.887/2004 em seu artigo 1º é clara ao estabelecer que “No cálculo dos proventos de aposentadoria dos servidores titulares de cargo efetivo de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, previsto no § 3o do art. 40 da Constituição Federal e no art. 2o da Emenda Constitucional no 41, de 19 de dezembro de 2003, será considerada a média aritmética simples das maiores remunerações, utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência a que esteve vinculado, correspondentes a 80% (oitenta por cento) de todo o período contributivo desde a competência julho de 1994 ou desde a do início da contribuição, se posterior àquela competência”.

Dada a clareza do dispositivo, meu entendimento é consentâneo com o já externado pelo Conselheiro Helio Saul Mileski no Processo nº 8853-02.00/04-3, referido pelo Agente Ministerial, e pelo Auditor Substituto de Conselheiro Alexandre Mariotti no Parecer nº 04/2005 (acolhido pela Segunda Câmara na Sessão de 23/06/2005), **no sentido de que como a Lei não exclui a possibilidade da média aritmética das maiores remunerações ser superior ao da última remuneração, normas orientadoras não podem dispor de forma diversa, pois, assim o fazendo, ultrapassariam os limites postos na legislação instituidora da regra.**

A questão suscitada pelo Ministério Público de Contas a respeito da aplicação do limitador do artigo 40, § 2º, da Constituição Federal, foi solvida no âmbito deste Tribunal pelo Parecer nº 01/2008, da lavra do Auditor Substituto de Conselheiro Cesar Santolim, aprovado pela Egrégia Segunda Câmara em Sessão de 30/04/2008 no Processo nº 3765-0200/06-2, cuja ementa e excerto passo a transcrever:

CÁLCULO DO VALOR DOS PROVENTOS DE APOSENTADORIA PROPORCIONAL. APLICAÇÃO DE REDUTOR. LIMITE CONSTITUCIONAL.

No cálculo do valor dos proventos de aposentadoria proporcional, onde haja a incidência de mecanismo redutor, incide ele sobre a média das remunerações do servidor, verificando-se, após esta operação, a aplicação dos limites constitucionais.

Interpretação do art. 2º, § 1º, da Emenda Constitucional nº 41/2003 e do art. 40, § 2º, da Constituição Federal. (grifei).

[...] a linha interpretativa que sustenta a verificação do limite constitucional antes da aplicação do mecanismo redutor atenta contra qualquer critério lógico, pois tornaria sem sentido a apuração da média das remunerações, já que a base para o cálculo seria, sempre, o valor da última remuneração do servidor, quando em atividade. [...]

Ademais, a própria legislação federal em seu § 5º (artigo 1º da Lei Federal

nº 10.887/2004) estabelece que a aplicação do limitador constitucional ocorrerá após a fixação dos proventos, ao dispor da seguinte forma “os proventos, calculados de acordo com o caput deste artigo, por ocasião de sua concessão, não poderão ser inferiores ao valor do salário-mínimo nem exceder a remuneração do respectivo servidor no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria.” (grifei).

Então, se os proventos, os quais devem ser calculados de acordo com o caput do art. 1º da referida legislação, não podem exceder a remuneração do respectivo servidor no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria, somente após a feitura do cálculo dos mesmos é que se poderá efetivamente verificar se o valor excedeu a última remuneração para, aí sim, aplicar o limitador constitucional.

Assim, com esses fundamentos, voto para que esta Colenda Câmara decida pelo registro das Portarias nºs 1.026/2007 e 1.140/2008, constantes nas fls. 47 e 57.

Com o cumprimento da decisão, retornem os autos à Origem.

DECISÃO

Decisão nº 1C-1.013/2009

A Primeira Câmara, à unanimidade, acolhendo o Voto do Conselheiro-Relator, por seus jurídicos fundamentos, decide pelo registro das Portarias nºs. 1.026, de 27 de dezembro de 2007, e 1.140, de 17 de dezembro de 2008, constantes nas folhas 47 e 57, respectivamente.

Com o cumprimento da decisão, retorne o Processo à Origem.

15. Diante do exposto, esse Ministério Público opina no sentido de que o Tribunal adote o entendimento de que, no cálculo dos proventos de aposentadorias proporcionais, concedidas com base na EC nº 41/03, o limitador imposto pelo § 2º do artigo 40 da CF refere-se à fixação do provento inicial da aposentadoria e não ao cálculo da “média” apurada para a fixação de tal provento, porquanto o limitador constitucional deve ser verificado no momento da aposentadoria e não como uma metodologia de cálculo.

É o parecer.

Processo nº 1.1325/09

Parecer nº 1.259/09-IMF

Decisão nº 1.521/10

CONCEITO DE “EFETIVO EXERCÍCIO NO SERVIÇO PÚBLICO”

Inácio Magalhães Filho
Procurador do Ministério Público junto ao TCDF

Representação nº 01/2009 oferecida pela Conselheira Marli Vinhadeli, a respeito do conceito de “efetivo exercício no serviço público”, constante do art. 40 da Constituição Federal, do art. 6º da Emenda Constitucional nº 41/03 e do art. 3º da Emenda Constitucional nº 47/05. Inspeção sugere manter o entendimento consagrado no Processo 14842/08. Proposta alternativa. Não-acolhimento pelo *Parquet*. Sugestão do Ministério Público pela revisão da Decisão-TCDF nº 7211/08.

Consistem os autos na representação oferecida pela Conselheira Marli Vinhadeli, acerca do real alcance da expressão “efetivo exercício no serviço público”, que consta do art. 40 da Constituição Federal, do art. 6º da Emenda Constitucional nº 41/03 e do art. 3º da Emenda Constitucional nº 47/05.

2. Sua Excelência entende que a questão objeto da presente representação necessita de maior aprofundamento por parte do Tribunal. Cita, para tanto, os artigos 1º e 2º, VIII, da Orientação Normativa nº 2/09, da Secretaria de Políticas de Previdência Social do Ministério da Previdência Social, os quais dispõem que:

Art. 1º Os Regimes Próprios de Previdência Social dos servidores públicos titulares de cargos efetivos, dos Magistrados, Ministros e Conselheiros dos Tribunais de Contas, membros do Ministério Público e de quaisquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações observarão o disposto nesta Orientação Normativa.

