

# REVISTA TCU

# 142

Revista do Tribunal de Contas da União | Brasil | Ano 50

Mai-Dez | 2018



© Copyright 2018, Tribunal de Contas da União do Brasil

Os conceitos e opiniões expressas em obras doutrinárias assinadas são de inteira responsabilidade dos autores.

A reprodução completa ou parcial desta publicação é permitida, sem alterar seu conteúdo, desde que citada a fonte e sem fins comerciais.

**www.tcu.gov.br**

#### **Missão**

Aprimorar a administração pública em benefício da sociedade por meio do controle externo.

#### **Visão**

Ser referência na promoção de uma administração pública efetiva, ética, ágil e responsável.



Tribunal de Contas da União - v.1, n.1 (1970) - - Brasília: TCU, 1970

v.

De 1970 a 1972, periodicidade anual; de 1973 a 1975, quadrimestral; de 1976 a 1988, semestral; de 1990 a 2005, trimestral; 2006, anual; a partir de 2007, quadrimestral

ISSN 0103-1090

1. Controle de gastos públicos - Brasil, 2. Controle externo - Brasil, I.  
Tribunal de Contas da União.

Catalogada pela Biblioteca Ministro Ruben Rosa



## **TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO**

#### **FUNDADOR**

Ministro Iberê Gilson

#### **SUPERVISOR**

Ministro José Mucio Monteiro

#### **CONSELHO EDITORIAL**

Ministro-substituto Augusto Sherman Cavalcanti

Procuradora-Geral Cristina Machado da Costa e Silva

Rainério Rodrigues Leite

Claudio Souza Castello Branco

Maurício de Albuquerque Wanderley

Carlos Roberto Caixeta

#### **EDIÇÃO**

Flávia Lacerda Franco Melo Oliveira

Clemens Soares dos Santos

#### **COLABORAÇÃO**

Avelina Ferreira de Almeida

#### **TRADUÇÃO**

Secretaria de Relações Internacionais

#### **PROJETO GRÁFICO**

Marcello Augusto Cardoso dos Santos

#### **CAPA, DIAGRAMAÇÃO E FOTOMONTAGENS**

Beatriz Melo Franco Nery

#### **IMAGENS**

iStock

#### **Departamento de Pós-Graduação e Pesquisas**

St. de Clubes Esportivos Sul

Trecho 3 Lote 3

Brasília, DF, 70200-003

revista@tcu.gov.br

Impresso pela Sesap/Segedam

**ISSN eletrônico - 2594-6501**

**ISSN impresso - 0103-1090**

## Carta ao Leitor

### José Mucio Monteiro

Ministro do Tribunal de Contas da União e supervisor do Conselho Editorial da Revista do TCU.



### PREZADO LEITOR,

Em continuidade ao processo de modernização e qualificação técnico-científica da Revista do TCU, a partir dessa edição, a Revista passará a ter a submissão e publicação contínuas de artigos na versão eletrônica. Os artigos ficarão disponíveis para consulta logo após a avaliação cega pelos pares, sem necessidade de aguardar o fechamento da edição impressa. A mudança visa a garantir a celeridade do processo editorial e a divulgação tempestiva dos trabalhos, possibilitando a melhoria dos indicadores de relevância do periódico. O novo suporte digital, que apresenta as edições anteriores da Revista desde 1997, permite maior dinamismo na publicação dos artigos e amplia significativamente o número de leitores. A edição impressa será mantida semestralmente.

O entrevistado do quadrimestre é Murilo Portugal. Atual presidente da Federação Brasileira dos Bancos (Febraban), Portugal já foi Secretário do Tesouro Nacional, Diretor Executivo do Banco Mundial, Vice-Diretor do Fundo Monetário Internacional (FMI). Ele expõe sua percepção sobre a produtividade nacional e os caminhos para alcançar um padrão de excelência mundial.

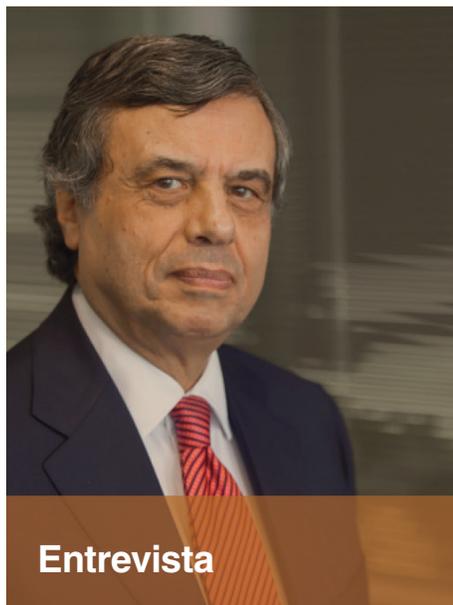
Na coluna Opinião, Horácio Sabóia, Auditor Federal de Controle Externo do TCU e especialista em gestão de riscos, trata das características de dois modelos de órgãos criados para fiscalizar a despesa pública: Auditoria Geral e Tribunal de Contas.

Em destaque neste número estão os resultados alcançados pelo TCU com as ações de controle externo durante o ano de 2018; o Relatório de Políticas e Programas de Governo 2018, que aponta algumas das deficiências que comprometem os resultados de políticas públicas no Brasil; e o informe acerca do Relatório Sistemático sobre Transparência Pública que identifica as causas comuns para a falta de transparência no setor público.

Os artigos abordam temáticas variadas, dentre as quais destacam-se: a equiparação das garantias e prerrogativas dos ministros ou conselheiros e ministros e auditores substitutos dos tribunais de contas brasileiros à magistratura nacional; a acumulação de cargos, empregos ou funções públicas na Constituição Federal e na Lei 8.112/1990; o regime de contratação integrada e a adoção discricionária ou vinculada pelo gestor; o princípio do contraditório e da ampla defesa no âmbito das sanções administrativas positivadas na Lei 13.303/2016 (Lei das Estatais); e o princípio da efetividade na auditoria operacional.

Convido os leitores a participarem da Revista do TCU lendo, comentando ou contribuindo com artigos.

*Boa leitura!*



**Entrevista**

Produtividade e desafios para o crescimento nacional

*Murilo Portugal*



**Opinião**

**6** Auditor Geral ou Tribunal de Contas

*Horácio Sabóia Vieira*



**Destques**

**10** Benefícios financeiros da atuação do TCU superam 25 bi em 2018 **15**

Controle externo a serviço da melhoria de políticas públicas **17**

Relatório sistêmico aponta principais entraves para a Transparência **18**

## Artigos

## Índice

Inciência das Normas de Equiparação  
Constitucional das Garantias e Prerrogativas dos  
Membros e Auditores de Tribunais de Contas com as  
Típicas dos Magistrados do Poder Judiciário

*Alex Pereira Menezes*

**20**

Índice de autores

**88**

Como publicar na  
revista do TCU

**89**

A ímproba “opção” oferecida pelo § 5º do art. 133 da  
Lei 8.112/1990 a quem acumula cargos ou empregos  
públicos de forma ilícita

*Josir Alves de Oliveira*

**34**

Regime de Contratação Integrada: Vinculante ou  
Discricionário?

*Jessé Torres Pereira Junior*

*Marinês Restelatto Dotti*

**49**

O Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa na  
Lei das Estatais (Lei 13.303/2016)

*Welder Lima*

**65**

Auditorias Operacionais com Foco no Princípio da  
Efetividade: Breve Panorama nos Tribunais de Contas  
do Brasil

*Luiz Gilberto Monclaro Mury*

**73**



## Produtividade e desafios para o crescimento nacional



### **Murilo Portugal**

Advogado e economista, Murilo Portugal tem uma longa carreira no setor público e em organismos internacionais. Foi Secretário do Tesouro Nacional de 1992 a 1996, quando assumiu o cargo de Diretor Executivo do Banco Mundial (1996 a 1998). Em seguida, tornou-se Diretor Executivo (1998 a 2005) e Vice-Diretor Geral (2006 a 2011) do Fundo Monetário Internacional (FMI). Desde 2011, é Presidente da Federação Brasileira dos Bancos (Febraban). À Revista TCU, Murilo Portugal fala sobre produtividade e desafios para o crescimento nacional.

*Precisamos fazer mais e melhor com menos. Parece contraditório, mas o mundo progrediu dessa maneira, e isso significa aumentar a produtividade.*

***Diante do cenário de restrição fiscal, quais são os desafios que o Senhor enxerga como cruciais para que o Brasil consiga reequilibrar suas contas públicas e ao mesmo tempo financiar as necessidades de desenvolvimento econômico-social?***

Olha, eu acho que a Emenda Constitucional 95, aprovada em 2016, é muito importante para o Brasil. A Holanda foi o primeiro país a ter teto de gastos, ainda na década de 90. Depois foi a vez da Suécia e da Noruega. De acordo com um estudo do FMI, ao comparar o desempenho de 57 países, no período de 1985 até 2012, 26 deles com teto de gastos e os outros 31 sem essa limitação, foi possível verificar que os países que tinham teto de gastos obtiveram desempenho fiscal melhor, despesas primárias menores e maior crescimento econômico. Há uma correlação negativa entre níveis elevados de dívida pública e crescimento econômico. Crescimento não é gerado pelo setor público, crescimento é gerado pelo setor privado. Eu não vejo essa dicotomia entre crescimento econômico e restrição das despesas públicas, ao contrário, quem vai financiar o desenvolvimento econômico do Brasil é o setor privado, são as empresas, são as famílias, não é o governo. Por essa razão, acho positivo o estabelecimento do teto de gastos aprovados pela EC 95, pois esse limite vai nos forçar a realmente estabelecer prioridades.

Eu trabalhei 33 anos no setor público e agora estou trabalhando há 10 anos no setor privado. No setor público, parece que a ideia de você dar prioridade a um setor é quanto você gasta. No setor privado, é quanto você produz que importa. Então o objetivo é produzir mais e gastar menos, no setor público é: vamos gastar quanto em saúde? Vamos gastar quanto em educação? Sem uma preocupação com o resultado. Por outro lado, para a população o que importa é o quanto é produzido na área de saúde, o quanto é produzido na área de educação. Agora, para quem vende produtos para o governo ou para quem trabalha no governo, talvez, a coisa mais importante seja o gasto e não o resultado. Temos que ter uma mudança de foco do quanto gasta para o quanto produz, pois é assim que o setor privado trabalha. Precisamos fazer mais e melhor com menos. Parece contraditório, mas o mundo progrediu dessa maneira, e isso significa aumentar a produtividade.

***Em relação à eficiência e à produtividade também parece haver consenso de que o Brasil precisa melhorar a qualidade do gasto público para alcançar um padrão razoável de crescimento sustentável. O que é preciso fazer para elevar a produtividade do Brasil e com isso a competitividade do produto nacional?***

Bom, a produtividade é o principal motor do desenvolvimento econômico de longo prazo e várias coisas são necessárias para impulsioná-la: aumentar a taxa investimento público e privado, qualificar o trabalhador para aumentar a produtividade, introduzindo novos métodos, novas tecnologias produtivas. E tudo isso é feito com o aumento da taxa de investimento. Para aumentar a taxa de investimento, precisamos aumentar a taxa de poupança de uma maneira sustentável e não gerando problemas de desequilíbrio externo. Nós precisamos aumentar a taxa de poupança doméstica, que é baixa, baixíssima. Poupávamos 16% do PIB, agora estamos em



14%, mas já chegamos a investir 21% do PIB. Com investimento, melhoramos a qualificação dos trabalhadores, investimos em inovação e tecnologia, e tornamos a nossa economia mais competitiva.

Veja, nós vivemos num mundo competitivo. Temos que fazer as coisas melhor do que os outros países estão fazendo, se quisermos ter sucesso. Se não melhor, pelo menos no mesmo nível. Para isso, é importante maior abertura da economia brasileira, nos forçando a ser mais competitivos ao vender nossos produtos no mercado externo e competir internamente com produtos estrangeiros vendidos aqui. É difícil ter um país que tenha feito essa transição de um país de renda média, como é o caso do Brasil, para um país desenvolvido, sem um grau maior de abertura na economia. Em resumo, o caminho é mais investimento, mais educação, mais inovação e mais abertura da economia doméstica.

*A que o Senhor atribui a dificuldade do Brasil em falar sobre a abertura da economia?*

Não conheço a razão. Talvez uma ideologia no Brasil de que nós devemos aproveitar mais o mercado interno em vez de tentar competir no mercado externo. Entendo que essa não é a postura mais adequada. Talvez seja nossa herança histórica, não sei a que atribuo essa postura, mas o Brasil é um país fechado. Nosso percentual de comércio exterior é baixo. Nossas exportações são próximas a 12% do PIB, enquanto a Coreia do Sul é maior do que 26% do PIB.

*Diante de sua experiência em outros países, que boas práticas destacaria para aumentar a produtividade? Em alguns países como a Austrália e a Nova Zelândia, há o que chamo de “comissão de produtividade” e tem resultados alvissareiros. No ranking “Doing Business” do Banco Mundial, por exemplo, a Nova Zelândia é a primeira colocada, o que evidencia os avanços que aquele país conseguiu. Qual caminho o Brasil deveria trilhar?*

Eu trabalhei 13 anos nos Estados Unidos. Primeiro no Banco Mundial e depois no Fundo Monetário Internacional, como Vice-Diretor Geral. Tinha 81 países sob a minha gestão, inclusive a Nova Zelândia e a Austrália. No mundo inteiro, eles dão muita importância à produtividade tanto no setor privado quanto no setor público. Na Nova Zelândia, por exemplo, a concorrência é acirrada. Para sobreviver é preciso ser tão competitivo quanto o concorrente. No setor público, não acontece muito isso, mas há foco no resultado.

*E no Brasil, como integrar essa lógica de produtividade ao setor público?*

Eu acho que é um desafio muito grande. Quando fui Secretário do Tesouro, implantei um sistema de remuneração por desempenho. Foi muito difícil. Isso foi em 1994. É desse período a criação da gratificação de desempenho por produtividade. Foi uma luta para conseguir, mas deu um resultado muito positivo no Tesouro. Depois de implantado lá, foi disseminado para outros órgãos, mas a experiência no Tesouro foi muito positiva. Na minha primeira semana como Secretário teve uma greve. A remuneração dos servidores do Tesouro Nacional equivalia a US\$ 300,00. Eles ficaram 40 dias em greve e os que não aderiram tiveram que rodar a folha do Ministério da Guerra. Apesar do esforço, no final, deu tudo certo. Na época, saímos com a seguinte proposta: quem trabalhar mais e melhor, vai ganhar mais! A partir daí, criamos os incentivos corretos. Somávamos o número de pontos. Cada ponto valia 1 real. Isso representava



metade do salário no Tesouro e era relacionado às metas concretas da mesma forma que era feito no setor privado.

*O senhor acha que esse é o caminho do setor público?*

Eu acho. Acho que a gente tem que discutir também a questão da estabilidade em carreiras que não são carreiras de Estado. Lógico que o Tribunal de Contas, o Poder Judiciário, o Ministério Público são órgãos com carreiras típicas de Estado, mas o professor, o médico, o engenheiro e várias outras profissões não possuem essa característica.

*Outra questão que o senhor tem ressaltado é a importância de se medir custos. Parece uma coisa meio óbvia, mas que ainda precisa de avanços. Como é que o senhor vê essa dificuldade que a gente tem hoje em medir custos e como o TCU poderia atuar para isso?*

É um caminho muito difícil e permanente, porque cortar custos é igual cortar unhas, você corta e cresce de novo, você corta e cresce de novo... Tem que ficar cortando o tempo todo. Eu acho que o Tribunal poderia ter um papel importante dentro da administração pública. Saber o custo unitário de cada atividade, seja na saúde, seja na educação, seja nesses setores que são importantes para população e que consomem volumes significativos de recursos públicos. É preciso tentar estabelecer medidas de custo unitário de um determinado serviço e comparar com o custo unitário do setor privado, e fazer a mesma coisa em relação aos indicadores de qualidade. Você tem que medir duas coisas: o custo e a qualidade. Porque o contribuinte não quer saber quanto você gasta, ele quer saber quanto você produz, embora exista uma relação entre quanto você gasta e quanto você produz, não é uma relação de um para um, então às vezes você aumenta o gasto e não aumenta o resultado.



## Auditor Geral ou Tribunal de Contas



### **Horácio Sabóia Vieira**

É Auditor Federal de Controle Externo no TCU desde julho de 1992. Tem formação em Engenharia Civil, Matemática e Pós-graduação em Economia pela Universidade de Brasília. Participou de intercâmbios junto ao National Audit Office (EFS do Reino Unido) e ao Office of the Auditor General of Canada (EFS do Canadá). Trabalhou no Intosai Development Initiative por um ano, como Consultor. Exerceu os cargos de Chefe de Gabinete, Assessor de Ministro e Diretor de unidade técnica. Atualmente está na Seplan, trabalhando com gestão de riscos.



## CONTEXTO

Cada nação tem sua própria organização governamental, que resulta do seu processo histórico e do jogo de forças que definem a divisão do poder. Essa divisão também reflete, em alguma medida, as características culturais e os valores predominantes na sociedade, pois esses aspectos são vetores de grande influência nos rumos e na formação de um país. No entanto, mesmo diante da diversidade idiossincrática que caracteriza o universo das nações que hoje existem e atuam no teatro global, é possível identificar arranjos governamentais, que buscam responder a questões relevantes para a estabilidade das instituições públicas e guardam similitude na sua função, ainda que, por vezes, assumam formas algo diferentes.

A clássica divisão tripartite de poderes (executivo, legislativo e judiciário) tem sido amplamente adotada por muitos países nos dias atuais, na qual tipicamente os titulares dos poderes legislativo e do executivo são eleitos diretamente pela população. Nesse arranjo, cabe ao legislativo aprovar o orçamento público e toca ao executivo o cumprimento do orçamento aprovado. É certo que tanto o legislativo como o judiciário também executam suas cotas orçamentárias, mas em geral o valor mais representativo da despesa pública está a cargo do executivo.

Uma questão de extrema importância nesse contexto diz respeito ao controle e à transparência dos gastos públicos. Os gestores da res publica têm a potestade de decidir como serão utilizados os recursos públicos e o dever de fazê-lo sempre em benefício da sociedade, de forma transparente e responsável. Para garantir que essas finalidades são atingidas, tem sido observada a existência de dois modelos predominantes de controle externo, um calcado na tradição anglo-saxã (Westminster Model), frequentemente identificado como Auditor Geral, adotado em países como o Reino Unido, Canadá, Estados Unidos, e outro enraizado na tradição latina, a exemplo de países como a Itália, França, Portugal e Brasil, denominado de Tribunal de Contas (ou Corte de Contas).

Sou auditor de controle externo no Tribunal de Contas da União há mais de 26 anos, e também tive oportunidade de conhecer de perto o sistema de Auditor Geral, principalmente em razão de intercâmbios de que participei no Reino Unido (*National Audit Office - NAO*, Londres) e no Canadá (*Office of the Auditor General of Canada - OAG*, Ottawa), além de frequente participação em atividades e eventos do IDI (*Intosai Development Initiative*). Surge uma interessantíssima questão: qual dos dois modelos é o melhor? Talvez ainda mais importante seja o debate sobre qual modelo é o melhor para o nosso país. Gostaria de oferecer minha contribuição para essa discussão, a partir de uma comparação entre o funcionamento do Auditor Geral do Canadá (OAG) e do TCU.

## NO CANADÁ

O cargo de Auditor Geral do Canadá é exercido por profissional escolhido pelo Parlamento, para mandato fixo de dez anos, não renovável. Goza de ampla independência de atuação, traduzida na liberdade para escolher áreas ou temas que serão auditados, recrutar sua equipe e ainda tem garantia de acesso a todos documentos e informações no âmbito do governo federal do Canadá. O resultado do seu trabalho são os relatórios de auditoria, cobrindo dois tipos: auditoria financeira, em que se examinam também aspectos de legalidade, e auditoria de desempenho, segundo o conceito tradicional consubstanciado no trinômio economicidade, eficiência e eficácia.



Como esse modelo contribui para o controle externo das despesas, transparência e responsabilização? Os relatórios são enviados ao parlamento, em datas fixas, e também são objeto de ampla divulgação pela imprensa. O Auditor Geral do Canadá pode divulgar seus relatórios a partir da data em que formalmente os apresenta ao parlamento, independente da atuação do congresso a respeito do seu conteúdo. No congresso, há um Comitê de Contas públicas, liderado pelo maior partido da oposição, que recebe os relatórios do Auditor Geral e promove sessões públicas em que o Primeiro Ministro e sua equipe ministerial são sabatinados quanto aos achados das auditorias.

A mídia e o controle social exercem grande pressão sobre os titulares do poder executivo, dada a elevada credibilidade atribuída ao Auditor Geral. Embora não exista nenhum mecanismo que torne obrigatória aos gestores a adoção das recomendações exaradas pelo Auditor Geral, a cultura de respeito à sociedade e de transparência, apoiada na sólida reputação do Auditor Geral, faz com que a maioria delas seja implementada pelos gestores.

Assim, os pilares desse mecanismo são: independência e credibilidade do Auditor Geral, efetivo funcionamento do Comitê de Contas Públicas, ampla divulgação na mídia e controle social. Se apenas um desses sustentáculos ruir, toda a cadeia de prestação de contas e responsabilização (*accountability chain*) ficará interrompida. Vê-se que a eficácia da atuação do Auditor Geral depende fortemente de atores externos, especialmente do Comitê de Contas Públicas, da mídia e da pressão social, associados à cultura dominante de seriedade com o gasto público e respeito pela sociedade.

Dentre os fatores determinantes da eficácia do modelo, o único que depende exclusivamente do Auditor Geral é a manutenção da sua reputação intocável e da sua elevada credibilidade, derivada de alto nível de competência profissional e isenção político-partidária na sua atuação.

## NO BRASIL

Nosso modelo constitucional conferiu ao Congresso Nacional a função de controle externo, com auxílio do Tribunal de Contas da União. Em termos de competências, o TCU pode desenvolver amplo espectro de diferentes ações de controle externo, incluídos todos os tipos de auditorias característicos de um auditor geral. O resultado final da ação do TCU concretiza-se na prolação de acórdãos, que podem ter caráter vinculante, no caso de conterem determinações voltadas para corrigir inobservâncias da lei, ou natureza de recomendação, quando aprecia os relatórios de auditoria operacional (de desempenho). Mas as diferenças não param aí. O TCU pode declarar gestores inabilitados para o exercício de cargos públicos, declarar a inidoneidade de empresas para participar em processos licitatórios junto à Administração Pública Federal. No caso de gestores se recusarem a fornecer informações requeridas, o TCU tem poder de aplicar multa, por exemplo.

Ao julgar irregulares as contas de um gestor público, ele pode tornar-se inelegível, a partir de decisão tomada pela justiça eleitoral a partir do julgamento do TCU. E a condenação em débito torna a dívida junto ao erário líquida e certa, e enseja a instauração de processo judicial de cobrança executiva.

A eficácia da atuação do TCU não depende diretamente nem do Congresso Nacional nem da mídia, em que pese a relevância desses dois atores. As decisões do TCU têm valor em si mesmas, decorrente dos seus poderes legais. A cadeia de prestação de contas e



responsabilização, no nosso modelo, não requer a atuação do Congresso, ainda que seja muito desejável uma participação mais ativa do legislativo no exercício do controle externo, nem depende essencialmente da atuação da mídia ou do controle social, ainda que esses *stakeholders* sejam detentores de forte poder de influência sobre os administradores públicos.

## COMPARAÇÃO

O modelo “auditor geral” depende da existência de um parlamento forte e atuante, em especial de um comitê ou comissão de contas públicas que cobre dos gestores públicos melhorias e correções na gestão, a partir dos relatórios recebidos do auditor geral. Tal comitê somente será bem-sucedido se, de fato, assumir o papel de defensor dos interesses da sociedade, acima dos interesses partidários.

Não vislumbro esse cenário no Brasil. A atuação dos nossos parlamentares ainda está muito caracterizada pela feroz disputa eleitoral entre partidos, do que resulta, com frequência, a priorização da conquista de posições políticas de poder acima da busca pelo bem comum. Se em países de matriz cultural como a canadense prepondera uma cultura de cuidado com a coisa pública e respeito pelo cidadão, requisitos fundamentais para o bom funcionamento do modelo de controle externo por eles adotado, já não ocorre o mesmo em países de fundo cultural latino, em que há uma hipervalorização da cultura jurídica, no sentido de que alguém somente pode ser considerado inabilitado para o serviço público após condenação judicial transitada em julgado.

Se um ministro de estado no Canadá tem sua atuação questionada ou sua imagem maculada por alguma denúncia pública, ou por ter obtido uma opinião com ressalvas do auditor geral sobre seus demonstrativos financeiros, a atitude mais frequente é que essa pessoa se afaste voluntariamente da administração pública, para não causar constrangimentos à sociedade, nem impedir eventuais processos de investigação. Nisso percebe-se o supedâneo cultural que sustenta o modelo de controle do tipo auditor geral, que tem como pressupostos a seriedade no trato com a coisa pública e o respeito à cidadania. Entendem que o cidadão tem direito a gestores públicos eficientes e de reputação acima de qualquer suspeita, independente de processos legais.

Claramente não é essa a cultura que predomina na nossa administração pública. Poderia mencionar não poucos casos recentes em que evidências contundentes de malversação dos recursos públicos veem à tona sem que os envolvidos tomem qualquer atitude no sentido de afastar-se dos cargos que ocupam. Preferem fazer mau uso dos bons princípios do devido processo legal e da presunção de inocência.

Outra diferença relevante é a natureza do produto final (*output*) de cada um dos dois modelos. O resultado final do trabalho do auditor geral divide-se em duas categorias. Nos relatórios de auditoria financeira, é emitida uma opinião sobre os demonstrativos, acompanhada de observações e recomendações de melhoria. Nas auditorias de desempenho, não é emitida opinião, mas são exaradas recomendações voltadas para ganhos de eficiência, eficácia ou economicidade da gestão pública. Nem a opinião nem as recomendações impõem observância obrigatória pelos gestores, tampouco servem para aplicar qualquer tipo de sanção.



No ambiente político e cultural que domina a administração pública brasileira um modelo de controle externo desprovido de qualquer poder vinculante ou sancionatório tenderia a ter sua atuação completamente desconsiderada pelos gestores. Por seu turno, o modelo Tribunal de Contas reveste-se de forte autoridade legal e sancionadora, de modo que o gestor não tem como ignorar os resultados das decisões proferidas.

É verdade que o Tribunal de Contas requer estrutura mais complexa e algo mais onerosa, pois precisa contar com profissionais de diversas áreas além das associadas aos trabalhos de auditoria, com destaque para as disciplinas do Direito. Mas o pior custo para a sociedade é aquele que não traz qualquer benefício.

## **CONCLUSÃO**

Valho-me do princípio constitucional da eficiência e da estrutura axiológica proposta na ISSAI 12 para formular minhas conclusões. A ISSAI 12 prescreve que a razão de ser de uma entidade fiscalizadora superior é agregar valor e benefício aos cidadãos, através do desempenho das suas atividades. Associando-se ao caput do art. 37 da nossa Constituição, que determina que a administração pública deve prestar serviços aos cidadãos com eficiência, ou seja, a custos mínimos ou com resultados otimizados, entendo que o melhor modelo de controle externo é aquele que tenha maior potencial para induzir melhoria na qualidade e nos resultados do gasto público, e consequentes benefícios para a sociedade. Pelas razões que expus, o modelo auditor geral seria impotente para induzir esses resultados, em uma sociedade com as características da brasileira. Por seu turno, o modelo Tribunal de Contas, embora um pouco mais complexo, certamente embute maior potencial de induzir mudanças de comportamento nos gestores públicos e melhorar a vida dos cidadãos, considerando-se a matriz política e cultural do nosso país.



## Benefícios financeiros da atuação do TCU superam 25 bi em 2018



O benefício financeiro potencial das ações do Tribunal de Contas da União (TCU) alcançou R\$ 25.104.319.359,00 em 2018. Isso significa que cada R\$ 1 investido no funcionamento do Tribunal trouxe um retorno de R\$ 12,38 para a sociedade.

Esse valor decorre de correções de irregularidades ou impropriedades em atos da Administração Pública realizadas a partir de ações do TCU. Um exemplo foi o acompanhamento da implementação do Programa de Informatização das Unidades Básicas de Saúde (PIUBS), com vistas a prevenir e corrigir eventuais distorções, evitando a ocorrência de irregularidades ou má aplicação de recursos públicos, que gerou mais de R\$ 6,3 bilhões em economia para os cofres públicos (Acórdão 1.961/2018).

Outro exemplo é o acompanhamento sobre a concessão, manutenção e pagamento de benefícios previdenciários pelo INSS (Acórdão 1.057/2018) que trouxe uma economia de mais de 2,5 bilhões à sociedade. Já a fiscalização sobre a quinta rodada de licitações para outorga de blocos em áreas do pré-sal (Acórdão 2.199/2018) para exploração e produção de petróleo e gás natural, alcançou benefícios financeiros de mais de 3,9 bilhões.

Durante o ano de 2018, último ano da gestão do ministro Raimundo Carreiro na Presidência do TCU, 555 fiscalizações foram concluídas pelo Tribunal e 4.687 processos de controle externo foram apreciados de forma conclusiva.

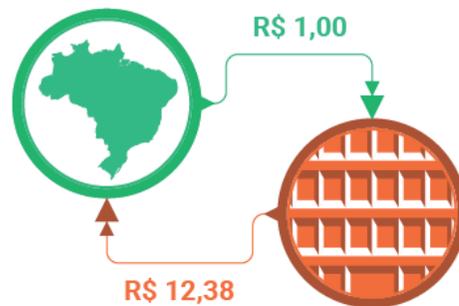
Nesse período, os esforços de fiscalização foram concentrados em quatro principais linhas de ação: combate à fraude e à corrupção; avaliação da eficiência e da qualidade dos serviços públicos; avaliação de resultados de políticas e programas públicos; e promoção da transparência na administração pública federal.

Além do benefício financeiro aferido, as ações de controle também geram outros impactos para o país, como potencial redução de irregularidades pela expectativa de controle, prevenção de desperdício, melhorias na alocação de recursos, sugestões de aprimoramento de leis, redução de danos ambientais e melhoria de políticas públicas.



Em relação à melhoria da eficiência pública, por exemplo, o Tribunal iniciou ações específicas para avaliar disfunções burocráticas e melhorias na qualidade dos serviços públicos. Parte das fiscalizações realizadas sobre o tema foi consolidada no Relatório Sistêmico sobre Disfunções da Burocracia Estatal.

## Retorno de investimento em 2018



Ao apresentar os resultados da gestão, o presidente Raimundo Carreiro destacou também os avanços realizados na seleção dos objetos das ações de controle, que agora priorizam problemas crônicos nacionais. Esses temas, reunidos na Lista de Alto Risco (LAR), são categorizados de acordo com o risco operacional ou financeiro que trazem devido às suas vulnerabilidades à fraude, ao desperdício, ao abuso e ao mau gerenciamento. Trata-se de iniciativa inédita que possibilitará apresentar às futuras gestões os desafios mais relevantes a serem enfrentados pelo Tribunal, permitindo, ainda, melhor planejamento das ações de fiscalização”, disse Carreiro.



## Controle externo a serviço da melhoria de políticas públicas



No exercício de sua missão de aprimorar a Administração Pública Federal por meio do controle externo, o Tribunal de Contas da União (TCU) tem desde 2017, encaminhado ao Governo Federal relatório específico que aponta deficiências institucionais recorrentes e que comprometem os resultados de políticas e a qualidade do gasto público.

O Relatório de Políticas e Programas de Governo (RePP) apresenta um panorama geral que aponta riscos, irregularidades e deficiências relevantes nas políticas públicas avaliadas e que afetam, de forma repetitiva, o alcance dos objetivos.

O documento apresentado em 2018 (Acórdão 2608/2018 Plenário) baseia-se em auditorias realizadas em 18 políticas e programas de governo, que abrangem áreas consideradas de grande interesse social e prioritárias para o País, como saúde, educação, habitação, sistema prisional e infraestrutura hídrica.

Fazem parte do relatório iniciativas como o Programa Minha Casa Minha Vida e o Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE), além da Política de Banda Larga em Regiões Remotas, projetos financiados pela Lei Rouanet e medidas de erradicação do Aedes Aegypti.

As deficiências apontadas pela Corte de Contas estão relacionadas à governança e práticas de gestão e englobam questões como: falhas de transparência na política pública; falhas na qualidade ou descontinuidade do serviço prestado, ausência de análise de eficiência, efetividade e custo-benefício da política; e inoperância de instâncias responsáveis pela política.



O relatório destaca, por exemplo, que de 15 políticas analisadas, 87% apresentaram falhas no processo de seleção dos beneficiários e na destinação da política; e de 13 políticas avaliadas, 62% não foram precedidas de um adequado levantamento de demanda ou diagnóstico do problema. Além disso, de 13 políticas examinadas, 46% desconheciam, de forma clara, o problema que pretendiam enfrentar.

Elaborado em atendimento ao artigo 124 da Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) para 2019, o RePP 2018 foi encaminhado à Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização para subsidiar o Congresso Nacional na discussão do Projeto de Lei Orçamentária Anual (PLOA).

## Relatório sistêmico aponta principais entraves para a Transparência



Apesar dos constantes esforços para aumentar a transparência na Administração, muitos entraves ainda se colocam para o cidadão que busca informações em órgãos e instituições públicas. Mas quais são esses entraves?

De acordo com o Relatório Sistêmico sobre Transparência Pública (FiscTransparência) produzido pelo Tribunal de Contas da União (TCU) as causas mais comuns para a falta de transparência estão relacionadas a falhas nos arranjos internos de governança das organizações públicas e na interpretação da legislação. Da mesma forma, também se destacam a baixa capacidade



dos órgãos e entidades públicas para manejar corretamente as normas e instrumentos de classificação de documentos quanto ao sigilo, e a ainda frágil cultura de dados abertos.

O FiscTransparência é uma consolidação de 45 acórdãos de fiscalizações do TCU realizadas sobre com base em três eixos norteadores: gestão das finanças públicas, transparência na atividade das organizações governamentais e transparência nos indicadores de desempenho e de resultados.

A partir da conexão entre os temas e seus trabalhos correspondentes, o o FiscTransparência permite a identificação sistêmica de aspectos institucionais que propiciam maior *accountability*. A publicação, disponível no Portal TCU ([tcu.gov.br](http://tcu.gov.br)), também lista boas práticas que devem ser compartilhadas e disseminadas para toda a administração pública.



# Inciência das Normas de Equiparação Constitucional das Garantias e Prerrogativas dos Membros e Auditores de Tribunais de Contas com as Típicas dos Magistrados do Poder Judiciário

## Alex Pereira Menezes

Graduado em Direito pela Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe (2014), Ciências Contábeis pela Universidade Tiradentes (2006) e Processamento de Dados pela Universidade Tiradentes (1998). Pós-graduado em Direito Público pela Faculdade Estácio de Sá (2015), em Auditoria Governamental e em Contabilidade Pública pela Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe (2009) e em Estatística pela Universidade Federal de Sergipe (2001). Analista de Finanças e Controle da Controladoria-Geral da União.

## RESUMO

O presente artigo versa acerca da equiparação constitucional dos membros (ministros ou conselheiros) e auditores substitutos dos membros dos tribunais de contas brasileiros à magistratura inata do Poder Judiciário. A correspondência floresce do mandamento haurido do art. 73, *caput* e §§ 3º e 4º, c/c o art. 75, *caput*, da Carta Magna, donde se percebe a inadmissibilidade de que, em pleno front do neoconstitucionalismo, normas de raiz constitucional sejam desfolhadas de concretude. Movido por esse condão e lastreado no tímido tônus doutrinário, o estudo retrata, em síntese, garantias, vantagens e vedações dos magistrados do Judiciário que hão de ser conferidas aos membros e auditores das egrégias cortes de contas tupiniquins.

**Palavras-chave:** Membros. Auditores. Tribunais de contas. Equiparação. Magistratura. Poder Judiciário.

## 1 ARQUÉTIPOS HISTÓRICOS

A previsão constitucional de um Tribunal de Contas no Brasil surgiu, durante o período Imperial, na Carta Magna de 1891, sob o influxo do labor do ministro da Fazenda do governo Deodoro



da Fonseca, Ruy Barbosa, que fomentou a criação do Tribunal de Contas da União (TCU), materializada com o Decreto 966-A, de 7 de novembro de 1890.

A Constituição subsequente, de 1934, inovou, por equiparar os ministros que compunham o TCU a magistrados de tribunais superiores, disposição seguida nas Cartas Políticas seguintes e ampliada sensivelmente na de 1988, em face da equiparação dos auditores dos tribunais de contas brasileiros com os juizes do Poder Judiciário. Com efeito, a Carta Republicana de 1988, na cabeça do seu art. 73, assentou que *“os ministros do Tribunal de Contas da União terão as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos ministros do Superior Tribunal de Justiça”* (art. 73, § 3º) e que *“o auditor, quando em substituição a ministro, terá as mesmas garantias e impedimentos do titular e, quando no exercício das demais atribuições da judicatura, as de juiz de Tribunal Regional Federal”* (art. 73, § 4º). Sobremais, impôs a simetria do modelo federal aos tribunais de contas dos demais entes federativos, consoante disciplina o *caput* do art. 75.

Patente restou que a redemocratização, enraizada pela Carta Cidadã de 1988, fortaleceu a categoria dos auditores (substitutos de ministros do TCU e de conselheiros dos demais tribunais de contas), ao equipará-los a magistrados de última entrância, eis que assim são considerados os juizes dos tribunais regionais federais. Demais, determinou a equivalência dos ministros do TCU a ministros do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e, *ipso facto*, dos conselheiros dos demais tribunais de contas a desembargadores dos tribunais de justiça locais.

Logo, a partir da primeira Constituição promulgada, perpassando pelas demais, outorgadas ou promulgadas, e culminando na de 1988, observa-se a cogência em garantir – dada a força normativa das normas constitucionais, sustentada, notadamente, pelo neoconstitucionalismo – a efetiva equiparação dos membros e auditores de qualquer tribunal de contas do Brasil aos magistrados do Poder Judiciário, a ser vazada tanto nas constituições estaduais e leis orgânicas quanto e, especialmente, nas respectivas normatizações internas das cortes de contas, o que nem sempre vem se concretizando.

Temática que, não obstante seus contornos e suas balizas constitucionais, não vem sendo arrostada comumente pela doutrina abalizada na área administrativa pública. Porquanto, impelido por essa carência doutrinária na temática posta e, também, pela incompatibilidade entre as normas infraconstitucionais de tribunais de contas pátrios e o teor do disposto na Constituição Federal (CF) – malgrado o advento do neoconstitucionalismo –, o trabalho pormenoriza os aspectos indispensáveis de observância para a concretização da efetiva equiparação constitucional dos membros das cortes de contas com os magistrados e exhibe, ao final, resultados que oferecem subsídios e ensanchas ao aprimoramento da legislação de tribunais de contas.

## 2 TRIBUNAIS DE CONTAS

Os tribunais de contas, na visão de Meirelles (2014, p. 73), são *“órgãos funcionalmente independentes e seus membros integram a categoria dos agentes políticos”*, vez que se originam



e haurem sua competência institucional diretamente do texto constitucional, sem subordinação hierárquica ou funcional.

Essas cortes, em virtude do *caput* do art. 71 da *Lex Fundamentalis*, auxiliam o Poder Legislativo no exercício do controle externo da Administração Pública, todavia, nos termos dantes afirmados e agora ratificados (MENEZES, 2014, p. 88):

Não se deve confundir, portanto, o auxílio que presta a este Poder, no que pertine ao controle externo, com qualquer aparato de submissão ou subordinação. Aliás, o STF já reconheceu até mesmo a existência do poder implícito cautelar para os tribunais de contas.