.....
Art. 2º Para os efeitos desta Orientação Normativa, considera-se:

.....
VIII - tempo de efetivo exercício no serviço público: o tempo de exercício de cargo, função ou emprego público, ainda que descontínuo, na Administração direta, indireta, autárquica, ou fundacional de qualquer dos entes federativos;

3. Acredita a Conselheira que o entendimento do Tribunal de

Contas da União – TCU sobre o tema é contraditório, pois *de um lado considera que o conceito de efetivo serviço público trazido pelo art. 40, III, da Constituição 1988 deve abranger também as empresas públicas e sociedades de economia mista, mas, de outro, exclui o referido tempo das aposentadorias concedidas com base nos arts. 6º da Emenda Constitucional nº 41/2003 e 3º da Emenda Constitucional nº 47/2005.*

4. A ilustre Conselheira ainda apresenta os seguintes questionamentos no que tange à Decisão nº 7.211/08, adotada no Processo nº 14.842/08:

a) sabedores de que os servidores da Administração direta, autárquica e fundacional são, desde a Constituição Federal de 1988, regidos pelo regime estatutário, portanto ocupam cargos públicos desde a promulgação da citada Carta Magna, qual então seria o motivo da inclusão do termo “emprego público” constante da alínea “a” da referida decisão, designação esta própria dos empregados regidos pela CLT, caso das empresas públicas e sociedades de economia mista?;

b) a razão de ser para se conceituar a expressão “tempo de efetivo exercício no serviço público” decorre das restrições impostas pela Emenda Constitucional nº 41/2003, que condiciona a concessão de aposentadoria ao implemento de determinado tempo no serviço público, questão que, sob esta ótica, s.m.j., ainda não foi devidamente respondida pelo TCDF, pois os entendimentos constantes das alíneas do item II da Decisão nº 7.211/2008 não se prestam a tanto, haja vista que:

1) a alínea “a”, com exclusão da aplicação do termo “emprego público”, apenas confirma a contagem do tempo prestado em cargos ou funções públicas, fato normal e corriqueiro em se tratando de aposentadoria de servidor público; e

2) a alínea “b”, por sua vez, destina-se apenas a excluir da alínea anterior os servidores ocupantes exclusivamente de cargo em comissão, servidores estes transferidos para o regime geral de previdência social (INSS), conforme dispõe o § 13 do art. 40 da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 20/98.

5. Na análise que lhe incumbe, a Inspeção salienta, de início, no que concerne ao artigo 1º da ON nº 2/09, da Secretaria de Políticas de Previdência Social do Ministério da Previdência Social, que esta Corte de Contas já decidiu, em caso análogo (Processo 26930/06), que tais orientações normativas *não são de aplicação compulsória pelo Distrito Federal, por se tratarem de normas de hierarquia inferior, cujos efeitos circunscrevem-se à área federal e somente naquilo que não extrapolem os limites da lei* (Decisão nº 5859/08, item 2). Assim, pretende o Órgão Técnico que mesmo tratamento seja dispensado à Orientação Normativa nº 2/09-MPS/SPS, que sucedeu às Orientações Normativas 3/04, 4/04 e 1/07-MPS/SPS.

6. Quanto ao mérito da representação, em si, ou seja, esclarecer-se o alcance da expressão “efetivo exercício no serviço público”, o Corpo Técnico retoma, inicialmente, o posicionamento adotado quando do exame do Processo nº 14842/08, que ora se pede vênha para reproduzir:

17. A nosso ver, a expressão “efetivo exercício no serviço público” deve ser interpretada de modo a alcançar apenas o serviço prestado como servidor a que se refere o art. 40 da Constituição Federal, ou seja, sujeito ao regime de previdência social próprio dos servidores públicos (RPPS), excluindo-se, *ipso facto*, o serviço prestado como servidor de que trata o art. 201 da Constituição Federal, vale dizer, submetido ao regime geral de previdência social (RGPS).

18. Trata-se de interpretação teleológica. No caso vertente, a intenção do legislador constituinte derivado foi, à evidência, contemplar tão somente os servidores que contribuíram para o regime a que se sujeitam (*in casu*, o RPPS) por determinado tempo. Oportuno lembrar que o RPPS diverge radicalmente do RGPS na medida em que, naquele regime, a base de cálculo da contribuição previdenciária não se sujeita a um teto, o que tende a elevar, às vezes significativamente, o valor final dessa contribuição.

19. Indaga-se: quem se sujeita ao RPPS? Afastados os ocupantes exclusivamente de cargo em comissão, os empregados públicos e os servidores temporários, todos vinculados ao RGPS, restam os ocupantes de cargo efetivo. Por outro lado, sob a égide da Constituição Federal de 1988, também se sujeitavam ao RPPS: até o advento da EC nº 20/98, os ocupantes exclusivamente de cargo em comissão nos Estados, no Distrito Federal e nos Municípios; e, até o advento da Lei nº 8.647/93, os ocupantes exclusivamente de cargo em comissão na União¹.

20. A Secretaria de Políticas de Previdência Social do Ministério da Previdência Social, por meio da Orientação Normativa nº 1/07, assim se manifesta:

Art. 2º Para os efeitos desta Orientação Normativa, considera-se:

.....
VIII - tempo de efetivo exercício no serviço público: o tempo de exercício de cargo, função ou emprego público, ainda que descontínuo, na Administração direta, autárquica, ou fundacional de qualquer dos entes federativos;

21. A parte relativa ao exercício de cargo, função ou emprego na administração direta, autárquica ou fundacional merece reflexões.

22. O exercício de cargo na administração direta, autárquica ou fundacional se coaduna largamente com o sentido da expressão em exame segundo a tese ora defendida. Excluímos apenas o exercício de cargo em comissão por servidor sem vínculo efetivo com a administração pública após o advento da Lei nº 8.647/93, se na União, ou da EC nº 20/98, se em Estado, no Distrito Federal ou em Município.

23. O exercício de função na administração direta, autárquica ou fundacional também foi excluído. Maria Sylvia Zanella di Pietro considera função, além da função de confiança, também a “exercida por

servidores contratados temporariamente com base no artigo 37, IX, "2 da Constituição Federal. A divergência neste caso existe, exceto no que tange às funções de confiança exercidas em período posterior à EC nº 19/98, que restringiu o exercício dessas funções aos ocupantes de cargo efetivo³.