Por essa razão, Alexandrino e Paulo (2014, p. 902) defendem que *“não existe hierarquia entre as cortes de contas e o Poder Legislativo”*.

No escopo do controle fiscal introduzido pela Lei Complementar 101, de 4 de maio de 2000, denominada nacionalmente de Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), à exemplo da verificação dos limites de gastos com pessoal e endividamento, o Tribunal atua, segundo Piscitelli (2012, p. 229), *“como órgão técnico à disposição dos outros Poderes, na busca pelo maior controle e pela responsabilidade na gestão do dinheiro público.”*

A sua importância salta aos olhos, também, quando são discriminadas suas funções, todas de extração constitucional, didaticamente postas por Lima (2013, p. 116), a saber: fiscalizadora, opinativa, julgadora, sancionadora, corretiva, consultiva, informativa, ouvidora e normativa. Atualmente, a República Federativa do Brasil comporta 34 tribunais de contas, abrangendo o TCU, 26 tribunais de contas estaduais, o Tribunal de Contas do Distrito Federal (TCDF), quatro tribunais de contas dos municípios – dos estados da Bahia, do Ceará, de Goiás e do Pará – e dois tribunais de contas municipais do Rio de Janeiro e de São Paulo.

O TCU, nos termos do art. 73, *caput* e § 2º, da CF, é integrado por nove ministros, escolhidos na proporção de um terço pelo presidente da República (PR), sendo dois alternadamente dentre auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal (MPTCU), indicados em lista tríplice pelo Tribunal, segundo os critérios de antiguidade e merecimento; e dois terços pelo Congresso Nacional (CN).

Dada a aludida simetria constitucional inserta no art. 75, *caput*, os demais tribunais de contas obedecem idêntica proporcionalidade para a seleção de seus componentes, um terço pelo chefe do Poder Executivo e dois terços pelo Poder Legislativo local.

Ocorre que, como a própria Carta Magna determinou que essas cortes de contas sejam compostas por sete conselheiros, da proporcionalidade supra não resultam valores exatos, tendo a questão sido submetida ao guardião da Constituição, que terminou por sumular seu entendimento:

No tribunal de contas estadual, composto por sete conselheiros, quatro devem ser escolhidos pela assembleia legislativa e três pelo chefe do Poder Executivo estadual, cabendo a este indicar um dentre auditores e outro dentre membros do Ministério Público, e um terceiro a sua livre escolha. (Súmula STF 653)



Nada obstante, os escolhidos para ministro do TCU ou conselheiro dos demais tribunais, inclusive os advindos dos auditores e membros do Ministério Público Especial, devem satisfazer os requisitos previstos no art. 73, *caput* e § 1º, são eles: nacionalidade brasileira; idade compreendida entre 35 e 65 anos; idoneidade moral e reputação ilibada; notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos e financeiros ou de administração pública; e mais de dez anos de exercício de função ou atividade profissional que exija os conhecimentos supramencionados.

### 3 ATRIBUIÇÕES ADMINISTRATIVAS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS

O disposto no art. 73, *caput*, c/c o art. 75, *caput*, da CF, apregoa que os tribunais de contas devem exercer, no que couber, as atribuições dos tribunais do Poder Judiciário, constantes do art. 96. O dispositivo elenca as competências administrativas dos tribunais judiciários, as quais, invariavelmente, são, de fato, exercidas pelas cortes de contas. Eis que, de modo geral, encontram-se grafadas nas leis orgânicas e/ou nos regimentos internos dos 34 tribunais de contas do Brasil.

Restringindo-se ao inciso I do art. 96, extrai-se o seguinte rol de competência privativa dos tribunais judiciários:

Art. 96. Compete privativamente:

I - aos tribunais:

- a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos;
- b) organizar suas secretarias e serviços auxiliares e os dos juízos que lhes forem vinculados, velando pelo exercício da atividade correicional respectiva;
- c) prover, na forma prevista nesta Constituição, os cargos de juiz de carreira da respectiva jurisdição;
- d) propor a criação de novas varas judiciárias;
- e) prover, por concurso público de provas, ou de provas e títulos, obedecido o disposto no art. 169, parágrafo único, os cargos necessários à administração da Justiça, exceto os de confiança, assim definidos em lei;
- f) conceder licenças, férias e outros afastamentos a seus membros e aos juízes e servidores que lhes forem imediatamente vinculados.

Ora, são as cortes de contas que elegem seus órgãos diretivos, elaboram e aprovam seu regimento interno, promovendo a desconcentração administrativa em seu âmbito; disciplinam a tramitação de seus processos, de observância obrigatória pelos jurisdicionados; organizam sua



secretaria; instituem a corregedoria; instauram concursos públicos, tanto para os cargos vagos de auditores quanto para os serviços auxiliares, observando-se, igualmente, os limites impostos pela LRF para as despesas com pessoal do Poder Legislativo (art. 169 da CF, c/c o art. 20, incisos I, "a", II, "a", e III, "a", da Lei Complementar 101, de 4 de maio de 2000); adotam as providências necessárias para suprir as vagas de ministros ou conselheiros em seu quadro, comunicando às autoridades constitucionalmente competentes para a indicação e nomeação; e concedem licenças, férias e outros afastamentos a seus membros e servidores públicos do quadro auxiliar.

Nesse diapasão, não se vislumbram disparidades entre as atribuições dos tribunais do judiciário, encartadas no art. 96, inciso I, da Constituição, e as dos tribunais de contas brasileiros.

Galgado esse degrau, centra-se, agora, no exame do inciso II do mesmo artigo constitucional:

II - ao Supremo Tribunal Federal, aos tribunais superiores e aos tribunais de Justiça propor ao Poder Legislativo respectivo, observado o disposto no art. 169:

- a) a alteração do número de membros dos tribunais inferiores;
- b) a criação e a extinção de cargos e a remuneração dos seus serviços auxiliares e dos juízos que lhes forem vinculados, bem como a fixação do subsídio de seus membros e dos juízes, inclusive dos tribunais inferiores, onde houver;
- c) a criação ou extinção dos tribunais inferiores;
- d) a alteração da organização e da divisão judiciárias.

Aqui, como se trata de competências de tribunais específicos que compõem o Poder Judiciário, os quais não possuem a mesma estruturação constitucional dos tribunais apreciados pelo presente estudo, a pretensa correlação não se torna tão perceptível assim.

E de outro modo não poderia ser, eis que, segundo o art. 92 da CF, o Poder Judiciário é composto pelos seguintes órgãos: Supremo Tribunal Federal (STF), Conselho Nacional de Justiça (CNJ), Superior Tribunal de Justiça (STJ), tribunais regionais federais e juízes federais, tribunais e juízes do trabalho, tribunais e juízes eleitorais, tribunais e juízes militares, tribunais e juízes dos estados e do Distrito Federal e dos Territórios. Já os tribunais de contas não se revestem dessa amplitude nacional de um Poder Político, são independentes e sua jurisdição é restrita ao correspondente ente federativo, sem qualquer subordinação jurisdicional, no âmbito de sua estrita competência, a qualquer outro, salvo no que concerne à proteção dos direitos e das garantias constitucionais, à exemplo do contraditório. Dessarte, inexistem tribunais inferiores de contas.

No que toca ao inciso III do artigo constitucional em comento (*"aos tribunais de Justiça julgar os juízes estaduais e do Distrito Federal e Territórios, bem como os membros do Ministério Público, nos crimes comuns e de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral"*), verifica-se que a competência para julgamento dos crimes comuns e de responsabilidade dos membros dos tribunais de contas é delineada no plano constitucional. Portanto, nesse escopo, não se apresentam incompatibilidades ao citado inciso, já que o mesmo diploma define ambas as competências.



Pois bem, com arrimo no art. 102, inciso I, “c”, os membros do TCU, em crimes comuns e de responsabilidade, serão julgados pelo STF, enquanto que o julgamento dos crimes de mesma natureza cometidos por membros dos demais tribunais de contas compete, em conformidade com o art. 105, inciso I, “a”, ao STJ.

Posta essa demarcação constitucional de competências, inexistem contradições quanto à congruência da aplicação do art. 96, inciso III, no âmbito dos tribunais de contas.

#### 4 MAGISTRATURA NOS TRIBUNAIS DE CONTAS

O introito deste artigo evidenciou a evolução do texto constitucional em torno do direito à equiparação dos membros e auditores dos tribunais de contas aos magistrados do Poder Judiciário, no que diz respeito às garantias, às prerrogativas, aos impedimentos, aos vencimentos e às vantagens.

Em verdade, o TCU é integrado por nove ministros, dotados, em decorrência do art. 73, § 3º, da Carta Republicana Federal, das mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos ministros do STJ, e os demais tribunais de contas se compõem de sete conselheiros, que, dada a simetria determinada pelo art. 75, *caput*, equiparam-se, quanto aos **mesmos aspectos**, aos desembargadores dos respectivos tribunais de Justiça.

Em que pese o auditor (substituto de ministro do TCU e de conselheiro dos demais tribunais de contas) não ser considerado, em termos constitucionais, um membro do Tribunal, conforme é possível extrair da exegese dos arts. 73 e 75, parágrafo único, da CF, é equiparado, em termos de garantias e impedimentos, ao juiz do Tribunal Regional Federal, de acordo com o art. 73, §4º (no caso dos auditores do TCU), ou ao juiz de Direito estadual de última entrância ou de entrância especial, em conformidade com a simetria imposta pelo art. 75, *caput*, c/c o art. 73, § 4º (em relação aos auditores dos demais tribunais de contas). E, como bem assevera novamente Lima (2013, p. 68), “quando em substituição a conselheiro, o auditor se equipara a desembargador do Tribunal de Justiça.”

A respeito da temática, arremata Fernandes (2012, p. 819):

É importante notar que o constituinte foi muito criterioso ao definir as atribuições ordinárias do auditor, qualificando-as, não sem motivo, de ‘judicatura’, dada a feição judicialiforme das decisões proferidas pelos tribunais de contas. Esse argumento reforça o fato de os ministros e conselheiros, e do próprio Tribunal de Contas, exercerem funções jurisdicionais e outras funções. Assim, os auditores, por força de dispositivo constitucional, têm atribuições ordinárias de judicatura, isto é, próprias de juiz, do exercício da magistratura.

Conclusão em harmonia, desprovida de qualquer vício de anacronismo, com a definição de Ruy Barbosa na exposição de motivos do Decreto 966-A, de 7 de novembro de 1890, que institucionalizou o TCU:



Corpo de magistratura intermediária à Administração e à Legislação, não pertencendo, portanto, nem a uma, nem a outra, mas colocado em posição autônoma, com atribuições de revisão e julgamento, cercado de garantias contra quaisquer ameaças.

Percepção literalmente estampada no estudo da jurisprudência de tribunais judiciais pátrios contido em artigo de autoria de Mourão e Ferreira (2014, p. 165):

Tais sodalícios compreendem que as cortes de contas são compostas por magistrados especializados nas matérias contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial dos entes federados e das entidades da Administração direta e indireta, sendo assim compreendidos os ministros, conselheiros e auditores (ministros-substitutos e conselheiros-substitutos) dos tribunais de contas, doravante designados por magistrados de contas.

Como também, dada a força normativa do texto constitucional, o legislador infraconstitucional se subjugou a essa equiparação em seu labor, que reflete na vida prática dos tribunais de contas brasileiros, em consonância com as lições neoconstitucionalistas de Barroso (2005, p. 851):

Fruto desse processo, a constitucionalização do Direito importa na irradiação dos valores abrigados nos princípios e nas regras da Constituição por todo o ordenamento jurídico, notadamente por via da jurisdição constitucional, em seus diferentes níveis. Dela resulta a aplicabilidade direta da Constituição a diversas situações, a inconstitucionalidade das normas incompatíveis com a Carta Constitucional e, sobretudo, a interpretação das normas infraconstitucionais conforme a Constituição, circunstância que irá conformar-lhes o sentido e alcance.

#### 4.1 EXAME DA EQUIPARAÇÃO QUANTO ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DA MAGISTRATURA

A Constituição Federal elenca expressamente garantias e vedações dos juizes do Poder Judiciário, entre os quais se pode cristalinamente englobar os ministros dos tribunais superiores, como são os do STJ, eis que, como sobredito, tais tribunais são órgãos do aludido Poder Político.

O desiderato do constituinte, ao estabelecer essas garantias, consistiu em sedimentar a independência de sua atuação, como lapidado por Branco e Mendes (2009, p. 975):

As garantias do Poder Judiciário, em geral, e do magistrado, em particular, se destinam a emprestar a conformação de independência que a ordem constitucional pretende outorgar à atividade judicial.

Em similitude de raciocínio, Lenza (2015, p. 844):

As garantias atribuídas ao Judiciário assumem importantíssimo papel no cenário da tripartição de Poderes, assegurando a independência desse



órgão, que poderá decidir livremente, sem se abalar com qualquer tipo de pressão que venha dos outros Poderes.

O rol *numerus apertus* das garantias reside no art. 95, caput, a saber:

Art. 95. Os juizes gozam das seguintes garantias:

I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado;

II - inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII;

III - irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I.

A vitaliciedade adquirida após dois anos de exercício se cinge à jurisdição de primeiro grau, isto é, aos anos iniciais na carreira de juiz, que se encontra na condição de substituto, com supedâneo no art. 93, inciso I, da CF. Por conseguinte e em face de os membros dos tribunais de contas serem investidos em cargos públicos equivalentes aos de ministros do STJ ou desembargadores de Tribunal de Justiça, órgãos que, em regra, não se subsomem à envergadura de primeiro grau, desapropriado se exsurge o pressuposto temporal para a obtenção da garantia. Dessarte, a vitaliciedade deve ser atribuída imediatamente à investidura dos membros dos tribunais de contas.

Do mesmo modo, não se revela legítimo exigir aos auditores, para a obtenção da vitaliciedade, o transcurso de biênio, como no Tribunal Distrital (art. 75 da Lei Complementar distrital 1/1994) e no do estado de São Paulo (art. 2º, § 1º, da Lei Complementar estadual 979/2005), ou de triênio, à guisa dos tribunais estaduais do Amapá (art. 285 da Resolução Normativa 115/2013-TCE/AP), de Santa Catarina (art. 99 da Lei Complementar estadual 202/2000) e dos municípios do Pará (art. 20 da Lei Complementar estadual 84/2012). Eis que, como dantes mencionado, se encontram em posição equivalente à de magistrados de última entrância, os quais, por consectário lógico, já ultrapassaram a fase de juiz-substituto. Logo, normatizações em sentido contrário estão em descompasso com a Carta Constitucional.

A inamovibilidade dos juizes não se amolda adequadamente aos tribunais de contas, não pela ausência de potencialidade de uma necessidade concreta bradar pela referida garantia (eis que a atuação institucional alcança integralmente o respectivo ente federativo), mas, sim, pelo fato de que, em todos os 34 tribunais de contas brasileiros, o colegiado, tanto reunido em Plenário quanto em Câmaras ou Seções, funciona na sede do tribunal, mesmo local onde se localizam os gabinetes dos membros e auditores.

A irredutibilidade salarial, por sua vez, tem visível aplicação, haja vista que a fixação e o escalonamento dos limites atrelados percentualmente a partir do subsídio dos ministros do STF são delimitados, de modo preciso, pelo art. 93, inciso V, da Carta de 1988. Deveras, o



que ocorre é a elevação praticamente automática dos subsídios dos membros e auditores dos tribunais de contas em compasso com eventuais reajustamentos conferidos como sucedâneo do aumento nos subsídios do STF.

Assim, os ministros do TCU percebem subsídio correspondente a 95% dos subsídios pagos no STF, em razão do disposto no supramencionado comando constitucional. Enquanto que os conselheiros dos demais tribunais de contas são remunerados por subsídios limitados, com fulcro no art. 37, inciso XI, da CF, a 90,25% dos subsídios dos ministros do Supremo.

Já os auditores percebem subsídio igualado ao do magistrado de última entrância da mesma esfera estadual, estipulado normalmente no Código de Organização Judiciária local, salvo quando estiverem substituindo os ministros (no TCU) ou os conselheiros (nos demais TCs), pois, atendendo ao comando constitucional do art. 73, § 4º, c/c o art. 75, caput, açambarcam as garantias do titular.

O art. constitucional 93, em seu inciso XV, declara outra garantia aos magistrados, a de distribuição imediata dos processos em todos os graus de jurisdição. Posto isso e considerando a propalada natureza judicante dos ministros, conselheiros e auditores dos tribunais de contas, urge a inclusão da garantia na metodologia de trabalho dos tribunais.

Na prática, os membros dos tribunais de contas instruem e presidem regularmente os processos que lhes são distribuídos, tal qual ocorre nos tribunais do Judiciário. Idêntica operacionalização se verifica quanto aos auditores em substituição aos membros dos tribunais.

A controvérsia emana, entretanto, quando se tem em conta os processos tramitados para auditores que não se encontrem substituindo ministros do TCU e conselheiros dos demais tribunais de contas. A propósito, é cediço que os auditores desempenham atribuições de judicatura, seja extraordinariamente, quando em substituição aos ministros do TCU ou aos conselheiros dos demais tribunais de contas, seja em sua labuta rotineira, fora do exercício da substituição, vez que, como ficou cristalizado no art. 73, § 4º, in casu, exercerão “as demais atribuições da judicatura”.

Pois bem, durante a substituição, assumem a titularidade da instrução dos processos de alçada do titular, culminando no encaminhamento deles, com voto, para julgamento no Plenário ou órgão fracionário, a depender da organização estrutural da corte de contas. Julgamento do qual participa efetivamente, devendo ser computado seu voto, quando, da mesma forma, esteja substituindo efetivamente o membro, por razões de vacância, férias, licença e outros afastamentos legais.

Todavia, carece de uniformidade a regulamentação acerca da instrução dos processos por parte dos auditores quando não estejam substituindo os membros dos tribunais de contas ou como descrito na Carta Republicana de 1988.

Conservando incólume o paradigma do Judiciário, impende-se que os processos dos jurisdicionados das cortes de contas sejam distribuídos regularmente aos auditores, a fim de que presidam sua instrução – sendo-lhes permitido, inclusive, determinar diligências que entendam pertinentes –, para, ao final, encaminhar proposta de voto ou congêneres à deliberação do colegiado.



Vozes contrárias, infelizmente, fomentam a perpetuação de anacrônicas legislações, que terminam por reduzir as atribuições do auditor a um mero prolator de pareceres jurídicos nos processos que lhes são remetidos, como transcrito no art. 17 da Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Acre – TCE-AC e no art. 14 da Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul – TCE-MS.

Combatendo flagrante ofensa ao texto constitucional, sobressaem algumas decisões judiciais em amparo à tese posta no presente trabalho. Célebre exemplo reside no voto condutor da decisão do Mandado de Segurança 5918-31.2009.8.06.0000/1, impetrado no Tribunal de Justiça do Ceará em desfavor do Tribunal de Contas dos Municípios cearenses, que resultou no reconhecimento da “total independência funcional” dos auditores, inclusive quanto à regular distribuição dos processos.

Em sintonia, a medida liminar concedida no bojo do Mandado de Segurança 2012.00107425, manejado no desiderato, alcançado, de determinar a imediata distribuição de processos de contas aos auditores do Tribunal de Contas de Sergipe, com equidade e critérios impessoais de sorteio aplicáveis a todos os magistrados da Corte de Contas, para que possam presidir a instrução dos processos, relatando-os perante os integrantes do Plenário ou da Câmara para a qual estiverem designados.

## 4.2 EXAME DA EQUIPARAÇÃO QUANTO ÀS VEDAÇÕES CONSTITUCIONAIS DA MAGISTRATURA

As vedações aos juízes estão contidas no parágrafo único do art. 95:

Parágrafo único. Aos juízes é vedado:

- I - exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério;
- II - receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo;
- III - dedicar-se à atividade político-partidária;
- IV - receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei;
- V - exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração.

As vedações insculpidas nos retrocitados incisos I e III são reproduzidas nas normatizações internas dos tribunais de contas, em contraponto à infrequência das insertas nos incisos II, IV e V.

Embora a graduação em Direito não consista propriamente em um requisito à investidura dos membros das cortes de contas – sem esquecer da imprescindibilidade de que detenham



notórios conhecimentos jurídicos, reclamados pelo art. 73, § 1º, inciso III, da CF, há de ser preservada a vedação do inciso V, em virtude da propalada equiparação constitucional. Dispositivo respeitado pelas cortes dos estados de Goiás (art. 22, inciso X, da Lei estadual 16.168/2007), de Minas Gerais (art. 9º, inciso VII, da Lei Complementar estadual 102/2008), do Paraná (art. 138, inciso VI, da Lei Complementar estadual 113/2005) e de Sergipe (art. 22, inciso X, da Lei Complementar Estadual 205/2011).

#### 4.3 EXAME DA EQUIPARAÇÃO DE VANTAGENS INFRACONSTITUCIONAIS DA MAGISTRATURA

O caráter nacional é imanente ao Poder Judiciário, tendo o STF como “órgão máximo do Poder Judiciário”, como já se manifestou o Pretório na ADI 3.367, julgada em 13 de abril 2005. Por isso, há tendência à uniformização das vantagens concedidas aos magistrados, independentemente da esfera federativa à qual pertença institucionalmente.

Não por outras razões que o constituinte insculpiu, na cabeça do art. 93, a legitimidade exclusiva do STF para iniciar o processo legislativo de formação da lei complementar instituidora do Estatuto da Magistratura. Demais disso, autorizou os estados da Federação a organizar a própria Justiça, sem, no entanto, deixar de observar os princípios estabelecidos na Constituição Federal e, por decorrência lógica, no Estatuto da Magistratura. Essa autorização afluíu na promulgação dos Códigos de Organização Judiciária existentes nos diversos estados brasileiros.

Alicerçado na propugnada correspondência entre o Judiciário e as cortes de contas, avulta-se uma correlação entre as vantagens, inclusive financeiras, estipuladas pelas leis ou pelos códigos de organização judiciária para seus magistrados e as conferidas aos membros e auditores das cortes de contas pertencentes à mesma esfera estatal. Verbi gratia, as representações ou gratificações concedidas em razão do exercício das funções de presidente, vice-presidente e corregedor.

Matéria reluzente da equiparação se subsume às férias anuais dos juízes, as quais, por força do art. 66 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LOMAN) – materializada na Lei Complementar 35, de 14 de março de 1979 –, perfazem 60 dias. Em consequência, os membros e auditores dos tribunais de contas abrigam o mesmo direito, regramento que não vem sendo observado, expressamente, apenas na Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Acre (Lei Complementar estadual 38/1993), que prevê, em seu art. 16, § 2º, 30 dias de férias anuais para os auditores, em contraposição aos 60 dias estipulados, no art. 13, para os respectivos conselheiros.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ex positis, restou evidenciada a coexistência da magistratura do Poder Judiciário e a dos tribunais de contas, esta intrínseca aos membros e auditores substitutos de ministros do TCU e dos conselheiros das demais cortes. Inobstante, determinados atributos de feição constitucional, malgrado decorridos mais de 25 anos da promulgação da Constituição Federal, ainda não estão sendo pacificamente abraçados por essas cortes, a exemplo das garantias da vitaliciedade e distribuição imediata dos processos.



Na realidade, o desrespeito somente se verifica em relação aos auditores e não aos membros. Ambos, como ficou patenteado, equivalem a juizes e, por isso, devem ser tratados com isonomia em todas as circunstâncias envolvidas e afetas às garantias da magistratura. A carência da distribuição imediata dos processos reflete na indevida obstaculização em assegurar a presidência da instrução processual aos auditores, reduzindo seu papel à função de parecerista, fato observado na legislação atinente a alguns tribunais de contas estaduais. Outrossim, foi constatado que nem todas as vedações encartadas na Carta Magna para os juizes são reproduzidas nas normatizações internas das cortes de contas brasileiras.

Supridas essas flagrantes inconsistências impeditivas da real equivalência da magistratura do Judiciário a dos tribunais de contas, sem dúvida, a força normativa e efetividade da Constituição Federal, germinadas da supremacia constitucional, serão, de fato, obedecidas e, por conseguinte, revigoradas na República Federativa Brasileira.

## REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito Administrativo descomplicado. 22. ed. São Paulo: Método, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 851, 1º nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 23 mai. 2016.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira de. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução 199/2004**. Data de Publicação: DJE 8/10/2014.

\_\_\_\_\_. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ, Senado, 1891.

\_\_\_\_\_. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ, Senado, 1934.

\_\_\_\_\_. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ, Senado, 1937.

\_\_\_\_\_. Constituição (1946). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ, Senado, 1946.

\_\_\_\_\_. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Brasília, DF, Senado, 1967.



\_\_\_\_\_. Constituição (1969). **Emenda Constitucional 1**, de 17 de outubro de 1969. Brasília, DF, Senado, 1969.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988.

\_\_\_\_\_. **Decreto 966-A**, de 7 de novembro de 1890. Coleção de Leis do Brasil - 1890, p. 3.440, v. XI.

\_\_\_\_\_. **Lei Complementar Distrital 1/1994**. Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Distrito Federal. Diário Oficial do Distrito Federal, DF, 9 mai. 1994.

\_\_\_\_\_. **Lei Complementar do Estado de Goiás 16.168/2007**. Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Goiás. Diário Oficial do Estado de Goiás, SE, 11 dez. 2007.

\_\_\_\_\_. **Lei Complementar do Estado de Mato Grosso do Sul 160/2012**. Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul. Diário Oficial do Estado de Mato Grosso do Sul, MS, 3 jan. 2012.

\_\_\_\_\_. **Lei Complementar do Estado de Minas Gerais 102/2008**. Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Diário Oficial do Estado de Minas Gerais, MG, 18 jan. 2008.

\_\_\_\_\_. **Lei Complementar do Estado de Santa Catarina 202/2000**. Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina. Diário Oficial do Estado de Santa Catarina, SC, 15 dez. 2000.

\_\_\_\_\_. **Lei Complementar do Estado de São Paulo 979/2005**. Diário Oficial do Estado de São Paulo, SP, 9 dez. 2005.

\_\_\_\_\_. **Lei Complementar do Estado de Sergipe 205/2011**. Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Sergipe. Diário Oficial do Estado de Sergipe, SE, 7 jul. 2011.

\_\_\_\_\_. **Lei Complementar do Estado do Acre 38/1993**. Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Acre. 27 dez. 1993.

\_\_\_\_\_. **Lei Complementar do Estado do Pará 84/2012**. Lei Orgânica do Tribunal de Contas dos Municípios do Pará. Diário Oficial do Estado do Pará, PA, 28 dez. 2012.

\_\_\_\_\_. **Lei Complementar do Estado do Paraná 113/2005**. Lei Orgânica do Tribunal de Contas dos Municípios do Paraná. Diário Oficial do Estado do Paraná, PR, 15 dez. 2005.

\_\_\_\_\_. **Lei Complementar 35, de 14 de março de 1979**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 14 mar. 1979.

\_\_\_\_\_. **Lei Complementar 101, de 4 de maio de 2000**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 5 maio 2000.



\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 653**. Data da Sessão Plenária: 24/9/2003. Data de Publicação: DJ 9/10/2003.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3.367**. Relator: Min. Cezar Peluso. Data de Julgamento: 13/4/2005, Tribunal Pleno. Data de Publicação: DJ 22/9/2006.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas do Estado do Amapá. **Resolução Normativa 115/2013-TCE-AP**. Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado do Amapá. Sessão de 10 set. 2003.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. **Mandado de Segurança 2012.00107425**. Data da Decisão: 18/4/2012. Data de Publicação: 23/4/2012.

DINIZ, Gilberto Pinto Moreira. Auditor do Tribunal de Contas: cargo público de extração constitucional. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, v. 83, n. 2, abr./jun. 2012.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tribunais de Contas do Brasil – jurisdição e competência**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LIMA, Luiz Henrique. **Controle externo: teoria, jurisprudência e mais de 500 questões**. 5. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MENEZES, Alex Pereira. **Licitação & contratação de advogado pela Administração Pública – sua inexigibilidade em face de limitações jurídicas**. Curitiba: Juruá, 2014.

MOURÃO, Licurgo; FERREIRA, Diogo Ribeiro. **A atuação constitucional dos tribunais de contas e de seus magistrados (composição, atuação e deliberações)**: de Eisenhower a Zé Geraldo. In: LIMA, Luiz Henrique (Coord.). **Tribunais de Contas: temas polêmicos: na visão de ministros e conselheiros substitutos**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

PISCITELLI, Tathiane. **Direito Financeiro**. 3. ed. São Paulo: Método, 2012.

---

Recebido em 23/5/2016

Aprovado em 9/11/2018



# A ímproba “opção” oferecida pelo § 5º do art. 133 da Lei 8.112/1990 a quem acumula cargos ou empregos públicos de forma ilícita

**Josir Alves de Oliveira**

Auditor Federal de Controle Externo no TCU, graduado (bacharel) em Geografia e em Ciências Sociais, pela Universidade de Brasília (UnB), e especializado em Direito de Estado, pela Atame Pós-Graduação em parceria com a Universidade Cândido Mendes (Ucam). Trabalhou anteriormente como Analista do Banco Central do Brasil (Bacen) e Auditor da Controladoria-Geral da União (CGU).

## RESUMO

A acumulação de cargos, empregos ou funções públicas é, em regra, vedada pela Constituição brasileira, com fins nobres de preservar princípios e posturas que regem um Estado democrático e republicano: impessoalidade, isonomia, desconcentração de poder, segregação de funções, moralidade e eficiência. A mesma Constituição excetua a acumulação de dois vínculos na área da saúde, docência, técnico-científica, magistratura ou promotoria/procuradoria, nos termos dos arts. 37, incisos XVI e XVII, 95, parágrafo único, inciso I, e 128, § 5º, inciso II, alínea “d”, fazendo-o em razão da carência nas áreas acumuláveis e correlação e sinergia entre elas. O acúmulo foi condicionado, ainda, pela Constituição, à compatibilidade das jornadas. A acumulação de cargos públicos fora desses parâmetros afronta a letra e os fins dos respectivos preceitos constitucionais e deve ter tratamento proporcional a tal afronta. Disposição legal que caracterize a boa-fé do servidor que, somente após convocado pela Administração, opta por um dos cargos que ocupa, sem considerar os atos progressos do servidor, se mostra contra os preceitos constitucionais da razoabilidade e proporcionalidade, podendo, na prática, contrariar, também, os princípios da moralidade, da eficiência e correlatos. Ademais, tal disposição legal termina por incentivar a recorrência do descumprimento da vedação constitucional, ao dificultar sua punição administrativa e até judicial. Urge corrigir tal disposição, para torná-la sustentável e útil ao controle, e não um incentivo à acumulação ilícita de cargos, empregos ou funções públicas.

**Palavras-chave:** Inconstitucionalidade. Improbidade. Opção. Acumulação de cargos. Servidor público.



## 1 INTRODUÇÃO

### CORRUPÇÃO, IMPROBIDADE, IMPUNIDADE E LEGISLAÇÃO CONIVENTE

A corrupção e a improbidade administrativa são males históricos presentes nas sociedades. Os dois termos se assemelham, sendo, muitas vezes, difícil distingui-los completamente. O elemento ou a característica mais distintiva é o fato de que a improbidade administrativa se refere precipuamente a ato ilícito de servidor ou agente público, podendo, eventualmente, atingir particulares, enquanto a corrupção não tem esse contorno de predominância na esfera pública.

No direito positivo brasileiro, a improbidade administrativa pode ser conceituada, sucintamente, segundo o que dispõe a Lei 8.429/1992, como o ato praticado por agente público que implica enriquecimento ilícito privado ou prejuízo ao erário ou violação aos princípios da Administração Pública.

Assim, aqui a referência à corrupção compreenderá sempre a improbidade administrativa como subgênero daquela, sendo a “opção” prevista no § 5º do art. 133 da Lei 8.112/1990 a espécie ora estudada.

Foi dito que a corrupção alcança historicamente todo o mundo, sendo universal, contudo, por razões óbvias, mostra-se mais comum e recorrente em países com deficiências de desenvolvimento social e político, como o Brasil. Como corolário dessa realidade, tem-se que a concentração de poder, a despolitização e marginalização de grandes parcelas da sociedade, e, em tal condição, a dependência dessas parcelas de favores do poder público, as lacunas e os vícios na estrutura estatal de controle e fiscalização (lacunas de competências, falta de cooperação e integração das ações etc.) e a impunidade resultante desses fatores tenderão a ser, ao mesmo tempo, causas e consequências da corrupção.

Somem-se a isso, no caso brasileiro, influências históricas e culturais que desembocam no famoso “jeitinho brasileiro”, na chamada “Lei de Gerson”, na prática corriqueira de burlar a lei ou cumpri-la apenas pontual ou aparentemente e naquele antigo adágio “farinha pouca, meu pirão primeiro”. Tais condutas e expressões de nítida moral egoísta (praticadas de forma secreta e velada, mas também enaltecida) perpassam todos os ambientes e estratos sociais e, reconhecidamente, tipificam, em parte, o comportamento do brasileiro. Se tais características não determinam a impunidade, parece certo que a amplia, tornando-a mais aceitável, na medida proporcional da frouxidão de valores e propagação dessa frouxidão no seio da sociedade.

Ora, nada mais propício para a impunidade do que a flexibilização de princípios morais, tornando natural e comum valores e práticas que levam à corrupção e improbidade, pelo domínio dos privilégios pessoais e grupais e predomínio do privado sobre o interesse público. Nas palavras atribuídas ao grande humorista brasileiro José Eugênio Soares, “a corrupção não é um fenômeno brasileiro, mas a impunidade é bem nossa”.

Conjugadas, então, as condicionantes políticas, sociais, econômicas e culturais brasileiras, adviria quase que uma sina da corrupção para o país, retroalimentada pela impunidade, a tornar inútil seu combate. Contra tal falsidade, há o alerta do Stukart (2003, p. 113): “Para os que acham



que a corrupção é natural, aculturada e indispensável, observo que há mais de cem anos esse mesmo pensamento era repetido em relação à escravidão”.

Se o país não está fadado à corrupção, muito menos é exemplo inquestionável de seu combate. O Estado e a sociedade brasileiros têm sido tolerantes com as práticas ilícitas em questão e moroso ou reticente no seu combate, a julgar pelas recorrentes prescrições punitivas de políticos importantes, pelas regalias persistentes em carreiras públicas, pelo engavetamento de medidas legislativas moralizadoras, pela reeleição contumaz de processados, pelo tratamento estanque e corporativo do tema. Aqui se exemplifica tal realidade com amostra do ordenamento jurídico brasileiro, falho e lacunoso. Foca-se na impertinência da disposição penal administrativa sobre acumulação ilegal de cargos ou empregos públicos.

No âmbito da legislação de um Estado vacilante no combate à corrupção, pode-se visualizar, didaticamente, três níveis de tratamento sobre cada matéria que diga respeito ao combate da corrupção, do menos ruim para o pior: (1) a lei prevê a respeito, mas não dispõe adequadamente para bem instrumentalizar os administradores públicos e até os operadores do Direito; (2) há total omissão legislativa sobre o tema ou a área crítica; (3) há disposição legislativa contrária à moral e ética, que beneficia a corrupção e atrapalha seu combate.

De forma geral, os acordos internacionais de combate à corrupção podem se enquadrar, como um todo, predominantemente, no nível 1 referido, enquanto disposições genéricas, ratificadas e incorporadas pelo Brasil (Decreto Legislativo 348/2005 e Decreto 5.687/2006), mas, em grande parte, não especificadas nacionalmente, não consubstanciadas em normativos internos que tenham prática e efetiva aplicação. Sobre o caráter publicitário político-eleitoral das adesões a esses tratados, discorrem Ballouk Filho e Kuntz (2008, p. 31):

E aquelas convenções não estabelecem punições rigorosas, como bloqueios comerciais, fóruns internacionais de julgamento ou isolamento internacional das nações que infringirem os acordos. Embora representem, no plano teórico e tecnicamente, um avanço a longo prazo (décadas) [...], têm por único efeito prático, no curto prazo, virar matéria-prima para promoção da imagem dos governos [...] como provas irrefutáveis de sua preocupação com a ética, iniciativas e empenho paladino em combater a corrupção. A quantidade impressionante de adesões de nações a esses tratados e fóruns, e seus pífios resultados práticos e/ou concretos na redução da corrupção mundial, poderia dever-se, e muito, ao risco de desgaste político derivado da não adesão. Tal fato significaria, para qualquer grupo governante, assumir a pecha de corrupto ou conivente e municiar suas oposições internas com uma evidência flagrante de que eles se omitiram e recusaram a apoiar tão nobres e louváveis iniciativas globais de combate à corrupção.

De modo particular, esmiuçando a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, que o Decreto 5.687/2006 incorporou como norma nacional (ou, no mínimo, federal), pode-se inferir que muitos dos preceitos e das diretrizes lá preconizados não estão positivados de forma suficiente, encontrando-se nos níveis 1 e 2 citados acima. Ou seja, muitas disposições lá são apenas norteadoras, não autoaplicáveis, e ainda não ensejaram regulamentação pátria.



Como exemplo, falta legislação para dar cumprimento ao disposto no art. 7º, no sentido da edição de regras: a) baseadas nos princípios da transparência e da eficiência e nos critérios objetivos de mérito, equidade e aptidão também para os cargos comissionados (o recente Decreto 9.727/2019 deu os primeiros passos nesse sentido); b) adequadas para a seleção e formação de titulares de cargos públicos mais vulneráveis à corrupção; e c) voltadas à transparência do financiamento de campanhas eleitorais e partidos políticos.

Este estudo trata de exemplo grave de legislação falha, situada no pior nível na escala retrocitada de tratamento legislativo (nível 3), contrária ao combate da impunidade e improbidade administrativa. Trata-se da disposição legal, contida no Estatuto dos Servidores Públicos Federais Civis, sobre a “opção” que é dada ao servidor para escolha por um (ou dois, em certos casos de acumulações múltiplas) dos cargos acumulados ilicitamente.

## 2 VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL DE ACUMULAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS

Como regra geral, a Lei Fundamental e Suprema do país (BRASIL, 1988), doravante chamada Constituição Federal (CF), veda a acumulação de cargos, empregos e funções públicas, só a permitindo nas hipóteses restritas de: (a) cargo de professor com outro de professor ou técnico-científico ou da magistratura; (b) cargo privativo de profissional de saúde com outro equivalente. Isso o faz na letra dos arts. 37, incisos XVI e XVII, 95, parágrafo único, inciso I, e 128, § 5º, inciso II, alínea “d”. Ademais, permite acumulação do exercício da vereança com o exercício de outro cargo, emprego ou função pública (art. 38, inciso III).

Relativamente aos proventos correspondentes, como regra geral permanente, permite a acumulação com remuneração na atividade apenas relativamente aos cargos acumuláveis, os eletivos e em comissão. É o que reza o art. 37, § 10. Os proventos são acumuláveis relativamente aos cargos acumuláveis apenas, decorrência lógica das disposições constitucionais pertinentes à acumulação na atividade.

Certa e obviamente, a vedação constitucional tem os fins nobres de preservar princípios e posturas que regem um Estado democrático e republicano: impessoalidade, isonomia, desconcentração de poder, eficiência, segregação de funções etc. Tal proibição intenta, assim, evitar cabides de emprego, concentração de ofícios e poderes e prejuízos ao cumprimento das atribuições dos cargos e dos princípios já citados, no âmbito do setor público.