24. Por derradeiro, a exclusão do exercício de emprego na administração direta, autárquica ou fundacional, na prática, não acarreta divergência significativa, porquanto a adoção do regime de emprego na administração direta, autárquica ou fundacional constitui situação absolutamente excepcional. Acrescente-se que, na ADIn nº 2.135-4, foi concedida parcialmente cautelar para suspender a eficácia do art. 39, caput, da Constituição Federal, com a redação dada pela EC nº 41/03, "em razão do que continuará em vigor a redação original da Constituição", o que significa "a permanência do regime jurídico único previsto na redação original suprimida" e a conseqüente impossibilidade de "implementação do contrato de emprego público" na administração direta, autárquica ou fundacional.

25. A análise dos parágrafos 22 a 24 foi levada a efeito à luz da Constituição Federal de 1988.

26. Nada obstante, frise-se que, em 30 de maio de 2007, o nobre Ministro do STF Eros Grau deferiu liminar no Mandado de Segurança nº 26.607 para determinar a contagem, como tempo de carreira, do período em que o impetrante ocupou cargo em comissão, sem vínculo efetivo com a administração pública, até 16 de dezembro de 1998. A decisão em tela confirma expressamente o entendimento veiculado no art. 2º, inciso VII e parágrafo único, da Orientação Normativa nº 1/07-MPS/SPS:

Art. 2º Para os efeitos desta Orientação Normativa, considera-se:

.....
VII - carreira: a sucessão de cargos efetivos, estruturados em níveis e graus segundo sua natureza, complexidade e grau de responsabilidade, de acordo com o plano definido por lei de cada ente federativo;

.....
Parágrafo único. Para os efeitos do disposto no inciso VII, será também considerado como tempo de carreira o tempo cumprido em emprego, função ou cargo de natureza não efetiva até 16 de dezembro de 1998.

27. Embora se refira ao tempo de carreira, a decisão adotada no MS nº 26.607 pode ser estendida ao tempo de efetivo exercício no serviço público, tomando-se como divisor de águas, aqui como ali, a data de publicação da EC nº 20/98, queremos crer. O procedimento cogitado prestigia não só a decisão do digno Ministro do Pretório Excelso Eros Grau, como também a Orientação Normativa nº 1/07-MPS/SPS, esta com ajuste.

7. A respeito dos esclarecimentos suscitados pela Conselheira Marli Vinhadeli, a 4ª ICE tece os seguintes comentários:

28. Vencida essa etapa, tendo em conta, ainda, a existência de emprego

na administração direta, autárquica e fundacional antes da Constituição Federal de 1988 e depois da EC nº 19/98, passemos aos questionamentos feitos pela ilustre Conselheira, transcritos no parágrafo 8 desta instrução. As questões remanescentes postas na representação, a nosso juízo, podem ser enfrentadas desdobrando a Decisão nº 7.211/08, adotada no Processo nº 14.842/08, na forma a seguir descrita:

a) em se tratando de tempo anterior a 16 de dezembro de 1998, “efetivo exercício no serviço público” compreende o exercício de:

- 1) cargo efetivo;
- 2) cargo em comissão por servidor sem vínculo efetivo com a administração pública;
- 3) função de confiança por servidor sem vínculo efetivo com a administração pública;
- 4) função por servidor contratado temporariamente com base no art. 37, inciso IX, da Constituição Federal;
- 5) emprego na administração direta, autárquica ou fundacional por servidor posteriormente submetido ao regime previsto no art. 39, caput, da Constituição Federal, na redação original (RJU); e

6) emprego na administração direta, autárquica ou fundacional por servidor regido pela CLT por força da redação dada pela EC nº 19/98 ao art. 39, caput, da Constituição Federal;

b) em se tratando de tempo posterior a 16 de dezembro de 1998, “efetivo exercício no serviço público” compreende apenas o exercício de cargo efetivo.

29. Com isso, esperamos ter contribuído para definir os contornos da questionada decisão, atendendo a justa preocupação demonstrada na representação.

8. O próximo passo enfrentado pela digna Inspeção diz respeito ao posicionamento externado por esta 4ª Procuradoria no Parecer nº 527/09, exarado no Processo nº 31038/08. Por economia intelectual, passa-se diretamente à análise empreendida pela Unidade Técnica. Assim, convém reproduzir as seguintes considerações:

43. Em primeiro lugar, devemos dizer que compartilhamos do entendimento de que serviço público é instituto jurídico e, como tal, nas palavras do douto representante do Ministério Público Inácio Magalhães Filho, comporta uma única essência.

44. Também concordamos com a afirmação de que a essência do instituto repousa no binômio titularidade estatal e finalidade coletiva.

45. Ao afirmar que serviço público admite ao menos três sentidos (o orgânico, o material e o formal), Diógenes Gasparini nada mais faz que observar de diferentes ângulos o mesmo fenômeno jurídico¹.

46. Para Maria Sylvia Zanella di Pietro, serviço público é expressão que pode ser empregada tanto em sentido amplo quanto em sentido estrito. De igual modo, servidor público pode ter sentido amplo ou estrito, compreendendo, *lato sensu*, os servidores estatutários, sujeitos ao regime estatutário e ocupantes de cargo público (que se dividem em servidores

ocupantes de cargo efetivo e servidores ocupantes exclusivamente de cargo em comissão); os empregados públicos, contratados sob o regime da legislação trabalhista e ocupantes de emprego público; e os servidores temporários, contratados por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público.

47. Isso também não desautoriza a ideia de um serviço público uno e indivisível. Deveras, o que a notável administrativista faz é um corte no instituto, a revelar um núcleo, que coincide com o serviço público em sentido estrito, e uma camada externa, composta das empresas estatais.

48. A técnica empregada pela doutrinadora pode ser utilizada de modo diverso.

49. A exegese de serviço público como o serviço prestado como servidor a que se refere o art. 40 da Constituição Federal, ou seja, sujeito ao RPPS, excluindo-se, *ipso facto*, o serviço prestado como servidor de que trata o art. 201 da Constituição Federal, vale dizer, submetido ao RGPS2, é também um corte, só que ligeiramente mais profundo. Não infirma a noção de um serviço público dotado de uma única essência.

50. A vantagem de tomar o serviço público em sentido, por assim dizer, estritíssimo é que isso resulta de interpretação teleológica³.