Meireles (2000, p. 404), citando Aguiar (1970, p. 57), alertou que “em geral, as acumulações são nocivas, inclusive porque cargos acumulados são cargos mal desempenhados”. Com efeito, como regra, o desempenho e a disponibilidade da pessoa no cargo não são os mesmos quando tem outros vínculos.

Por sua vez, as restritas exceções se fundam na necessidade de aproveitamento de mão de obra especializada e experiente nas áreas carentes e estratégicas da Saúde e da Educação, confrontadas com o saber e a experiência nas áreas de conhecimento técnico-científico, ministerial e da magistratura. A correlação de matéria dos cargos acumuláveis e conseqüente sinergia possibilitada no seu exercício, em prol do completo e eficiente provimento de pessoal nas respectivas áreas, ajudariam o desenvolvimento nacional e justificariam a exceção. No caso da vereança, o fundamento parece estar limitado à transitoriedade do mandato e maleabilidade da jornada.



A acumulação ilegal de cargos públicos não foi especificada pela letra da Lei 8.429/1990 como ato ímprobo, no entanto sua prática é permeada, via de regra, por afronta a preceitos lá constantes, o que a faz subsumir às disposições pertinentes da citada lei, conforme as especificidades da ilicitude. Talvez o legislador não o tenha feito em razão da possibilidade de acumulação ilícita não intencional ou de boa-fé.

Cammarosano (2006, p. 114) define o ato ímprobo como a violação intencional da ordem jurídica e de preceitos morais juridicizados (lealdade, boa-fé, veracidade etc.).

A acumulação ilícita é, via de regra, um ato de infração intencional, eis que, se a ninguém é dado desconhecer a lei para escusar-se a cumpri-la, ao servidor público muito menos, sendo seu dever primaz conhecer e cumprir a lei, ainda mais quando se trata de norma específica sobre sua condição de servidor, sobretudo, por se tratar de norma constitucional.

Além de descumprimento de preceito constitucional com conteúdo moral, a acumulação indevida costuma se fazer acompanhar de outras dissimulações e ilicitudes intencionais: a falsa declaração, que omite cargos ou altera jornadas, o retardo do dever de informar, o descumprimento de jornada(s) etc. Enfim, a acumulação ilícita, muitas vezes, contém atos múltiplos de improbidade.

O certo é que quem acumula cargos fora daquelas exceções constitucionais (cargo de professor com outro de professor ou técnico-científico ou membro do Judiciário ou do Ministério Público; dois cargos de profissional da saúde) está cometendo ato, a um só tempo, inconstitucional (por infringir o arts. 37, inciso XVI; 95, parágrafo único, inciso I; e 128, § 5º, inciso II, alínea “d”, da CF), ilegal (por infringir a legislação correspondente, sendo, na esfera federal, os arts. 118 a 120 da Lei 8.112/1990) e imoral (por desrespeitar a lei e os fundamentos morais da vedação constitucional: evitar cabides de emprego público e assegurar isonomia, impessoalidade, desconcentração, eficiência, cumprimento pleno da jornada e dos encargos).

Para exemplificar, já de pronto, cita-se o caso de um servidor que omite, em sua declaração de acumulação de cargos, um outro cargo público que acumule. Tal servidor não estaria sendo desonesto e agindo com interesse próprio e contrário à Administração Pública, atrapalhando estatísticas, diagnósticos, planejamento na área de pessoal e outras ações administrativas e incorrendo em crime de falsidade ideológica?

Outro exemplo: o servidor que acumula cargos com jornadas incompatíveis não estaria sendo desonesto e agindo com interesse próprio e contra o erário público? Não estaria auferindo vantagem indevida, remuneração ilícita, por jornada mal ou não cumprida?

E mais uma ilustração: os servidores chefes do servidor que acumula ilegalmente, ao acobertarem tal ilícito ou, até, participarem diretamente dele (com declarações falsas, permissão de descumprimento de jornadas etc.), não estariam, também, sendo desonestos com a sociedade e o Estado?

Mostra-se óbvia a resposta afirmativa para todos esses questionamentos. No primeiro e último exemplos, a ilicitude pode ser enquadrada como ato de improbidade administrativa que “atenta contra os princípios da Administração Pública”; no segundo, como ato ímprobo que “importa



enriquecimento ilícito”. Tudo fundado perfeitamente nos termos conceituais contidos no *caput* dos arts. 9º e 11 da Lei 8.429/1992.

Pois bem, existe uma disposição legal que contraria toda essa lógica imperativa do Direito, que prevê várias oportunidades para o servidor que acumula ilicitamente se declarar de boa-fé, não fazendo tal disposição legal qualquer ressalva quanto à sua aplicação, estendendo-a a toda e qualquer situação. Trata-se do § 5º do art. 133 da Lei 8.112/1990, que prevê a configuração da boa-fé do servidor que optar por um dos cargos até o último dia de prazo fixado pela Administração para sua defesa, nos termos lá referidos.

Importa aqui atacar tal disposição legal, caracterizando seu descabimento e sua inconsistência, almejando à sua revogação ou alteração, para se adequar aos princípios constitucionais da moralidade, proporcionalidade e razoabilidade, aos preceitos da Lei de Improbidade e ao combate à impunidade no país.

Com efeito, a “opção” prevista no § 5º do art. 133 da Lei 8.112/1990, enquanto vigente, traz uma gama de indícios e efeitos teóricos e práticos perversos para a sociedade e o Estado. Dentre eles, podem-se citar: o aumento da sensação de impunidade; o incentivo à acumulação ilícita e suas vantagens econômicas para o transgressor enquanto perdura a acumulação; o desestímulo para a apuração dos fatos e busca da verdade material.

A um só tempo, o presente trabalho busca contribuir para o combate à improbidade administrativa em várias frentes tradicionais de luta: aperfeiçoando a legislação, dando-lhe finalidade pública e coercitividade, desestimulando a prática da acumulação ilícita de cargos e combatendo a impunidade. As críticas ao texto legal vigente e as sugestões para sua alteração vão todas neste sentido contributivo.

### **3 ASPECTOS DE INCONSTITUCIONALIDADE DA “OPÇÃO”**

O texto abaixo é transcrição literal quase integral do artigo de Freitas (2001) – “Acumulação ilícita de cargos públicos e o direito de opção” –, disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/2182>, que trata de argumentação doutrinária sobre inconstitucionalidades (permissividade à ilicitude, inobservância do princípio da razoabilidade etc.) na faculdade legal em comento, na mesma linha do presente trabalho. O texto grifado é a parte do trabalho que merece ressalva: a situação absoluta e universal de impunidade apresentada é, na verdade e na prática, uma situação amplamente predominante, resultante da tendência indulgente no âmbito administrativo, que, mais próximo dos fatos inquinados e das pessoas investigadas, perquire o caminho mais fácil e tolerante da literalidade legal da “opção”.

O processo administrativo disciplinar para apuração de acumulação ilegal de cargos passou, com a edição da Lei 9.527, de 1997, a se desenvolver sob novo rito, denominado de procedimento sumário, que se dá em fases idênticas às do rito comum, possuindo, entretanto, prazos abreviados para desenvolvimento, conclusão e julgamento, que não poderão exceder 30 dias, admitindo-se, excepcionalmente, prorrogação por até 15 dias, se circunstâncias imperiosas o exigirem.



A principal novidade trazida pela Lei 9.527/1997, entretanto, não diz respeito ao rito do processo, mas, sim, à inusitada e reprovável oportunidade que é dada ao servidor, antes da instauração do processo, de optar por um dos cargos em regime de acumulação e caracterizar, com esse ato, sua boa-fé, impedindo, com isso, o prosseguimento da ação disciplinar. [...] o processo disciplinar somente pode ser instaurado depois de ter sido oferecida ao servidor a oportunidade de optar por um dos cargos, hipótese em que restará configurada, com esse ato apenas, sua boa-fé e, em consequência, o processo sequer será iniciado.

[...] A nova disciplina jurídica vai ainda mais longe, ao ponto de permitir que, mesmo após o processo ter sido instaurado, o servidor tenha nova oportunidade de optar por um dos cargos [...].

Com essa nova disciplina jurídica, jamais comissão alguma conseguirá comprovar a má-fé do servidor que se encontre acumulando cargos ilícitamente, já que sua opção por um dos cargos dentro do prazo estabelecido pela lei caracterizará sua boa-fé e ensejará o não prosseguimento do processo ou, caso isso já tenha se verificado, seu imediato arquivamento. [...] Em outras palavras, nunca servidor algum será punido por ter acumulado cargos, empregos ou funções públicas, reduzindo-se, com isso, a letra morta a proibição constitucional de se acumular cargos públicos. Casos haverá, por certo, em que o servidor acumulará cargos públicos durante um, dois, cinco ou dez anos com a mais nítida má-fé, até que a situação irregular seja detectada pelos órgãos de controle e a ele seja formulado um convite para optar por um dos cargos, resolvendo-se, com isso, a situação ilícita, sem que o mesmo fique sujeito à demissão ou obrigação de ressarcir os valores recebidos indevidamente durante anos (grifo nosso).

É fácil perceber que os dispositivos da Lei 8.112/1990 que preveem tal opção são inconstitucionais, merecendo, por isso, imediata revogação ou decretação de sua invalidade pelas vias judiciais adequadas. A opção em destaque além de afrontar a Constituição Federal, é um verdadeiro incentivo à acumulação ilegal de cargos, pois somente após a constatação da situação irregular é que o servidor será convidado a optar por um deles, e receberá, ainda, como prêmio, o esquecimento do passado, ficando dispensado de repor os valores recebidos ilegalmente. [...]. Uma simples opção, evidentemente, não pode ter o condão de regularizar o passado irregular. Atos inconstitucionais não podem ser legitimados por meio de lei ordinária, a menos que se pretenda subverter a ordem jurídica constitucional.

Tem sido utilizado o argumento de que essa opção visa a evitar o enriquecimento sem causa do Estado que usufruiu do trabalho do servidor durante algum tempo, não podendo, por isso, exigir a restituição dos valores que lhe foram pagos, pois tais verbas representam apenas a retribuição pelo trabalho efetivamente prestado. [...] A dispensa dos valores indevidamente



recebidos deveria destinar-se apenas aos casos em que ficasse constatada a verdadeira boa-fé do servidor, como nos casos em que pairasse dúvida razoável sobre a natureza jurídica dos dois cargos e sua possível acumulação legal. Admitir, entretanto, por presunção legal, que a boa-fé pode ser obtida por meio de uma simples opção é atentar contra a razoabilidade, além de servir como verdadeiro incentivo legal para a prática de atos que são proibidos pela Constituição Federal. Ora, se o servidor é obrigado a declarar no ato de sua posse que não acumula cargos públicos, como fazer, posteriormente, vista grossa a essa afirmação? Se prestou declaração falsa, ele cometeu crime. Não é, portanto, juridicamente razoável que, constatada a acumulação, as declarações prestadas no ato da posse não sirvam para absolutamente nada. Suprima-se, então, essa exigência.

Parece-me, portanto, que as regras anteriormente vigentes eram mais consentâneas com a Constituição Federal, pois, constatada a legítima e verdadeira boa-fé – não essa admitida por presunção –, oferecia-se ao servidor a oportunidade de optar por um dos cargos, hipótese em que era dispensado da devolução dos valores, que, embora indevidos, foram percebidos sem dolo ou má-fé. Entretanto, constatada sua má-fé, o servidor ficava sujeito à demissão dos dois cargos, além de ter que ressarcir as quantias que recebeu indevidamente ao longo da acumulação. A opção ora instituída por lei fere os bons propósitos que levaram o constituinte a proibir a acumulação de cargos públicos, qual seja, o de evitar que poucos cidadãos monopolizem a ocupação desses cargos para obterem duplo ganho, sem a dedicação necessária para o exercício de cada um deles, trazendo reflexo negativo na prestação do serviço público. A lei que a instituiu é, portanto, flagrantemente inconstitucional, merecendo, por isso, sua imediata revogação ou correção pelas vias judiciais adequadas. Boa-fé não se adquire por meio de opção.

A par das razões jurídicas e lógicas expostas por Dantas, destacam-se os efeitos potencialmente prejudiciais ao erário e à sociedade advindos de cada acumulação indevida e os impactos exponenciais do dispositivo legal questionado sobre aqueles efeitos adversos. Da acumulação indevida decorrem as seguintes adversidades potenciais, de ordem jurídica, ética, social e econômica: afronta à Constituição e legislação do país, disseminação da recorrência como normal/aceitável na sociedade e nos entes públicos, retirada de posto de trabalho do mercado, reduzindo a eficiência do serviço prestado (por jornada não cumprida ou sobrecarga de trabalho), e prejuízo ao erário (ao remunerar serviço mal prestado ou não prestado por servidor com múltiplas jornadas e ao destinar recursos para apuração/controlar).

Da “opção” disposta no art. 133, § 5º, da Lei 8.112/1990 propriamente dita, resulta a maximização dos efeitos adversos citados, em espiral viciosa, no campo jurídico, ético, social e econômico: tal dispositivo desrespeita a Constituição, ao permitir que a afronta a ela não seja objeto de responsabilização e pena (suspensão, demissão, ressarcimento, multa etc.); incentiva a prática da acumulação indevida, ao deixar o ilícito sem a correspondente pena, sendo um mau exemplo do Estado para a sociedade; favorece a perduração, disseminação e recorrência das acumulações indevidas, afetando mais o setor público e seu mercado de trabalho; e maximiza



os prejuízos ao erário, mediante dispêndios com serviço mal prestado e com apurações sem alcance penal e financeiro (ressarcimentos).

Quanto ao desrespeito à Constituição, a tolerância da prática de acumulação ilícita, instituída pelo § 5º do art. 133 da Lei 8.112/1990, fere frontalmente vários princípios constitucionais. O princípio da moralidade é atingido pelo caráter tolerante da “opção” com práticas imorais, como declaração falsa de não acumulação, dissimulação do exercício dos cargos acumulados, postergação da acumulação indevida até o último momento etc. O princípio da eficiência é solapado, porque a permissiva “opção” faz o Estado perder poder e meios para controlar e estancar a multiplicidade e recorrência de acumulações indevidas e com jornadas e encargos mal desempenhados. O princípio da razoabilidade é desprezado diante da irracionalidade da “opção”, que, em um passe de mágica, retira do mundo do direito o mundo real, anistando ou imunizando o delinquente. O princípio da proporcionalidade é ignorado ante a “opção” de nivelar todos os ilícitos de acumulação, desconsiderando especificidades e agravantes, como múltiplos vínculos, falseamento de declarações, recorrência de acumulação etc. Por fim, o princípio da responsabilização por ilicitude é rechaçado pela “opção”, quando retira do ordenamento jurídico penalidades que caberiam a quem se beneficia por atos inconstitucionais.

Sobre este último aspecto (desrespeito ao princípio da responsabilização por ilícitos, previsto, inclusive, no § 5º do art. 37 da Constituição), o dispositivo legal em comento se mostra juridicamente incompleto, pois prevê o preceito (vedação de acumular cargos afora das hipóteses constitucionais) e a forma de estancá-lo, sem prever a sanção correspondente (penalidade para quem contrariar o preceito). Não se pode confundir a demissão do cargo inacumulável, que é o modo necessário último de se fazer cumprir a Constituição, com a sanção que deve sofrer o delituoso, aquela parte da norma que visa a coagir as pessoas ao seu cumprimento, trazendo segurança e justiça para a coletividade e eficácia para a norma. Assim, falta à lei o elemento coercitivo que deve estar presente em toda norma que trata de ilícito. Desta forma, o dispositivo legal se apresenta viciado na forma e no mérito.

#### **4 EXEMPLOS DE EFEITOS PRÁTICOS ADVERSOS: IMPUNIDADE E CONFUSÃO JURÍDICA**

A “opção” dada ao servidor que acumula cargos públicos ilicitamente para escolher um dos cargos e demitir-se de outro, caracterizando sua boa-fé, impede ou dificulta a responsabilização do servidor pelos atos ilícitos cometidos durante a acumulação ilícita, particularmente, no âmbito administrativo, mais do que na esfera judicial.

É de se esperar que o empecilho ocorra mais na atuação administrativa (Poder Executivo e administração dos demais Poderes), pela proximidade com o servidor e circunscrição às disposições de seu estatuto, além de ser a primeira instância a tratar o problema da acumulação, o que importa em maior quantidade de casos examinados etc. Nesse contexto, a tendência é que o Ministério Público (MP) e o Judiciário examinem com mais abrangência e acuidade (e até imparcialidade, por mais distante dos fatos) a menor gama de casos que lhe é submetida, examinando a questão, inclusive, sob o fundamento de outros códigos.



A indulgência legislativa tem levado à inação administrativa. Enquanto o Estatuto dos Servidores Públicos Federais prevê fácil perdão para quem acumula de forma inconstitucional, o órgão central e os órgãos descentralizados de gestão de pessoal, de forma sincronizada com aquela indulgência, deixam de apurar e combater devidamente a irregularidade. É o que se depreende da falta de estudos e levantamentos mais sistêmicos e nacionais sobre a questão, da ausência de atuação mais resolutiva para prevenir e punir amplamente as irregulares acumulações de cargos e jornadas em todo o país. Ressalva-se, apenas, a atuação de controle mais consistente no âmbito federal, desenvolvida pontualmente pelo Tribunal de Contas da União e pelo órgão de controle interno do Poder Executivo.

Um dos raros levantamentos pertinentes de âmbito nacional de que se tem notícia apontou 164 mil indícios de irregularidades, representando 5,3% dos registros analisados, e estimou que a resolução das irregularidades geraria economia de R\$ 1,7 bilhão. Tal levantamento abrangeu, apenas, 13 unidades federadas e deixou de fora estados mais representativos do contingente de servidores, como São Paulo e Minas Gerais (vide <http://oglobo.globo.com/pais/mat/2010/03/17/servidores-sao-suspeitos-de-acumular-cargospublicos-916096872.asp>). O caráter limitado, esporádico, pontual e estanque desses levantamentos é um dos indicadores da falta de atuação efetiva do poder público nessa seara.

Embora parcial, o levantamento divulgado pela imprensa traz dados preocupantes de irregularidades que seriam taxativa e facilmente caracterizadas como muito graves: 53.793 servidores acumulando mais de dois cargos públicos e 47.360 servidores docentes em regime de dedicação exclusiva acumulando mais de uma função. Duas situações extremas de inconstitucionalidade e ilegalidade muitas vezes agravadas pelo fato de haver acumulação com cargos na esfera privada, em prejuízo parcial ou total da presença e produção nos cargos públicos.

No âmbito federal, a acumulação ilícita de cargos tem gerado algumas punições ao longo dos anos no Poder Executivo, conforme o “Relatório de acompanhamento das punições expulsivas aplicadas a estatutários no âmbito da Administração Pública”, produzido pelo Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU) em 2016, mas estão contabilizadas juntamente com as ocorrências de abandono de cargo e inassiduidade, respondendo as três causas expulsórias por apenas 23% do total das punições expulsivas. Deve-se questionar a falta de categorização própria (contabilização específica da causa expulsória acumulação ilícita de cargos), o percentual de 4 a 16% de reintegração no período, o efeito da atuação judicial nas expulsões e reintegrações, a falta de relatórios públicos relevantes no âmbito dos outros Poderes e das outras esferas.

Nesses exemplos, como em tantos outros, somente considerando os deveres e as proibições relacionados nos arts. 116 e 117 da Lei 8.112/1990, haveria as seguintes infrações legais, provavelmente cometidas pelos servidores que acumulam cargos indevidamente, a serem apuradas e punidas, conforme o grau de incidência: inobservância das normas legais e regulamentares (sobre presença, jornadas, atribuições etc.); inassiduidade e impontualidade ao serviço; ausência do serviço durante o expediente; procedimento desidioso; execução de atividades incompatíveis com o exercício do cargo ou da função e o horário de trabalho; recusa a atualizar seus dados cadastrais, quando solicitado.