51. A propósito, cabe trazer à colação este trecho do abalizado Parecer nº 1.181/08 (Processo nº 14.842/08), da lavra do culto Procurador Demóstenes Tres Albuquerque:

39. Diante desse quadro, à evidência, dессome-se que a expressão “efetivo exercício no serviço público” deve ser interpretada em seus estritos termos, não havendo margem para se elasticar o alcance da norma, máxime em face de seu caráter teleológico.

52. Muito eloquente é o magistério de Sergio Pinto Martins:

O procedimento [do art. 6º da EC nº 41/03] é correto, pois em muitos casos o servidor só entrou no sistema público depois de muitos anos no Regime Geral de Previdência Social, contribuindo, no máximo, sobre o valor do teto.

53. Poder-se-ia chegar ao mesmo lugar por outro caminho, a saber, via interpretação sistemática. Nenhuma norma pode ser interpretada isoladamente, uma norma só faz sentido num contexto. O art. 40 da Constituição Federal estabelece o regime de previdência social próprio dos servidores públicos (RPPS). Servidores públicos no caput do art. 40 são os “titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações”. Qual deve ser então a inteligência de serviço público no inciso III do § 1º do art. 40? Para harmonizar servidores públicos e serviço público, este deve ser lido como o serviço prestado como servidor a que se refere o art. 40 da Constituição Federal, ou seja, sujeito ao RPPS.

54. Nesse sentido o Parecer nº 1.181/08-DA (Processo nº 14.842/08):

50. Diante da posição topográfica do artigo 40 da Carta Política (seção II), bem como considerando a expressa dicção do caput do artigo em referência, ao se reportar apenas aos servidores pertencentes aos quadros da administração direta, autárquica e fundacional (pessoas jurídicas de direito público), tem-se que,

no caso vertente, deve-se dar uma interpretação mais restritiva ao teor da expressão “efetivo exercício no serviço público”, afastando aqueles que prestam serviços às entidades com personalidade jurídica de direito privado, aí incluídas as estatais.

55. A Decisão nº 7.211/08, proferida no Processo nº 14.842/08, busca conciliar o resultado das duas interpretações (a teleológica e a sistemática) com a decisão prolatada no MS nº 26.6075, bem assim com o fato de que o “requisito tempo de serviço público, como fator a ser observado para concessão de aposentadoria, foi introduzido no mundo jurídico pela EC 20/98”6.

56. O entendimento do TCU, endossado na Orientação Normativa nº 2/09-MPS/SPS e no Parecer nº 527/09-IMF (Processo nº 31.038/08), ainda tem a desvantagem de ensejar situações como a que se segue. Suponhamos que um servidor tenha trabalhado de 1994 a 2004 em empresa estatal, sendo admitido, ainda em 2004, em órgão público.

57. A prevalecer o entendimento do TCU, endossado na Orientação Normativa nº 2/09-MPS/SPS e no Parecer nº 527/09-IMF (Processo nº 31.038/08), esse servidor tem hoje, em 2009, quinze anos de serviço público (relativos ao período de 1994 a 2009). Mas, ainda de acordo com o entendimento em tela, ele ingressou no serviço público cinco anos atrás (em 2004). Como pode ele já ter hoje quinze anos de serviço público se ele só ingressou no serviço público há cinco anos? Isso nos parece um paradoxo insuperável.

58. A ressalva contida no art. 6º da EC nº 41/03, utilizada como fundamento para as conclusões alcançadas no Parecer nº 527/09-IMF (Processo nº 31.038/08)7, se nos afigura desnecessária.

59. Se não, vejamos. Eis o teor do preceito:

Art. 6º Ressalvado o direito de opção à aposentadoria pelas normas estabelecidas pelo art. 40 da Constituição Federal ou pelas regras estabelecidas pelo art. 2º desta Emenda, o servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que tenha ingressado no serviço público até a data de publicação desta Emenda poderá aposentar-se com proventos integrais, que corresponderão à totalidade da remuneração do servidor no cargo efetivo em que se der a aposentadoria, na forma da lei, quando, observadas as reduções de idade e tempo de contribuição contidas no § 5º do art. 40 da Constituição Federal, vier a preencher, cumulativamente, as seguintes condições:

I - sessenta anos de idade, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade, se mulher;

II - trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher;

III - vinte anos de efetivo exercício no serviço público; e

IV - dez anos de carreira e cinco anos de efetivo exercício no cargo em que se der a aposentadoria. (grifamos)

60. Se for suprimido “ressalvado o direito de opção à aposentadoria pelas normas estabelecidas pelo art. 40 da Constituição Federal ou pelas

regras estabelecidas pelo art. 2º desta Emenda”, nenhum prejuízo haverá para o sentido do texto, na medida em que a regra de transição em comento estabelece uma faculdade, que não exclui, nem poderia fazê-lo, o direito à aposentadoria por outras regras, sejam elas permanentes ou transitórias.

61. Ademais, nela o ingresso no serviço público não passa de mais um requisito, a par da idade, do tempo de contribuição, do tempo no serviço público, do tempo na carreira e do tempo no cargo.

62. Na esteira do pensamento ora desenvolvido, o art. 6º pode ser assim reescrito:

Art. 6º O servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, poderá aposentar-se com proventos integrais, que corresponderão à totalidade da remuneração do servidor no cargo efetivo em que se der a aposentadoria, na forma da lei, quando, observadas as reduções de idade e tempo de contribuição contidas no § 5º do art. 40 da Constituição Federal, vier a preencher, cumulativamente, as seguintes condições:

I – sessenta anos de idade, se homem, e cinqüenta e cinco anos de idade, se mulher;

II – trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher;

III – vinte anos de efetivo exercício no serviço público;

IV – dez anos de carreira e cinco anos de efetivo exercício no cargo em que se der a aposentadoria; e

V – ingresso no serviço público até a data de publicação desta Emenda.

63. Por conseguinte, o tempo no serviço público deve ser avaliado da mesma maneira que o ingresso no serviço público, queremos crer.

64. Socorremo-nos uma vez mais do Parecer nº 1.181/08-DA (Processo nº 14.842/08):

56. Veja-se que a acepção da expressão “serviço público” não pode ter duplo sentido máxime quando presente em um mesmo artigo. Nesse passo, não restam dúvidas que a dicção dada àquele vocábulo, para fins de percepção das benesses contidas no sobredito dispositivo legal, refere-se, no caput, ao ingresso nos quadros dos entes de direito público, quais sejam, Administração direta, autárquica ou fundacional, antes do advento da EC 20/98, sendo desarrazoado entender que o mesmo vocábulo, contido no inciso III, teria sentido diverso.

65. As considerações expendidas conduzem inexoravelmente à manutenção do entendimento consagrado no Processo nº 14.842/08.

9. Malgrado não concorde com as argumentações defendidas por esta Procuradoria, como demonstrado acima, o Corpo Instrutivo apresenta tese alternativa, cujo intuito é emprestar ao vocábulo serviço público uma dimensão compatível com aquela que lhe confere a

doutrina. Parte o Órgão Técnico da premissa de que tempo no serviço público e ingresso no serviço público merecem o mesmo tratamento. Eis a tese apresentada pela 4ª Inspeção:

69. Nessa linha de raciocínio, o serviço público a que se referem o inciso III do § 1º do art. 40 da Constituição Federal, o caput do art. 6º da EC nº 41/03, o inciso III do art. 6º da EC nº 41/03, o caput do art. 3º da EC nº 47/05 e o inciso II do art. 3º da EC nº 47/05 (isto é, tanto em “efetivo exercício no serviço público” quanto em “ingresso no serviço público”) também inclui as empresas públicas e as sociedades de economia mista. No caso de servidor de empresa estatal, o direito de ter o respectivo tempo computado para fins de tempo no serviço público e ingresso no serviço público nasce com sua posse em cargo efetivo.

70. A solução aventada tem o mérito de adotar por inteiro o conceito de serviço público dado pela doutrina.

71. As implicações não tardam. Na instrução constante do Processo nº 14.842/08, traçamos um paralelo entre “efetivo exercício no serviço público”, constante do art. 40 da Constituição Federal, do art. 6º da EC nº 41/03 e do art. 3º da EC nº 47/05, e “serviço público efetivo”, constante do art. 67 da Lei nº 8.112/90, na redação original:

9. Com efeito, o TCU, no Processo nº 17.846/90, reinterpreto o dispositivo em questão [art. 67 da Lei nº 8.112/90, na redação original] para reconhecer, no que concerne aos servidores públicos federais, o “direito ao aproveitamento do tempo de serviço prestado junto a entidades da administração pública federal indireta, autorizando a percepção de vantagens inerentes previstas ao longo da vigência da Lei nº 8.112/90, em favor daqueles que estiveram sob o regime estatutário em qualquer período entre 12/12/1990 e 10/12/1997”. O termo ad quem se justifica porque, na União, “antes de extinguir o direito aos anuênios por tempo de serviço para as novas situações, a Lei nº 9.527/97 deu nova redação ao dispositivo original da Lei nº 8.112/90 (art. 67), passando a fazer referência expressa ao tempo de serviço público prestado à União, às autarquias e às fundações públicas federais, além de limitar o adicional a 35% do vencimento básico.”

10. No Distrito Federal, o adicional por tempo de serviço continua a existir na forma do art. 67 da Lei nº 8.112/90, na redação original.

.....
11. Voltando ao precedente do TCU, observamos que se trata de nova exegese de “serviço público efetivo”, expressão constante do art. 67 da Lei nº 8.112/90, na redação original, e equivalente, é inegável, à que ora examinamos (“efetivo exercício no serviço público”).

12. Ocorre que o entendimento consagrado no Tribunal, no sentido de que se conta para aposentadoria e ATS o tempo de serviço prestado à administração direta, autárquica e fundacional

do Distrito Federal, mas não o prestado às demais entidades da administração indireta do Distrito Federal (empresas estatais) (item 3.2 do Capítulo 3 do Título II da Resolução nº 124/00, que instituiu o Manual de Aposentadoria e Pensão Civil), não sofreu alteração com o advento da decisão do TCU.

72. Aceita a tese alternativa desenvolvida nos parágrafos 65 a 68 desta instrução, forçoso é reconhecer que o serviço público mencionado no art. 67 da Lei nº 8.112/90, na redação original, também abarca as empresas estatais.

73. A propósito, juntamos o Parecer nº 9/08, da Procuradoria de Pessoal da Procuradoria-Geral do Distrito Federal (fls. 31/47), cuja ementa está vazada nos seguintes termos:

AVERBAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO – SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA INTEGRANTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA DO DISTRITO FEDERAL

1 – Segundo a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, a aplicação das teses fixadas pelo Supremo Tribunal em seus julgados induz à conclusão de que a locução “tempo de serviço público”, em princípio, abrange o período trabalhado pelo servidor em empresas públicas e sociedades de economia mista. Posição referendada pelo Tribunal de Contas do Distrito Federal;

2 – O STF, no entanto, sempre admitiu que a lei restringisse este sentido em princípio aplicável à expressão “tempo de serviço público”, de modo a este abranger apenas o período em que o servidor esteve vinculado à Administração direta, autárquica e fundacional, corte este operado no âmbito do DF pela Lei n. 1.864/98;

3 – Aplicando-se a jurisprudência do TCU, bem como as premissas fixadas pelo STF, conclui-se que a redação original da Lei n. 8.112/90 induzia à interpretação no sentido de se admitir o cômputo, para todos os efeitos, do período em que o servidor trabalhara em empresas estatais controladas pelo Distrito Federal. Inteligência do art. 100 da Lei n. 8.112/90, antes de sua revogação pela Lei n. 1.864/98;

4 – Neste contexto, somente possuem o direito de computar, para todos os efeitos, o período trabalhado em empresas públicas e sociedades de economia mista distritais, aqueles servidores que se investiram em cargo público da estrutura do DF enquanto ainda vigente o art. 100 da Lei n. 8.112/90 em sua redação original, pois a incidência deste dispositivo integrou automaticamente em seus patrimônios os anuênios baseados nos períodos por eles trabalhados em empresas estatais do DF.

74. Dissentimos do Parecer nº 9/08-PGDF/PROPES apenas no que se refere ao marco final nele fixado. A Lei nº 1.864/98 revogou o art. 100 da Lei nº 8.112/90, mas não o art. 67, que sobreviveu, ileso, à investida do legislador distrital. Na esfera federal, diga-se de passagem, o art. 67 teve sua redação alterada antes de ser revogado.