Desta forma, o § 5º do art. 133 da Lei 8.112/1990, quando prevê a boa-fé e o saneamento da irregularidade com a simples “opção”, aniquila com boa parte das suas próprias disposições sobre a boa conduta do servidor, em particular, as referentes aos deveres, às proibições e às penalidades (arts. 116 a 132).

A “opção” em comento funciona como obstáculo para a correta e proporcional responsabilização de quem acumula ilícitamente. E, por ensejar que o Estado não puna adequadamente quem comete o ilícito, funciona como sério obstáculo, também, para a prevenção das acumulações indevidas. Ao constituir barreira para a devida responsabilização do servidor infrator, termina por não prevenir a infração e, pior, por incentivá-la.

Além disso, gera, na prática, uma espécie de prescrição antecipada das ações administrativas contra os ilícitos associados à acumulação indevida, podendo-se falar em imunidade de conduta dos acumuladores. Falta de apuração de ilícitos e impunidade de seus agentes são efeitos maléficis da dita “opção”.

Outro efeito perverso é o de confundir o aplicador do Direito, já que a disposição não apenas destoa da Constituição, como também de normas infraconstitucionais correlatas. É o que ocorre, por exemplo, com a chamada Lei 8.429/1992, que conceitua, no *caput* do seu art. 11, “atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública” como a “ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições”.

É certo que o Ministério Público busca enquadrar determinadas acumulações ilícitas como improbidades administrativas. Pode-se constatar isso mediante pesquisa em sítios oficiais dos tribunais de justiça ou regionais federais. Contrário a esse posicionamento ministerial, têm-se artigos e sentenças que realçam a literalidade do dispositivo em questão.

Um desses artigos é o estudo de Mattos (2006), cujos títulos no sumário resumem todo o teor:

Acumulação irregular de cargos. Opção tempestiva por um dos vínculos públicos retira a tipicidade da ação de improbidade administrativa. I – O caráter aberto da Lei 8.429/1992 possibilita ao Ministério Público o manejo indevido da ação de improbidade administrativa. II – A regra geral constitucional é a previsão da inacumulabilidade de cargos, ressalvadas as hipóteses legais. III – O direito de opção a um dos cargos/empregos gera boa-fé do agente público, não podendo haver subsunção via de consequência no tipo legal da Lei 8.429/1992. IV – Impossibilidade de ressarcimento ao erário do que foi recebido como contraprestação pecuniária.

A argumentação do autor se centra no entendimento de que a caracterização do ato ímprobo requer o elemento dolo (má-fé) e de que a lei retira esse elemento da acumulação irregular quando o servidor público opta por um de seus cargos/empregos no prazo legal, conforme § 5º do art. 133 da Lei 8.112/1990. Cita trecho de voto de julgado do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no RO em MS 11.197/RJ, para reforçar que a “opção” retira a má-fé da acumulação irregular, declarando-a como ato de boa-fé:



Prosseguindo, se a acumulação é ilegal, o servidor deve fazer a sua opção (que é um direito), para sanar tal ilegalidade. Não se trata de presumir a má-fé do servidor. Trata-se apenas de considerar de boa-fé aquele que, tomando ciência da ilegalidade em sua situação funcional, exerceu o direito de permanecer no serviço público, optando por um dos cargos. [...]. Procura-se, com isso, apenas garantir ao servidor que lhe seja proporcionado o direito de opção, para que se possa escolher um dos cargos. Se, mesmo assim, não quiser fazê-la, (fica) caracterizada a má-fé, porque aí estará objetivamente a sua intenção de acumular cargos.

Ao contrário do que transparece na letra transcrita acima, o STJ não apreciou a legitimidade, moralidade ou constitucionalidade da “opção” ou a incolumidade de qualquer “optante”, nem poderia fazê-lo em sede de Recurso Ordinário cujo acórdão ratificou decisão do TJ/RJ contra o servidor demitido. Em verdade, há decisões do STJ que consideram a acumulação ilícita ato de improbidade, a depender da legislação aplicável em cada caso, independentemente da “não opção” para caracterizá-la. Em sede de Recurso Especial – Resp 1129423/SP –, por exemplo, o STJ manteve decisão do tribunal de origem que entendeu configurada a improbidade administrativa pela acumulação de três cargos públicos municipais por agente político. Ementa: “Processual civil e administrativo. Ação civil pública. Improbidade. Acumulação ilegal de cargos. Ex-prefeito. Aplicação da Lei 8.429/1992. Compatibilidade com o Decreto-Lei 201/1967. Deficiência na fundamentação. Súmula 284/STF”.

Há, também, julgado que considera comprovada a má-fé quando há declaração falsa (RMS 24643/MG):

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. (...) AUSÊNCIA DE BOA-FÉ NA CONDUTA DO SERVIDOR. (...) 5. O prazo decadencial de 5 (cinco) anos do direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários não corre quando comprovada má-fé. Hipótese em que a recorrente fez declaração que não correspondia à realidade dos fatos quando assumiu o segundo cargo. Afirmou não exercer outro trabalho remunerado pelos cofres públicos.

Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) também autoriza o exame caso a caso de responsabilização do agente, a depender da verdade processual, conforme se depreende da ementa do MS 26085/DF, o que retiraria o caráter imunizante terminativo da “opção”:

MANDADO DE SEGURANÇA. [...] 1. A compatibilidade de horários é requisito indispensável para o reconhecimento da licitude da acumulação de cargos públicos. É ilegal a acumulação dos cargos quando ambos estão submetidos ao regime de 40 horas semanais e um deles exige dedicação exclusiva. [...] 3. O reconhecimento da ilegalidade da cumulação de vantagens não determina, automaticamente, a restituição ao erário dos valores recebidos, salvo se comprovada a má-fé do servidor, o que não foi demonstrado nos autos. [...].

De outra parte, alguns ilícitos cometidos por quem acumula ilegalmente são tipificados como crime, a exemplo da declaração falsa de não acumulação, configurada como falsidade ideológica, assim subsumida em julgado do próprio STF no RE 86863/ES:



CRIME DE FALSIDADE IDEOLÓGICA. O RECORRIDO TINHA O DEVER JURÍDICO DE DECLARAR OS CARGOS PÚBLICOS NOS QUAIS SE ACHAVA INVESTIDO, INCLUSIVE EM SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA, PORQUE A ISSO ESTAVA OBRIGADO [...].

O estudo de Mattos em referência (2006), enfim, se mostra incompleto e parcial, ao limitar-se à literalidade de uma das leis confrontadas (Lei 8.112/1990), questionando o alcance, apenas, da outra (Lei 8.429/1992), e ao especificar que o objetivo do estudo foi contrapor-se às ações de improbidade movidas pelo Ministério Público paulista contra servidores que exerceram “opção”. Ora, o autor, tratando de casos paulistas, não citou nenhuma legislação do Estado de São Paulo nem exemplificou nenhuma situação concreta de ação ministerial naquele estado que considera absurda. Seu artigo, no entanto, serve aqui para evidenciar, mais uma vez, a controvérsia no âmbito da aplicação do Direito (atuação ministerial e judicial paulista versus atuação administrativa) gerada pela disposição legal ora questionada.

Assim, embora os tribunais não tenham negado aplicação à disposição legal em comento e o STF não a tenha declarado inconstitucional, até porque não provocado neste sentido por ADI, há espaço para confusão pelos operadores do Direito e decisões divergentes pelos órgãos administrativos e judiciais. Mais um efeito ruim da disposição do § 5º do art. 133 da Lei 8.112/1990 como se encontra: o potencial para controvérsias jurídicas.

## 5 CONCLUSÃO

### ALTERNATIVAS PROPOSTAS

Pelo conceito de improbidade contido no art. 11 da Lei 8.429/1992, a acumulação ilícita e inconstitucional de cargos públicos se subsume, em princípio, àquele subgênero de improbidade. Mas não só, enquadra-se na espécie prevista no inciso I do já citado art. 11: “praticar ato visando a fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência”.

Com efeito, o servidor público federal que presta concurso, toma posse e entra em exercício no cargo que lhe é vedado acumular está sendo claramente desonesto e desleal às instituições (Constituição, lei, órgãos públicos envolvidos). E, muitas vezes, leva à cumplicidade de servidores, com conduta tipicamente ímproba (desonesta, parcial, ilegal e desleal), a teor do mesmo inciso I do art. 11 da Lei 8.429/1992.

Desta maneira, o tratamento legal a ser dado pela Lei 8.112/1990 deve ser inverso ao vigente: a acumulação inconstitucional de cargo público se revela juridicamente abominável, via de regra, ato ímprobo, com presumida má-fé; para afastá-la, seria necessário haver histórico de providências, por parte do servidor, que apontassem noutro sentido, para indícios ou evidências de boa-fé, tais como: declaração tempestiva e verdadeira sobre a acumulação de cargos, consultas formais aos entes públicos em questão sobre a legalidade da acumulação, assiduidade e desempenho comprovadamente regulares nos cargos acumulados e outras condutas e iniciativas positivas.



Deve a lei que trata de ilícitos prever as penas correspondentes. No caso específico, pode e deve haver uma gradação de sanções, além da óbvia e imperativa demissão do cargo acumulado ilicitamente. De forma ilustrativa, as penas poderiam abranger: demissão ou suspensão de exercício do cargo remanescente, restituição de valores proporcionais à incompatibilidade das jornadas, multa e tipificação da acumulação ilícita como improbidade administrativa. Para tal, seriam considerados os agravantes do ilícito, tais como: a recorrência, a acumulação múltipla, a declaração falsa, o descumprimento das jornadas respectivas, a sobreposição de jornadas e a lotação em mais de um vínculo (subespécie mais artilosa de descumprimento de jornadas, no caso, por exemplo, de cessão/requisição, ficando o cedido ou requisitado num mesmo órgão com dois cargos, mas uma só jornada), o desatendimento à solicitação do órgão e a prática conjugada de ilícitos.

De forma ilustrativa, ainda, a “opção” em comento deveria servir apenas para oportunizar ao servidor que tenha agido de boa-fé a escolha do cargo em que queira permanecer, antes que o ente público competente (o órgão do último ingresso) o demita por dever de ofício. O exercício da “opção” por quem acumula ilicitamente configuraria um benefício ao servidor acumulador que comprovasse sua boa-fé. Caso contrário, se não comprovasse sua honestidade na acumulação, deveria restar um leque de penalidades proporcionais à gravidade dos ilícitos cometidos, a serem impostas pelos órgãos envolvidos e prejudicados, após o devido processo investigativo, com ampla defesa.

Assim, razoável é que a falta do exercício da “opção”, quando convocado o servidor, caracterize sua disposição de persistir na prática ilícita, patenteando a má-fé presumida ou reforçando a já apurada. O exercício da “opção”, por outro lado, deve beneficiar, apenas, a quem tenha agido de boa-fé, comprovadamente, quando não restarem nem sobrevierem outras irregularidades caracterizadoras da má-fé.

Ao invés de dispor tolerando a inconstitucionalidade, descaracterizando improbidades e, com isso, até incentivando a prática continuada e recorrente de acumulações ilícitas, poderia a lei ter disposto da forma acima sugerida e sobre os elementos caracterizadores da má-fé, suas hipóteses e penas respectivas.

Diante dos problemas ínsitos ao dispositivo legal em comento e considerando a necessidade premente de sua mudança, o que se impõe aos cidadãos conscientes, aos acadêmicos das ciências sociais aplicadas e do Direito, aos órgãos de controle e às pessoas e aos entes que integram e formulam o controle social e estatal é que intervenham de alguma forma sobre a apontada inconstitucionalidade, envidando esforços sob seu alcance. Importa estancar a praxe inconstitucional que implica prejuízos para o Estado e a Nação brasileira, afetando os cofres e serviços públicos, dificultando a atuação social do Estado, notadamente nas áreas importantes e críticas da saúde e da educação, mais vulneráveis à ilicitude em tela.

Como ações possíveis, vislumbra-se aqui a produção crítica e propositiva, como o presente trabalho, a integrar um esforço contínuo e progressivo formador de opinião e de subsídio à atuação no campo judicial ou legislativo por quem de direito. Judicialmente, tem-se a possibilidade de impetração de ADI pelos legitimados, o que engloba a Presidência da República, as Mesas dos Legislativos federal, estaduais e distrital, os governadores, o Procurador-Geral da República, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), os partidos políticos



representados no Congresso Nacional (CN) e as confederações sindicais ou entidades classistas de âmbito nacional. No campo legislativo, tem-se a possibilidade de iniciativas como o nascedouro de anteprojeto de lei ou de medida provisória para alteração e aperfeiçoamento das disposições pertinentes da Lei 8.112/1990 (e da Lei 8.429/1992).

De forma geral e conclusiva, há robusto fundamento para a atuação reformadora do dispositivo legal questionado, em face de sua inconstitucionalidade, tendo em vista que não se coaduna com os notórios princípios constitucionais da moralidade, eficiência, razoabilidade e proporcionalidade, bem assim com o princípio constitucional da responsabilização por ilícito (art. 37, § 5º, da CF). Iniciativas sociais, acadêmicas e estatais urgem e serão muito bem-vindas.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR, Joaquim Castro. **O servidor municipal**. Rio de Janeiro, 1970.

BALLOUK FILHO, Benedito Marques; KUNTZ, Ronald A. **Corrupção política: a luta social pelo resgate da dignidade no exercício do poder**. São Paulo: Madras, 2008.

CAMMAROSANO, Márcio. **O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em: 15 dez. 2017.

\_\_\_\_\_. Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União. **Relatório de acompanhamento das punições expulsivas aplicadas a estatutários no âmbito da Administração Pública federal, 2017**. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/assuntos/atividade-disciplinar/relatorios-de-punicoes-expulsivas/arquivos/consolidado-por-ano-2003-a-2016.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2017.

FREITAS, Izaías Dantas. **Acumulação ilícita de cargos públicos e o direito de opção**. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 51, 1º out. 2001.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **Acumulação irregular de cargos. Opção tempestiva por um dos vínculos públicos retira a tipicidade da ação de improbidade administrativa**. Rio de Janeiro, 2006. Disponível em: <[http://gomesdemattos.com.br/wp-content/uploads/2016/04/2006\\_acumulacao\\_-de\\_-cargos\\_-irregular.pdf](http://gomesdemattos.com.br/wp-content/uploads/2016/04/2006_acumulacao_-de_-cargos_-irregular.pdf)>. Acesso em 16.12.2017.

MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

STUKART, Herbert Lowe. **Ética e corrupção**. São Paulo: Nobel, 2007 (reimpressão).

---

Recebido em 16/3/2018

Aprovado em 9/11/2018



# Regime de Contratação Integrada: Vinculante ou Discricionário?

## Jessé Torres Pereira Junior

Desembargador do Tribunal de Justiça. Professor e coordenador dos cursos de pós-graduação em direito administrativo da Escola da Magistratura e da Escola de Administração Judiciária do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Professor convidado de cursos de especialização em direito público da Escola de Direito, Rio, da Fundação Getúlio Vargas.

## Marinês Restelatto Dotti

Advogada da União. Especialista em Direito do Estado e em Direito e Economia pela Universidade Federal do Estado do Rio Grande do Sul (UFRGS). Professora no curso de especialização em Direito Público com ênfase em Direito Administrativo da UniRitter - Laureate International Universities.

## RESUMO

A escolha do regime de contratação integrada é pautada por situações em que o mercado oferece mais de uma solução técnica possível para a execução de obra ou serviço, desconhecidas da Administração Pública, conferindo-se ao contratado a liberdade de escolha da metodologia eficaz, qual seja, aquela apta a produzir, ao fim, os resultados almejados pela contratação. Quando há a possibilidade de utilização de diferentes metodologias na execução da obra ou do serviço, elas devem referir-se a aspectos de ordem maior de grandeza e qualidade, capazes de ensejar uma real concorrência entre propostas envolventes de diversas metodologias, de forma a propiciar ganhos reais para a Administração Pública. Ao transferir ao particular a responsabilidade pela elaboração dos projetos e execução do objeto, fornecendo no edital apenas anteprojeto que possibilite caracterizá-lo, o ordenamento jurídico brasileiro introduz regime contratual que se amolda à espécie ligada às obrigações de resultado. Não mais existindo as amarras do projeto básico previamente estabelecido em anexo ao edital, possibilita-se ao contratado a utilização de solução específica de execução que, ao final, atenda às condições expostas no ato convocatório.

**Palavras-chave:** Contratação integrada. Vantajosidade. Regime preferencial. Avaliação. Aditamento contratual. Matriz de riscos.

## 1. CONTEXTO NORMATIVO

O regime de contratação integrada conhece, no Direito Administrativo brasileiro – que o recolheu de extensa experiência internacional<sup>1</sup> –, precedente normativo no revogado Decreto



2.745/1998, que regulamentava o procedimento licitatório simplificado da Petróleo Brasileiro S.A. (PETROBRAS)<sup>2</sup>, nos seguintes termos:

1.9 Sempre que economicamente recomendável, a PETROBRAS poderá utilizar-se da contratação integrada, compreendendo realização de projeto básico e/ou detalhamento, realização de obras e serviços, montagem, execução de testes, pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto, com a solidez e segurança especificadas.

No ordenamento jurídico brasileiro vigente, a utilização do regime de contratação integrada nas licitações de obras e serviços de engenharia encontra previsão na Lei 12.462/2011, que disciplina o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC). Assim:

Art. 9º Nas licitações de obras e serviços de engenharia, no âmbito do RDC, poderá ser utilizada a contratação integrada, desde que técnica e economicamente justificada.

§ 1º A contratação integrada compreende a elaboração e o desenvolvimento dos projetos básico e executivo, a execução de obras e serviços de engenharia, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto.

§ 2º No caso de contratação integrada:

I - o instrumento convocatório deverá conter anteprojeto de engenharia que contemple os documentos técnicos destinados a possibilitar a caracterização da obra ou serviço, incluindo:

a) a demonstração e justificativa do programa de necessidades, a visão global dos investimentos e as definições quanto ao nível de serviço desejado;

b) as condições de solidez, segurança, durabilidade e prazo de entrega, observado o disposto no *caput* e no § 1º do art. 6º desta Lei;

c) a estética do projeto arquitetônico; e

d) os parâmetros de adequação ao interesse público, à economia na utilização, à facilidade na execução, aos impactos ambientais e à acessibilidade;

II - o valor estimado da contratação será calculado com base nos valores praticados pelo mercado, nos valores pagos pela Administração Pública em serviços e obras similares ou na avaliação do custo global da obra, aferida mediante orçamento sintético ou metodologia expedita ou paramétrica; e

III - será adotado o critério de julgamento de técnica e preço.



§ 3º Caso seja permitida no anteprojeto de engenharia a apresentação de projetos com metodologias diferenciadas de execução, o instrumento convocatório estabelecerá critérios objetivos para avaliação e julgamento das propostas.

§ 4º Nas hipóteses em que for adotada a contratação integrada, é vedada a celebração de termos aditivos aos contratos firmados, exceto nos seguintes casos:

I - para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro decorrente de caso fortuito ou força maior; e

II - por necessidade de alteração do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos objetivos da contratação, a pedido da Administração Pública, desde que não decorrentes de erros ou omissões por parte do contratado, observados os limites previstos no § 1º do art. 65 da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993.

Conforme se extrai do caput do art. 9º da Lei 12.462/2011, é facultada<sup>3</sup> à Administração Pública a utilização do regime de contratação integrada, desde que expresse justificativa o demonstre técnica e economicamente adequado. A discricção do administrador público advém, ainda, de outro dispositivo do RDC, qual seja, o art. 8º, § 1º, que estabelece a utilização preferencial do regime de contratação integrada ao lado dos regimes de empreitada por preço global e empreitada integral.