75. Assim, no Distrito Federal subsiste o art. 67 da Lei nº 8.112/90, na

redação primitiva, o qual divide espaço com o art. 1º da Lei nº 1.864/98:

Art. 67. O adicional por tempo de serviço é devido à razão de 1% (um por cento) por ano de serviço público efetivo, incidente sobre o vencimento de que trata o art. 40.

Art. 1º É contado para todos os efeitos o tempo de serviço público prestado aos órgãos e entidades da administração direta, autárquica e fundacional do Distrito Federal, incluída a Câmara Legislativa e o Tribunal de Contas do Distrito Federal.

76. Ainda de acordo com a tese alternativa apresentada, a melhor interpretação, segundo pensamos, é que o período trabalhado em empresas públicas e sociedades de economia mista, se posterior à Lei nº 1.864/98, conta para aposentadoria, disponibilidade e ATS, mas não para os demais efeitos (licença-prêmio etc.). Não nos alongaremos, no entanto, no tratamento da questão, haja vista não ser esse o objeto da representação.

10. Diante de tais ponderações, portanto, a 4ª ICE apresenta as seguintes conclusões:

77. Apresentamos, no item anterior, tese alternativa com o intuito de fornecer subsídios à tomada de decisão. Todavia, até por uma questão de coerência com o que sempre defendemos, somos, repise-se, pela manutenção do entendimento consagrado no Processo nº 14.842/08.

78. Pelo exposto, sugere-se:

a) manter o entendimento consagrado no Processo nº 14.842/08; e

b) autorizar o arquivamento do feito.

11. O Ministério Público lamenta, mas não vê outro caminho senão discordar das posições defendidas pela digna 4ª Inspeção. No entanto, acredita ser salutar o debate que ora se instala.

12. Em primeiro lugar, cumpre parabenizar a Conselheira Marli Vinhadeli pela preocupação externada na Representação nº 01/2009, cujos anseios assemelham-se ao externado por este Procurador no Processo 31038/08, porquanto a matéria, de fato, necessitava de maior reflexão.

13. Quantos aos questionamentos apresentados por Sua Excelência, acredita esse Órgão Ministerial que a Inspeção logrou êxito em esclarecê-los. Todavia, há que reconhecer que a questão de fundo está na nova discussão do conceito de “efetivo exercício no serviço público”, mormente após as considerações apresentadas no citado Processo 31038/08. Apresenta-se, então, de um lado, a posição adotada anteriormente pela Corte nos autos do Processo nº 14842/08, com a qual se filia a Inspeção; de outro, a nova metodologia apresentada por essa Procuradoria, no intuito de rever a Decisão-TCDF nº 7211/08, adotada naquele processo. Por fim, de permeio, tese alternativa sugerida pela 4ª Inspeção.

14. As teses, tanto da Inspeção, quanto dessa Procuradoria estão assaz demonstradas nos autos, daí acreditar-se não ser necessário repeti-las. Convém, então, a esse *Parquet* discutir e refratar os argumentos da digna Inspeção que convergiram para a manutenção do entendimento consagrado no Processo 14842/08. Bom que se analisem, de logo, os pontos de divergência.

15. Em princípio, há que convir, de fato, que a ON nº 2/2009-MPS/SPS não tem aplicação coercitiva no âmbito do Distrito Federal, conforme já definiu o Tribunal. Entrementes, não se pode descartar que sua destinação dirige-se a todos os regimes próprios de previdência, não se mostrando razoável que a interpretação do conceito de serviço público seja multifacetada, porquanto deve ter suporte constitucional único.

16. Passando, de plano, à discussão do tema, a Inspeção assinala que, por meio de interpretação teleológica ou sistêmica, o conceito de serviço público deve ser lido como o serviço prestado como servidor a que se refere o art. 40 da CF, ou seja, sujeito ao RPPS.

17. Teleologicamente, porque *a intenção do legislador constituinte derivado foi, à evidência, contemplar tão-somente os servidores que contribuíram para o regime a que se sujeitam (in casu, o RPPS) por determinado tempo. Oportuno lembrar que o RPPS diverge radicalmente do RGPS na medida em que, naquele regime, a base de cálculo da contribuição previdenciária não se sujeita a um teto, o que tende a elevar, às vezes significativamente, o valor final dessa contribuição.*

18. Sistemáticamente, porque o art. 40 da Constituição Federal estabelece o regime de previdência social próprio dos servidores públicos (RPPS). Servidores públicos no caput do art. 40 são os “titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações”. Qual deve ser então a inteligência de serviço público no inciso III do § 1º do art. 40? Para harmonizar servidores públicos e serviço público, este deve ser lido como o serviço prestado como servidor a que se refere o art. 40 da Constituição Federal, ou seja, sujeito ao RPPS.

19. Nesse ponto parece residir a divergência maior da tese apresentada pela Inspeção com aquela defendida por essa Procuradoria. Em verdade, há que ter em mente dois conceitos jurídicos absolutamente diversos. O caput do art. 40 da CF trata daqueles **servidores públicos vinculados ao RPPS**, pois somente estes podem aposentar-se pelas regras desse citado artigo. Por outro lado, o conceito de efetivo exercício no serviço público, contido no § 1º, III,

da CF, diz respeito a **requisito temporal para aposentação**. São coisas distintas. Veja-se.

20. A interpretação dos preceitos constitucionais, quer seja teleológica ou sistemática, não infirma essa noção. Ambos os conceitos estão inseridos no art. 40 da CF porque são interligados umbilicalmente. Para que se ofereça oportunidade de aposentadoria pelo artigo 40, é forçoso que o servidor público tenha **vínculo jurídico** com o RPPS. Cumprida essa fase, passa-se, então, aos **requisitos** necessários à inativação, dentre eles, o tempo mínimo de exercício no serviço público. Ora, o constituinte algemou a aposentadoria do artigo 40 aos braços do servidor com vínculo jurídico com o RPPS, por interpretação teleológica ou sistêmica, *ex-vi* do artigo 201 da CF. Entrementes, no requisito de tempo de serviço público para a aposentadoria (§ 1º, III, do art. 40, CF), exigiu apenas a prestação de serviço público, sem quaisquer outras condicionantes ou especificidades.

21. Em suma, o *caput* do artigo 40 da CF diz respeito a **vínculo jurídico com o RPPS**, enquanto o inciso III, do § 1º, assinala **requisito para aposentadoria**. Coisas diversas, portanto.

22. Em seu acurado exame, a digna Inspetoria assevera que o entendimento mantido por esta Procuradoria, congruente com o adotado pelo TCU e endossado pela ON nº 2/09-MPS/SPS, conduziria a um paradoxo insuperável, se, por exemplo, ocorresse o suposto caso:

- um servidor que tenha trabalhado de 1994 a 2004 em empresa estatal, sendo admitido, ainda em 2004, em órgão público. Esse servidor tem hoje, em 2009, quinze anos de serviço público (relativos ao período de 1994 a 2009). Mas, ainda de acordo com o entendimento em tela, ele ingressou no serviço público cinco anos atrás (em 2004). Como pode ele já ter hoje quinze anos de serviço público se ele só ingressou no serviço público há cinco anos?

23. Com a devida vênia, não há paradoxo, existem conceitos diferentes. Uma coisa é tempo de efetivo exercício no serviço público, outra, é tempo em cargo efetivo no serviço público. Veja-se, no exemplo, que o servidor terá, de fato, quinze anos de serviço público, mas cinco anos de serviço público em **cargo** público efetivo, que é aquele que, de forma simplificada, pode ser entendido como o lugar instituído na Administração, com atribuições e responsabilidades próprias, remuneração específica, a ser ocupado por um titular, devidamente

aprovado em concurso público. Note-se que o próprio comando constitucional (inciso III, § 1º, art. 40) indica a necessidade de que o servidor tenha dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, sem que haja qualquer paradoxo, pois se trata de conceitos diversos.

24. A 4ª ICE pondera, por fim, que a ressalva feita pelo Ministério Público, no que tange ao art. 6º da EC nº 41/03¹, soa como desnecessária. Veja-se o argumento:

60. Se for suprimido “ressalvado o direito de opção à aposentadoria pelas normas estabelecidas pelo art. 40 da Constituição Federal ou pelas regras estabelecidas pelo art. 2º desta Emenda”, nenhum prejuízo haverá para o sentido do texto, na medida em que a regra de transição em comento estabelece uma **faculdade**, que não exclui, nem poderia fazê-lo, o direito à aposentadoria por outras regras, sejam elas permanentes ou transitórias.

61. Ademais, nela o ingresso no serviço público não passa de mais um requisito, a par da idade, do tempo de contribuição, do tempo no serviço público, do tempo na carreira e do tempo no cargo.

62. Na esteira do pensamento ora desenvolvido, o art. 6º pode ser assim reescrito:

Art. 6º O servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, poderá aposentar-se com proventos integrais, que corresponderão à totalidade da remuneração do servidor no cargo efetivo em que se der a aposentadoria, na forma da lei, quando, observadas as reduções de idade e tempo de contribuição contidas no § 5º do art. 40 da Constituição Federal, vier a preencher, cumulativamente, as seguintes condições:

I – sessenta anos de idade, se homem, e cinquenta e cinco anos

¹ Art. 6º Ressalvado o direito de opção à aposentadoria pelas normas estabelecidas pelo art. 40 da Constituição Federal ou pelas regras estabelecidas pelo art. 2º desta Emenda, o servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que tenha ingressado no serviço público até a data de publicação desta Emenda poderá aposentar-se com proventos integrais, que corresponderão à totalidade da remuneração do servidor no cargo efetivo em que se der a aposentadoria, na forma da lei, quando, observadas as reduções de idade e tempo de contribuição contidas no § 5º do art. 40 da Constituição Federal, vier a preencher, cumulativamente, as seguintes condições:

I - sessenta anos de idade, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade, se mulher;
II - trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher;

III - vinte anos de efetivo exercício no serviço público; e

IV - dez anos de carreira e cinco anos de efetivo exercício no cargo em que se der a aposentadoria.

de idade, se mulher;

II – trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher;

III – vinte anos de efetivo exercício no serviço público;

IV – dez anos de carreira e cinco anos de efetivo exercício no cargo em que se der a aposentadoria; e

V – ingresso no serviço público até a data de publicação desta Emenda.

63. Por conseguinte, o tempo no serviço público deve ser avaliado da mesma maneira que o ingresso no serviço público, queremos crer.

64. Socorremo-nos uma vez mais do Parecer nº 1.181/08-DA (Processo nº 14.842/08):

56. Veja-se que a acepção da expressão “serviço público” não pode ter duplo sentido máxime quando presente em um mesmo artigo. Nesse passo, não restam dúvidas que a dicção dada àquele vocábulo, para fins de percepção das benesses contidas no sobredito dispositivo legal, refere-se, no **caput**, ao ingresso nos quadros dos entes de direito público, quais sejam, Administração direta, autárquica ou fundacional, antes do advento da EC 20/98, sendo desarrazoado entender que o mesmo vocábulo, contido no inciso III, teria sentido diverso.

25. Mais uma vez, acredita o *Parquet* ter ocorrido erro de premissa. Nesse sentido, pede-se vênua para discordar do Parecer nº 1.181/08-DA, do douto Procurador Demóstenes Tres Albuquerque.

26. Em realidade, o vocábulo “serviço público” não possui sentido diverso no *caput* e no inciso III do artigo 6º da EC 41/03. Como já defendido alhures, inclusive pelo Órgão Técnico, o conceito de serviço público possui um só núcleo essencial. Ocorre, entretanto, que, para efeito do inciso III do artigo 6º da EC 41/03, a expressão tempo de serviço público contempla **requisito** para inativação, sem quaisquer restrições, porquanto foi exigida pela norma apenas a prestação de serviço público, sem qualquer outra condicionante.

27. Já quanto ao *caput* do artigo 6º da EC 41/03, o conceito de serviço público une-se à exigência de serviço prestado à administração direta, pois empregados de empresas públicas e de sociedades de economia mista não podem fazer opção pelas regras de aposentadoria previstas no artigo 40 da CF, como possibilita o normativo citado, uma vez que são submetidos à aposentadoria pelas regras do RGPS.

28. Assim, a premissa levantada pela Inspeção, de que se for suprimido “ressalvado o direito de opção à aposentadoria pelas normas estabelecidas pelo art. 40 da Constituição Federal ou pelas regras estabelecidas pelo art. 2º desta Emenda”, nenhum prejuízo haverá para o sentido do texto,

não se apresenta correta, na visão do *Parquet*. Isso porque, repita-se, as condições do *caput* e do inciso III são distintas. A primeira refere-se ao **direito de opção** que só possui quem ocupava cargo público efetivo até a promulgação da EC 41/03; a segunda trata de mais um **requisito** para aposentadoria (tempo de serviço público), ao lado da idade mínima, do tempo de contribuição, do tempo na carreira e do tempo no cargo.