## 2. PREFERÊNCIA TÉCNICA E ECONÔMICA

Qualquer que seja o regime eleito – os preferenciais ou os demais –, imprescindível é que se explicita a justificativa acerca da vantagem (técnica e econômica) da solução adotada. Uma vez que se trata de escolha discricionária, em termos, do gestor, a cada caso, chega-se, igualmente nas licitações e contratações do Poder Público, à possibilidade de controle da discricionariedade administrativa pela via dos seus expressos motivos. A relevância da motivação não reside apenas na vinculação aos motivos revelados. Importa, também, a demonstração de que, sendo regime que a lei declara preferencial, a contratação integrada somente poderá ser por outro modelo substituída se se demonstrar que esse outro lhe é superior, no caso concreto.

Registre-se que o TCU, por meio do Acórdão 1.388/2016-Plenário, deu ciência ao Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil (MTPA) de que a opção pelo regime de contratação integrada, com base no inciso II do art. 9º da Lei 12.462/2011 (“Art. 9º Nas licitações de obras e serviços de engenharia, no âmbito do RDC, poderá ser utilizada a contratação integrada, desde que técnica e economicamente justificada e cujo objeto envolva, pelo menos, uma das seguintes condições: (...) II - possibilidade de execução com diferentes metodologias;”), deve ser fundamentada em estudos objetivos que a justifiquem técnica e economicamente, a par de considerarem a expectativa de vantagens quanto a competitividade, prazo, preço e qualidade, em cotejo com outros regimes de execução, especialmente a empreitada por preço global e, entre outros aspectos e quando possível, a prática internacional para o mesmo tipo de obra, sendo vedadas justificativas genéricas, aplicáveis a qualquer empreendimento.



### 3. PARÂMETROS OBJETIVOS

Mediante análise comparativa com contratações já concluídas ou outros dados disponíveis, deve-se proceder à quantificação, inclusive monetária, das vantagens e desvantagens da utilização do regime de contratação integrada, sendo necessária justificativa circunstanciada, no caso de impossibilidade de valoração dos parâmetros. Ainda segundo a Corte de Contas Federal, nas licitações pelo regime de contratação integrada enquadradas no inciso II do art. 9º da Lei 12.462/2011, é obrigatória a inclusão, nos editais, de critérios objetivos de avaliação e julgamento de propostas que contemplem metodologias executivas diferenciadas admissíveis, em observância ao § 3º do mesmo artigo (*“Caso seja permitida no anteprojeto de engenharia a apresentação de projetos com metodologias diferenciadas de execução, o instrumento convocatório estabelecerá critérios objetivos para avaliação e julgamento das propostas”*).

Extrai-se, pois, que obras e serviços caracterizados por técnicas, metodologias e condições usualmente empregadas, identificáveis e conhecidas pela Administração não se conciliam com o regime de contratação integrada da Lei 12.462/2011. Ou seja, não é admissível a utilização do regime de contratação integrada quando o objeto a ser licitado já dispuser de projeto básico e/ou executivo em sua totalidade, uma vez que as soluções estarão previamente definidas, afastando as condições previstas no art. 9º da lei para aplicação do instituto.

A opção pelo regime de contratação integrada, segundo a Corte de Contas Federal, exige, nos termos do art. 9º da Lei 12.462/2011, que haja justificativa sob os prismas econômico e técnico. No econômico, a administração deve demonstrar, em termos monetários, que os gastos totais a serem realizados com a implantação do empreendimento serão inferiores, se comparados aos obtidos com os demais regimes de execução. No técnico, deve demonstrar que as características do objeto permitem que ocorra real competição entre as contratadas para a concepção de metodologias/tecnologias distintas que levem a soluções capazes de serem aproveitadas vantajosamente pelo Poder Público (Acórdão 1.850/2015-Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler, Processo 011.588/2014-4).

No âmbito da Lei 13.303/2016, que dispõe sobre o estatuto jurídico das empresas públicas, das sociedades de economia mista e de suas subsidiárias, também consta previsão a respeito da utilização do regime de contratação integrada. Confira-se:

Art. 42. Na licitação e na contratação de obras e serviços por empresas públicas e sociedades de economia mista, serão observadas as seguintes definições:

[...]

VI - contratação integrada: contratação que envolve a elaboração e o desenvolvimento dos projetos básico e executivo, a execução de obras e serviços de engenharia, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto, de acordo com o estabelecido nos §§ 1º, 2º e 3º deste artigo;

[...]



§ 4º No caso de licitação de obras e serviços de engenharia, as empresas públicas e as sociedades de economia mista abrangidas por esta lei deverão utilizar a contratação semi-integrada, prevista no inciso V do *caput*, cabendo a elas a elaboração ou a contratação do projeto básico antes da licitação de que trata este parágrafo, podendo ser utilizadas outras modalidades previstas nos incisos do *caput* deste artigo, desde que essa opção seja devidamente justificada.

§ 5º Para fins do previsto na parte final do § 4º, não será admitida, por parte da empresa pública ou da sociedade de economia mista, como justificativa para a adoção da modalidade de contratação integrada, a ausência de projeto básico.

De acordo com a Lei 13.303/2016, não será admitida, por parte da empresa pública ou sociedade de economia mista, como justificativa para a adoção da contratação integrada, a ausência de projeto básico. Se a empresa estatal tem condições de definir, com elevado nível de precisão, o objeto da contratação e as condições para sua perfeita execução, deve elaborar ou contratar o projeto básico e preferir a escolha de outro regime de execução indireta de obras e serviços. A estatal não pode, por isso, adotar o regime de contratação integrada, sob o argumento de não possuir o projeto básico, quando lhe seja possível definir a solução que seja ideal.

#### 4. ACOLHIDO EM PROJETO DE NOVA LEI GERAL

O Projeto de Lei 6.814, de 2017 (anterior ao Projeto de Lei do Senado 559, de 2013), que almeja revogar a Lei 8.666/1993, a Lei 10.520/2002 e os arts. 1º a 47 da Lei 12.462/2011, também contempla o regime de contratação integrada. Veja-se:

Art. 5º Para os fins desta Lei, consideram-se:

[...]

XXX - contratação integrada: regime de contratação em que o contratado é responsável por elaborar e desenvolver os projetos completo e executivo, executar obras e serviços de engenharia, fornecer bens ou prestar serviços especiais e realizar montagem, teste, pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto, com remuneração por preço global, em função das etapas de avanço da execução contratual;

[...]

Art. 41. Na execução indireta de obras e serviços de engenharia, são admitidos os seguintes regimes:

I - empreitada por preço unitário;

II - empreitada por preço global;

III - empreitada integral;



IV - contratação por tarefa;

**V - contratação integrada;**

VI – contratação semi-integrada;

VII – fornecimento e prestação de serviço associado. (grifamos)

Justifica-se a utilização do regime de contratação integrada nos diplomas citados e no projeto de lei: há situações em que a Administração Pública se defronta com a necessidade de contratar a execução de obra ou serviço cujo delineamento pormenorizado não seja do domínio técnico suficiente da Administração, mas o é de entidades empresariais atuantes no ramo do objeto da licitação. Daí, conferir-se, nesse regime, margem maior de autonomia ao contratado, para que este conceba soluções técnicas e/ou operacionais essenciais à satisfatória execução do objeto, desconhecidas da Administração.

Consoante se extrai do voto revisor do Acórdão 1.388/2016-Plenário, do Tribunal de Contas da União:

Trata-se de licitações em que há maior liberdade para as contratadas inovarem e buscarem a metodologia construtiva mais adequada à execução do objeto. Essa maior liberdade poderá redundar que os licitantes vislumbrem alternativas com menores custos do que aquela que eventualmente teria sido fixada no projeto básico. Esses menores custos, em um ambiente competitivo, deverão repercutir em propostas mais vantajosas para a Administração, privilegiando o princípio da economicidade. Ou seja, os impactos econômicos propiciados pelas maiores incertezas acerca do orçamento da obra quando da licitação podem ser contrabalanceadas pela possibilidade de o contratado buscar melhores soluções quando da execução contratual.

A ausência de delineamento da forma de execução no anteprojeto desenvolvido pela Administração, conferindo maior liberdade aos licitantes para aplicarem metodologias diferenciadas na fase de execução contratual, libera de exigências de qualificação técnica (profissional e operacional) o edital da licitação, estimulando a participação de maior número de licitantes e, por conseguinte, propiciando a obtenção de propostas mais vantajosas para o ente contratante.

## **5. COMPETÊNCIA PARA A ELABORAÇÃO DOS PROJETOS BÁSICO E EXECUTIVO**

Característica comum e distintiva do regime de contratação integrada, extraída dos diplomas (Lei 12.462/2011 e Lei 13.303/2016) e do projeto de lei retro citados, refere-se à transferência da elaboração do projeto básico – denominado de *projeto completo*<sup>4</sup> no Projeto de Lei 6.814, de 2017 – e do projeto executivo<sup>5</sup> da Administração Pública para o licitante vencedor do certame (contratado). À Administração Pública, na fase interna da licitação, compete, tão somente, a elaboração de anteprojeto (que integrará o edital da licitação como anexo), com base em estudos técnicos preliminares, que subsidiará o licitante vencedor (contratado) na elaboração dos projetos básico (ou projeto completo) e executivo.



A elaboração de anteprojeto<sup>6</sup> compreende as especificações e técnicas que serão empregadas, a definição das frentes de serviço, a sequência das atividades, o uso e as características dos equipamentos necessários e as atividades associadas à execução do objeto, com o fim de evitar possíveis interferências externas.

Anota o Ministro Benjamin Zymler, no voto revisor do Acórdão 1.388/2016-Plenário:

Ou seja, o anteprojeto não deve se tratar de uma peça imprecisa ou incompleta, que não defina adequadamente o objeto, mas sim de minucioso trabalho de engenharia que, aprofundando a melhor alternativa oriunda dos estudos de viabilidade técnica e econômica, que o antecedem, permita à Administração demonstrar como deve ser atendido o interesse público, sem impedir que inovações incorporadas pela iniciativa privada possam melhorar ainda mais a vantajosidade no atendimento ao programa de necessidades.

É fundamental que a Administração Pública alicerce o anteprojeto e instrumento convocatório em indicadores de finalidades e resultados que o licitante vencedor deva produzir. Assim, o contratado terá maior autonomia para definir os métodos de execução do objeto e as soluções possíveis para a consecução dos resultados e das finalidades. Buscam-se, pois, com a adoção do regime de contratação integrada, resultados, relativizando-se os meios para alcançá-los.

O reconhecimento, pela Administração, de que o mercado é detentor de soluções técnicas inovadoras e, por isso, a tarefa de elaborar o projeto básico pode ser superiormente desempenhada pelo particular não exonera a Administração do dever de julgar o projeto básico elaborado por terceiro, podendo rejeitá-lo, se desatender a requisitos técnicos e econômicos previamente estabelecidos, o que também deverá estar previsto e definido nos autos do processo, inclusive quanto a critérios objetivos de julgamento das soluções técnicas apresentadas (critério de julgamento baseado na combinação técnica e preço).

## 6. ADITAMENTO CONTRATUAL

A regra, no regime de contratação integrada, é a vedação à formalização de aditamentos contratuais. Confira-se o dispositivo atinente a essa vedação na Lei 12.462/2011:

Art. 9º [...]

§ 4º Nas hipóteses em que for adotada a contratação integrada, é vedada a celebração de termos aditivos aos contratos firmados, exceto nos seguintes casos:

I - para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro decorrente de caso fortuito ou força maior; e

II - por necessidade de alteração do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos objetivos da contratação, a pedido da Administração Pública, desde que não decorrentes de erros ou omissões por



parte do contratado, observados os limites previstos no § 1º do art. 65 da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993.

Também no Projeto de Lei 6.814, de 2017:

Art. 101 [...]

§ 9º Nas hipóteses em que for adotada a contratação integrada, é vedada a alteração dos valores contratuais, exceto nos seguintes casos:

I – para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro decorrente de caso fortuito ou força maior;

II – por necessidade de alteração do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos objetivos da contratação, a pedido da Administração, desde que não decorrente de erros ou omissões por parte do contratado, observados os limites estabelecidos no § 1º.

A vedação a que o contrato sob o regime de contratação integrada seja aditado, salvo nas duas hipóteses excepcionais elencadas<sup>7</sup>, é a contrapartida da maior autonomia atribuída ao contratado na definição das especificações técnicas e operacionais atinentes ao objeto e à sua execução, postas nos projetos básico e executivo. Em outras palavras: qualquer erro na elaboração dos projetos básico e executivo será absorvido pelo contratado, que não poderá repassar à Administração os custos consequentes, dado que mudanças no projeto somente se admitem para recompor o equilíbrio da equação econômico-financeira do contrato – hipótese, em princípio, elidida em face de erro perpetrado pela própria licitante que elaborou o projeto – ou no interesse da Administração – hipótese que se justificaria tanto no caso de a alteração corrigir deficiência ou omissão da Administração quando elaborou o anteprojeto quanto em razão de fatos supervenientes, e desde que sem desnaturar o objeto do contrato.

As duas hipóteses excepcionais, que autorizam a Administração a alterar a relação jurídico-contratual inicialmente pactuada, encontram supedâneo no art. 37, XXI, da Constituição Federal:

Art. 37 [...]

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

O contrato administrativo visa a atender as necessidades da Administração e, reflexamente, o interesse público. Ao contratado se reconhece o direito ao lucro legítimo e inerente à sua atividade empresarial, que advirá da remuneração definida nas cláusulas financeiras do contrato.



A remuneração há de ser assegurada nos termos originais pactuados e, também, no curso da execução contratual, preservando-se a relação inicial encargo/remuneração que a Constituição Federal almeja garantir ao estabelecer a manutenção das condições efetivas da proposta (art. 37, XXI). Se, de um lado, a Administração tem o poder-dever de alterar unilateralmente as cláusulas regulamentares ou de serviço de seus contratos, de outro, ao contratado assiste o direito à manutenção da equação econômico-financeira diante de situações específicas que venham a onerar o cumprimento do contrato, sejam decorrentes de alterações unilaterais, caso fortuito ou força maior.

Registre-se que as hipóteses de aditamento, no regime de contratação integrada, são *numerus clausus*, isto é, não admitem interpretação analógica ou extensiva, somente podendo ocorrer nos estritos termos da norma positivada.

Avaliação realizada pelo Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União (CGU)<sup>8</sup> sobre os resultados alcançados pelo Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT) na utilização do RDC, com ênfase na utilização do regime de contratação integrada, apontou a redução de aditivos, em comparação a outros regimes de execução indireta utilizados pela entidade, mas não sua satisfatória eliminação. A CGU constatou que a adoção da contratação integrada reduziu o número de aditivos nas obras do DNIT, principalmente aqueles relacionados à alteração de valor contratual, mas não eliminou os aditamentos: houve a formalização de aditivos em 40% das obras já concluídas e em 31% das obras em andamento.

O percentual de aditivos identificados pela CGU é considerável, haja vista que, no regime de contratação integrada, eventuais ganhos ou encargos oriundos das soluções adotadas pelo contratado na elaboração do projeto básico devem ser auferidos ou suportados única e exclusivamente pelo particular, independentemente da existência de uma matriz de riscos disciplinando a contratação. Em contrapartida, eventuais omissões ou indefinições no anteprojeto, em regra, não ensejam a celebração de termos de aditamento contratual, pois anteprojeto não é projeto básico.

## 7. MATRIZ DE RISCOS

De acordo com o art. 9º, §5º, da Lei 12.462/2011, acrescentado pela Lei 13.190/2015, se o anteprojeto contemplar matriz de alocação de riscos entre a Administração Pública e o contratado, o valor estimado da contratação poderá considerar taxa de risco compatível com o objeto da licitação e as contingências atribuídas ao contratado, de acordo com metodologia predefinida pela entidade contratante, fator, em princípio, inibidor de aditivos contratuais que visem à recomposição do valor contratual. A razão desse adicional (taxa de risco) na proposta do licitante é afastar, de acordo com a abrangência do risco transferido, os recorrentes aditivos relacionados a imprecisões no projeto considerado durante a licitação.

Nas contratações integradas, segundo o TCU, é imprescindível a inclusão da matriz de riscos pormenorizada no instrumento convocatório, com alocação a cada signatário dos riscos inerentes ao empreendimento (Acórdão 2.980/2015-Plenário, Rel. Min. Ministra Ana Arraes, Processo 034.015/2012-4).



Na sistemática da contratação integrada, constitui risco adicional para os licitantes as maiores restrições à celebração de aditivos, por isso que devem ser precificados e considerados, nas respectivas propostas ofertadas pelos licitantes, os eventuais riscos projetados pela Administração no anteprojeto de engenharia.

A matriz de riscos é o instrumento que define a repartição objetiva de responsabilidades advindas de eventos supervenientes à contratação, dado relevante para a caracterização do objeto e das respectivas responsabilidades contratuais de sua futura execução, bem como para o dimensionamento das propostas pelos licitantes. Insere-se no âmbito do anteprojeto de engenharia, em prestígio aos princípios da segurança jurídica, da isonomia, do julgamento objetivo, da eficiência e da busca da melhor proposta. É habitualmente representada por um gráfico de dois eixos coordenados, evidenciando, com a indicação dos eventos futuros que podem incidir sobre a execução do contrato, a probabilidade/o risco de sua ocorrência e o respectivo impacto sobre o empreendimento. A matriz de riscos identifica os principais fatores influentes sobre a execução do objeto, enseja a avaliação das estratégias de mitigação ou alocação dos riscos possíveis e da probabilidade de ocorrência de eventos, indicando os respectivos impactos financeiros sobre o contrato. A distribuição de riscos na contratação integrada, de acordo com a capacidade de cada licitante de precificá-los e gerenciá-los, contribui para a redução do custo final do empreendimento.

## 8. CONCLUSÃO

Dentre os regimes de execução indireta previstos no ordenamento jurídico brasileiro está o da contratação integrada, que se distingue por transferir ao vencedor do certame (adjudicatário contratado) a elaboração dos projetos básico e executivo, além da execução da obra ou do serviço, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto. À Administração Pública compete, tão somente, a elaboração de anteprojeto, com base nos estudos técnicos preliminares realizados, o qual subsidiará o licitante vencedor na elaboração dos projetos básico e executivo, uma vez contratado.

A escolha do regime é pautada por situações em que o mercado oferece mais de uma solução técnica possível para a execução de obra ou serviço, desconhecidas da Administração Pública, conferindo-se ao contratado a liberdade de escolha da metodologia eficaz, qual seja, aquela apta a produzir, ao fim, os resultados almejados pela contratação. Quando a condição a ser atendida é a possibilidade de utilização de diferentes metodologias na execução da obra ou do serviço, elas devem referir-se a aspectos de ordem maior de grandeza e qualidade, capazes de ensejar uma real concorrência entre propostas envolventes de diversas metodologias e propiciar ganhos reais.

Na visão do TCU, ao transferir ao particular a responsabilidade pela elaboração dos projetos e execução do objeto, fornecendo no edital apenas anteprojeto que possibilite caracterizá-lo, o ordenamento jurídico brasileiro introduz regime contratual que se amolda à espécie ligada às obrigações de resultado. Não mais existindo as amarras do projeto básico previamente estabelecido em anexo ao edital, possibilita-se ao contratado a utilização de solução específica de execução que, ao final, atenda às condições expostas no ato convocatório. Pretende-se que a não definição dessas amarras no anteprojeto produza ampliação da competitividade e, por conseguinte, propostas mais vantajosas para a Administração.



Percebem-se, então, as vantagens na utilização do regime de contratação integrada: para a Administração, a ausência de delineamento da forma de execução no anteprojeto confere maior liberdade ao contratado para aplicar metodologias diferenciadas na fase de execução contratual, liberando-a (a Administração) de exigências de qualificação técnica (profissional e operacional) no edital da licitação, com estímulo à participação de maior número de licitantes, e propiciando, por conseguinte, a obtenção de propostas mais vantajosas; para o contratado, a escolha da melhor solução a ser empregada na execução do contrato influencia no custo final da obra ou do serviço, particularmente, pela possibilidade de alocar eficientemente os riscos envolvidos e melhor gerenciá-los e mitigá-los.