29. Em virtude dessa distinção é que o Ministério Público também encontra óbices à tese alternativa apresentada pela Inspeção, uma vez que o **direito de opção** pelas regras insculpidas no *caput* do art. 6º da EC 41/03 e no *caput* do art. 3º da EC 47/05 não socorre os ocupantes de empregos nas empresas públicas e nas sociedades de economia mista, bem como os ocupantes de cargos comissionados, porquanto vinculados ao RGPS, conforme estabelece o § 13 do artigo 40 da CF. De fato, somente quem tinha o vínculo jurídico com o RPPS, portanto jungido às regras do artigo 40 da CF, à época da edição das citadas emendas constitucionais, possuem tal direito. Essa é inclusive a natureza jurídica da regra de transição, ou seja, permitir a passagem de uma situação antiga a uma nova, para quem já se encontrava no sistema previdenciário próprio.

30. Assim, como o constituinte determinou, nas regras de transição, que somente quem era ocupante de cargo público detinha o **direito de opção**, entende-se inviável que o conceito de serviço público existente no *caput* do art. 6º da EC 41/03 e no *caput* do art. 3º da EC nº 47/05 possa abranger também as empresas públicas e as sociedades de economia mista. A esse respeito, inclusive, cabe trazer à colação o magistério de Uadi Lammêgo Bulos²: *quando a Constituição define as circunstâncias em que um direito pode ser exercido, esta especificação importa em proibir, implicitamente, que (...) venha a sujeitar o exercício do direito a condições novas.*

31. Foi com esse sentido, inclusive, que o Ministério da Previdência Social alterou o art. 70 da ON nº 02/2009, que passou a ter a seguinte dicção:

Na fixação da data de ingresso no serviço público, para fins de verificação do direito de opção pelas regras de que tratam os arts. 68 e 69, quando o servidor tiver ocupado, sem interrupção, sucessivos cargos na Administração Pública direta, autárquica e fundacional, em qualquer dos entes federativos, será considerada a data da investidura mais remota dentre as ininterruptas. (Redação dada pela Orientação Normativa SPS nº 03, de 04/05/2009)

² Manual de Interpretação Constitucional. São Paulo: Saraiva, 1997.p.89

32. As demais implicações da tese aventada pela Unidade Técnica ficam, assim, prejudicadas.

33. Com base, portanto, nessas ponderações, este Ministério Público defende as seguintes premissas:

- embora, de fato, a ON nº 2/2009-MPS/SPS não tenha aplicação coercitiva no âmbito do Distrito Federal, conforme já definiu o Tribunal, não se pode descartar que sua destinação dirija-se a todos os regimes próprios de previdência, não se mostrando razoável que a interpretação do conceito de serviço público seja multifacetada, porquanto deve ter suporte constitucional único;
- segundo o Tribunal de Contas da União, para fins do art. 40, inciso III, da CF, o conceito de “serviço público” deve ser entendido de forma ampla, para abranger também as empresas públicas e sociedades de economia mista, diferentemente do conceito de “serviço público” contido no caput do art. 6º da Emenda Constitucional nº 41/03 e no caput do art. 3º da EC nº 47/05, que deve ser tomado de forma restrita, para alcançar apenas a Administração Pública, direta, autárquica e fundacional;
- o *caput* do artigo 40 da CF diz respeito a **vínculo jurídico com o RPPS**, enquanto o inciso III, do § 1º, do citado artigo, assinala **requisito para aposentadoria**. Coisas diversas, portanto;
- a tese alternativa apresentada pela Inspeção não pode prosperar, pelo fato de que o **direito de opção** pelas regras insculpidas no *caput* do art. 6º da EC 41/03 e no *caput* do art. 3º da EC 47/05 não socorre os ocupantes de empregos nas empresas públicas e nas sociedades de economia mista. De fato, somente quem tinha o vínculo jurídico com o RPPS, portanto jungido às regras do artigo 40 da CF, à época da edição das citadas emendas constitucionais, possuem tal direito. Essa é inclusive a natureza jurídica da regra de transição, ou seja, permitir a passagem de uma situação antiga a uma nova, para quem já se encontrava no sistema previdenciário próprio;
- assim, coerentemente com a posição adotada pelo TCU, entende essa Procuradoria que, para efeito do inciso III do artigo 6º da EC 41/03, do inciso II do artigo 3º da EC 47/05 e do inciso III do artigo 40 da Constituição, a expressão tempo de serviço público contempla tanto os períodos prestados na

administração direta, quanto na indireta, pois o constituinte exigiu apenas a **prestação** de serviço público, sem quaisquer outras condicionantes ou especificidades;

- no que tange ao *caput* do artigo 6º da EC 41/03 e ao *caput* do artigo 3º da EC 47/05, o conceito de serviço público une-se à exigência de serviço prestado à administração direta, pois empregados de empresas públicas e de sociedades de economia mista, bem como ocupantes de cargo em comissão, não podem fazer opção pelas regras de aposentadoria previstas no artigo 40 da CF, como possibilita os normativos citados, uma vez que são submetidos à aposentadoria pelas regras do RGPS.

34. Diante de todo o exposto, o *Parquet*, lamentando uma vez mais discordar do Corpo Técnico, opina no sentido de que a Corte reveja as orientações exaradas na Decisão-TCDF nº 7211/08, proferida no Processo nº 14842/08, que cuidou de Consulta formulada pelo Secretário de Estado de Planejamento e Gestão acerca do alcance da expressão “efetivo exercício no serviço público”, constante do art. 40 da Constituição Federal, do art. 6º da Emenda Constitucional nº 41/2003 e do art. 3º da Emenda Constitucional nº 47/2005, bem como da natureza do serviço prestado a empresas públicas e a sociedades de economia mista, tendo em vista os novos argumentos apresentados neste parecer, os quais são corroborados por entendimento mantido pelo Tribunal de Contas da União e pelo Ministério da Previdência Social.

É o parecer.

Processo nº 15.347/09
Parecer nº 1.170/09-IMF
Decisão nº 6.641/09