Há, contudo, registro de avaliação empreendida pelo Ministério da Transparência e CGU sobre os resultados alcançados pelo DNIT na utilização do RDC, com ênfase na utilização do regime de contratação integrada, de que se extrai a existência de número considerável de aditivos contratuais (formalização de aditivos em 40% das obras já concluídas e em 31% das obras em andamento), mesmo existindo expressa vedação legal a que ocorram, salvo em duas excepcionais hipóteses: (a) para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro decorrente de caso fortuito ou força maior e (b) por necessidade de alteração do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos objetivos da contratação, a pedido da Administração Pública, desde que não decorrentes de erros ou omissões por parte do contratado, observados os limites previstos no § 1º, do art. 65, da Lei 8.666/1993.

O considerável número de aditivos registrados pela CGU nos contratos do DNIT evidencia que o regime de contratação integrada carece de aperfeiçoamentos. Talvez a elaboração de anteprojeto mais detalhado e com nível excelente de adequação técnica aos objetivos da contratação, sem chegar ao nível de projeto básico, possa contribuir para a desejável redução de aditivos contratuais; talvez a atuação qualificada e eficiente da fiscalização designada para acompanhar a execução do contrato produza a redução; talvez a demonstração do desempenho/da funcionalidade do que foi executado a cada etapa, e não somente ao final da execução, também produza esse efeito.

Por certo que a combinação de todas essas providências, conciliada com o estabelecimento preciso das frações do objeto em que haverá liberdade do contratado para inovar em soluções metodológicas ou tecnológicas, em termos de modificação das soluções previamente delineadas no anteprojeto, viabilizará, superiormente, a identidade entre a execução e a solução predefinida no anteprojeto. Também a inclusão de matriz de riscos no anteprojeto, com alocação a cada signatário dos riscos inerentes à obra ou ao serviço a ser executado, tenderá a reduzir o número de aditivos no regime de contratação integrada. Sem mencionar a consagração como regime preferencial de execução de obras e serviços, também no Projeto de Lei 6.814, de 2017.

Se assim for, a resposta à intrigante indagação posta no título deste artigo poderá ser aquela que sempre, em sede doutrinária, estabeleceu a proporção entre vinculação e discricionariedade na gestão pública: não há, a rigor, ato totalmente vinculado ou totalmente discricionário; o que há são matizes de predominância de vinculação ou discricionariedade, conforme a norma de regência estabelecer, em busca de oferecer ao gestor público elementos que o habilitem a distinguir, segundo as circunstâncias do caso concreto, a solução que melhor cumpra resultados de interesse público. Se tais circunstâncias fáticas e normativas indicarem, comprovadamente,



que a solução A supera a solução B, aquela passa a ser vinculante da decisão administrativa. Em outras palavras: o regime de contratação integrada será preferencial e, pois, obrigatório sempre que se demonstrar inequívoca a sua superioridade sobre os demais regimes para a execução de determinada obra ou serviço. Não o acolher, em tais circunstâncias, violará o direito e sujeitará o gestor a responder pela escolha contrária ao princípio da eficiência, com eventual configuração de ato de improbidade administrativa.

## REFERÊNCIAS

ATHIAS, Daniel Tobias. Institutional bypass: o exemplo do Regime Diferenciado de Contratações (RDC). **Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico (RDFE)**, Belo Horizonte, ano 2, n. 3, p. 253-268, mar./ago. 2013.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). **Licitações e contratos**: orientações e jurisprudência. 4. ed. rev. atual. e ampl. Brasília: TCU, 2010.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. **Obras públicas**: recomendações básicas para a contratação e fiscalização de obras públicas/Tribunal de Contas da União. 3. ed. Brasília: TCU, SecobEdif, 2013.

BITTENCOURT, Sidney. As diretrizes do Regime Diferenciado de Contratação (RDC): Lei 12.462, de 5 de agosto de 2011. **Fórum de Contratação e Gestão Pública (FCGP)**, Belo Horizonte, ano 12, n. 142, p. 58-62, out. 2013.

CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (Coord.). **Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC)**. Lei 12.462/2011; Decreto 7.581/2011: aspectos fundamentais. 3. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

CAMPELO, Valmir; CAVALCANTE, Rafael Jardim. **Obras públicas - Comentários à jurisprudência do TCU**. Belo Horizonte: Fórum. 3. ed., 2014.

CARVALHO, Gustavo Marinho de; LUNA, Guilherme Ferreira Gomes. O RDC na jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU): primeiros entendimentos. **Revista Brasileira de Infraestrutura (RINF)**, Belo Horizonte, ano 2, n. 4, p. 167-195, jul./dez. 2013.

CASTRO, Jônathas Assunção Salvador Nery de; ANDRADE, Natália Resende. Análise comparativa entre elementos do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) e da Lei de Licitações (Lei 8.666/1993). **Fórum de Contratação e Gestão Pública (FCGP)**, Belo Horizonte, ano 12, n. 141, p. 44-53, set. 2013.

FERRAZ, Luciano. **Regime Diferenciado de Contratações (RDC)** e composição de custos: desafios na aplicação da regra do sigilo e contratação integrada. Interesse Público (IP), Belo Horizonte, ano 14, n. 76, p. 71-82, nov./dez. 2012.

HEINEN, Juliano. **Pré-qualificação no Regime Diferenciado de Contratações Públicas**. Fórum de Contratação e Gestão Pública (FCGP), Belo Horizonte, ano 13, n. 148, p. 34-42, abr. 2014.



HEINEN, Juliano. **Regime Diferenciado de Contratações**: Lei 12.462/2011. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. **Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC)**. Lei 12.462, de 5 de agosto de 2011. Belo Horizonte: Fórum. 2. ed., 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães (Coord.). **O Regime Diferenciado de Contratações Públicas**: comentários à Lei 12.462 e ao Decreto 7.581. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

KLEIN, Aline Lícia. Alteração dos contratos no Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC). **Revista Brasileira de Direito Público (RBDP)**, Belo Horizonte, ano 10, n. 37, p. 95-118, abr./jun. 2012.

KLEIN, Aline Lícia. A desclassificação das propostas e o encerramento do procedimento licitatório no RDC: a possibilidade de correção de vícios sanáveis. **Fórum de Contratação e Gestão Pública (FCGP)**, Belo Horizonte, ano 11, n. 125, p. 44-55, maio 2012.

LÍRIO DO VALLE, Vanice Regina. Viabilidade jurídica do Regime Diferenciado de Contratações: sobre a arte de evitar que a cauda abane o cachorro. **Fórum de Contratação e Gestão Pública (FCGP)**, Belo Horizonte, ano 10, n. 117, set. 2011.

MAFFINI, Rafael. Discricionariedade administrativa: controle de exercício e controle de atribuição. **Revista Síntese de Direito Administrativo**. São Paulo: IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. 76, abr. 2012.

MUKAI, Sylvio Toshiro. A ampliação do campo de aplicação do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC). **Fórum de Contratação e Gestão Pública (FCGP)**, Belo Horizonte, ano 12, n. 134, p. 77-80, fev. 2013.

PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães. Procedimento Licitatório da Lei 12.462: licitações em forma eletrônica e os métodos de disputa aberto e fechado. **Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini**, Curitiba, n. 61, mar. 2012.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. **Políticas públicas nas licitações e contratações administrativas**. Belo Horizonte: Fórum, 3. ed., 2017.

\_\_\_\_\_. **Comentários ao RDC integrado ao sistema brasileiro de licitações e contratações públicas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

\_\_\_\_\_. **Da responsabilidade de agentes públicos e privados nos processos administrativos de licitação e contratação**. 2. ed., São Paulo: NDJ, 2014.

\_\_\_\_\_. **Limitações constitucionais da atividade contratual da Administração Pública**. Sapucaia do Sul: Notadez, 2011.



\_\_\_\_\_. **Mil perguntas e respostas necessárias sobre licitação e contrato administrativo na ordem jurídica brasileira.** Belo Horizonte: Fórum, 2017.

ZYMLER, Benjamin; DIOS, Laureano Canabarro. O Regime Diferenciado de Contratação (RDC) aplicável às contratações necessárias à realização da Copa do Mundo de 2014 e das Olimpíadas de 2016. **Fórum de Contratação e Gestão Pública (FCGP)**, Belo Horizonte, ano 11, n. 125, p. 9-18, maio 2012.

\_\_\_\_\_. **O Regime Diferenciado de Contratações (RDC).** Belo Horizonte: Fórum, 2013.

Recebido em 26/3/2018

Aprovado em 9/11/2018

## NOTAS

- 1 O Acórdão 1.388/2016-Plenário, do Tribunal de Contas da União (TCU), alude sobre a utilização do regime de contratação integrada em ordenamentos jurídicos internacionais. Confira-se: "10. Apesar de recente em nosso ordenamento jurídico, a exceção da previsão no Regulamento de Contratação da Petrobras (Decreto 2.745/1998), trata-se de prática amplamente disseminada no âmbito internacional, inclusive em financiamentos efetuados pelo Banco Mundial, e que vem mostrando bons resultados. 11. A Diretiva 18/04 do Parlamento Europeu – relativa a contratos públicos – assim estabelece: dada a diversidade dos contratos de empreitada de obras públicas, as autoridades adjudicantes deverão poder prever tanto a adjudicação separada como a adjudicação conjunta de contratos para a concepção e execução de obras. A presente diretiva não tem por objetivo prescrever a adjudicação conjunta ou separada de contratos." 12. O Federal Acquisition Regulation (FAR), dos Estados Unidos (item 36.302), também prevê a combinação de projeto e construção em um só contrato. 13. Consoante José Antônio Pessoa Neto e Marcelo Bruto da Costa Correia, em sua obra Regime Diferenciado de Contratação (RDC): uma perspectiva gerencial (Curitiba, Negócios Públicos do Brasil, 2015, p. 115), o modelo vem sendo aplicado pelo setor público em países diversos, como França, Reino Unido, Grécia, Suécia, México, Estados Unidos, Austrália, Tailândia, Cingapura, em obras de complexidades diversas, como edificações, hospitais, rodovias, ferrovias e instalações industriais. Ainda segundo os autores, em 2013, o modelo foi adotado nos Estados Unidos em, cerca de, 30% do universo – excluídas as obras de caráter militar e residencial – de contratações de construção governamental. 14. Veja-se, pois, que não se trata de uma inovação sem base ou precedentes, mas, sim, de um modelo já experimentado em outros países e que pode render bons frutos no Brasil. Por certo, não se trata de uma solução universal para as contratações públicas de obras e serviços de engenharia, mas de uma opção que pode, em determinadas circunstâncias, melhor atender o interesse público." (Rel. Min. Ana Arraes, Processo 030.958/2014-8).
- 2 No atual regulamento da entidade (Decisão de 25 de outubro de 2017, publicada no DOU de 15 de janeiro de 2018), também há previsão acerca do regime de contratação integrada, baseada na Lei 13.303/2016.
- 3 Precedentes do TCU: "A opção pelo regime de contratação integrada com base na possibilidade de execução com diferentes metodologias, art. 9º, inciso II, da Lei 12.462/2011, (i) se restringe às situações em que as características do objeto permitam que haja real competição entre as licitantes para a concepção de metodologias e tecnologias distintas que levem a soluções capazes de serem aproveitadas vantajosamente pelo Poder Público, no que se refere a competitividade, prazo, preço e qualidade, em relação a outros regimes de execução, especialmente, a empreitada



por preço global; e (ii) deve estar fundamentada em análise comparativa com contratações já concluídas ou outros dados disponíveis, procedendo-se à quantificação, inclusive monetária, das vantagens e desvantagens da utilização do regime de contratação integrada, sendo vedadas justificativas genéricas, aplicáveis a qualquer empreendimento, e sendo necessária a justificativa circunstanciada, no caso de impossibilidade de valoração desses parâmetros" (Acórdão 2.725/2016-Plenário, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, Processo 024.950/2014-9).

- 4 Art. 5º [...] XXIII – projeto completo: conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou o serviço, ou o complexo de obras ou de serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegure a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos: a) desenvolvimento da solução escolhida, de forma a fornecer visão global da obra e a identificar todos os seus elementos constitutivos com clareza; b) soluções técnicas globais e localizadas, suficientemente detalhadas, de forma a minimizar a necessidade de reformulação ou de variantes durante as fases de elaboração do projeto executivo e de realização das obras e montagem; c) identificação dos tipos de serviços a executar e de materiais e equipamentos a incorporar à obra, bem como suas especificações, de modo a assegurar os melhores resultados para o empreendimento e a segurança executiva na utilização do objeto, para os fins a que se destina, considerados os riscos e perigos identificáveis, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução; d) informações que possibilitem o estudo e a dedução de métodos construtivos, instalações provisórias e condições organizacionais para a obra, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução; e) subsídios para montagem do plano de licitação e gestão da obra, compreendendo a sua programação, a estratégia de suprimentos, as normas de fiscalização e outros dados necessários em cada caso; f) orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados;
- 5 Precedente do Tribunal de Contas da União anota: "A administração deve exigir das empresas contratadas no regime de contratação integrada, por ocasião da entrega dos projetos básico e executivo, a apresentação de orçamento detalhado contendo descrições, unidades de medida, quantitativos e preços unitários de todos os serviços da obra, acompanhado das respectivas composições de custo unitário, bem como do detalhamento dos encargos sociais e da taxa de BDI, nos termos do art. 2º, parágrafo único, da Lei 12.462/2011, aplicável a todos os regimes de execução contratual do RDC, e da Súmula 258 do TCU" (Acórdão 2.433/2016-Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler, Processo 025.990/2015-2).
- 6 O art. 74, § 1º, do Decreto 7.581/11, que regulamenta a Lei 12.462/11, depois de repetir os requisitos elencados no art. 9º, § 2º, desse diploma, quanto aos documentos técnicos que devem integrar o anteprojeto, acrescentou: (a) concepção da obra ou do serviço de engenharia; (b) projetos anteriores ou estudos preliminares que embasaram a concepção adotada; (c) levantamento topográfico e cadastral; (d) pareceres de sondagem; (e) memorial descritivo dos elementos da edificação, dos componentes construtivos e dos materiais de construção, de forma a estabelecer padrões mínimos para a contratação.
- 7 Precedente do TCU anota: "19. Observo que a vedação da celebração de termos aditivos nos contratos firmados sob o regime de contratação integrada do Regime Diferenciado de Contratações não é absoluta e objetiva garantir que os riscos assumidos pelo particular quando da contratação sejam de fato a ele atribuídos na etapa de execução" (Acórdão 1.541/2014-Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler, Processo 004.877/2014-4).
- 8 Síntese do relatório, extraída do portal do referido Ministério (<http://www.cgu.gov.br/noticias/2017/02/ministerio-da-transparencia-avalia-adocao-do-regime-diferenciado-de-contratacao-no-dnit>). A auditoria confirmou, no RDC do



DNIT, a diminuição de prazo nos três regimes de execução (preço global, preço unitário e contratação integrada), quando comparado à Lei 8.666/1993. Porém, observou alta taxa de insucesso nas licitações, com muitos editais sendo repetidos, especialmente na contratação integrada, em que é frequente o descumprimento do prazo previsto nos editais para apresentação e aprovação do projeto. O Ministério constatou que a adoção da contratação integrada tem reduzido os aditivos nas obras do DNIT, principalmente aqueles relacionados à alteração de valor contratual. Contudo, esse regime não elimina os aditamentos, tendo-se observado a ocorrência de aditivos em 40% das obras já concluídas e em 31% daquelas em andamento. O número de aditivos tende a aumentar, por as obras maiores e mais complexas ainda estarem em execução e pelos recentes contingenciamentos de recursos. Os dados evidenciam um menor número de participantes e a redução dos descontos obtidos nas obras no regime de contratação integrada. Os auditores verificaram que, ao se optar por uma contratação integrada, o custo final para a Administração é, em média, 7,5% maior que no regime de preço unitário e 6,9% maior que no de preço global. Esses percentuais foram obtidos ponderando-se as taxas médias de riscos, os descontos e os aditivos celebrados. O RDC possibilitou a utilização de novas tecnologias e metodologias pelos contratados, porém permitiu que fragilidades no anteprojeto implicassem ganhos, por vezes desproporcionais, integralmente absorvidos pelos parceiros privados, como ganhos de engenharia. Recomendações e providências. O Ministério da Transparência recomendou ao DNIT: utilizar, preferencialmente, o RDC na forma eletrônica, em que se tem observado maior concorrência e, por conseguinte, maiores descontos, além de maior transparência dos procedimentos; não utilizar o percentual de 2% do valor contratual como estimativa de custo para o valor das apólices de seguro risco de engenharia e adotar o valor calculado com base no preço das apólices anteriormente prestadas à autarquia, que, atualmente, é, em média, um décimo do valor ora questionado pela CGU; incluir, nos editais, matriz de riscos, para explicitar as exatas responsabilidades e os encargos a serem assumidos pelos particulares em todos os regimes. As duas primeiras recomendações já foram acatadas pela autarquia examinada. Com relação à terceira, o DNIT informou utilizar a matriz de riscos em todos os editais de RDC Integrada e se comprometeu a avaliar a possibilidade de estender a prática aos outros dois regimes. O Ministério da Transparência permanece na busca conjunta por soluções e realiza sistemático monitoramento da adoção das providências por parte dos gestores.



# O Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa na Lei das Estatais (Lei 13.303/2016)

## Welder Lima

Mestrando em Direitos Sociais, Advogado, Economista, Especialista em Gestão Orçamentária e Financeira do Setor Público, Membro de Comissões Temáticas da OAB (DF), Assessor na Gerência de Compras e Contratações do Banco do Brasil S.A.

## RESUMO

Trata-se o presente de um estudo acerca do princípio do contraditório e da ampla defesa no âmbito das sanções administrativas a que alude a Lei 13.303/2016. A Lei das Estatais (LE) inaugurou novo regime de contratação para as empresas estatais, que passaram a adotar, preponderantemente, o regime do Direito Privado, diferentemente do que ocorria sob a égide da Lei 8.666/1993, na qual preponderava o regime do Direito Público. Estabeleceu-se, assim, condição de igualdade na relação contratual entre Administração e fornecedor, eliminando-se prerrogativas da Administração Pública que vigiam sob a égide da Lei 8.666/1993. Após a exposição dos conceitos iniciais importantes para a melhor compreensão do tema, passa-se a discutir o princípio do contraditório e da ampla defesa, destacando-se que as empresas estatais não se desincumbiram totalmente da observância do regime do Direito Público, mesmo com o advento da LE, vez que permanecem na lei figuras típicas do Direito Administrativo. Nesse passo, conclui-se que o princípio do contraditório e da ampla defesa deve ser observado quando da pretensão punitiva, de modo que a LE pecou em não prever a possibilidade de interposição recursal, que é parte indissociável do direito constitucional à ampla defesa, devendo, deste modo, os regulamentos internos das estatais, subsidiariamente, se valer da legislação correlata ao tema, como a Lei 9.784/1999, inclusive em se tratando de empresa estadual ou municipal, conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça (STJ).

**Palavras-chave:** Direito Público. Direito Privado. Contraditório. Ampla defesa. Lei das Estatais. Sanções administrativas.

## 1 INTRODUÇÃO

A Lei 13.303/2016, conhecida como Lei das Estatais, veio atender ao disposto no § 1º do art. 173 da Constituição Federal (CF), estabelecendo o estatuto jurídico da empresa pública e das sociedades de economia mista. Dentre outros aspectos, a LE dispõe sobre licitações e contratos, inclusive sobre sanções administrativas a fornecedores.



Anteriormente à vigência da Lei 13.303/2016, as empresas públicas e sociedades de economia mista se submetiam às normas entabuladas na Lei 8.666/1993, que igualmente dispunha sobre licitações, contratos e sanções administrativas aos fornecedores faltosos.

No tocante às sanções administrativas, a Lei 8.666/1993 prevê um rito que abarca o princípio do contraditório e da ampla defesa, ao passo que a Lei 13.303/2016 traz um texto bastante limitado quanto a esse aspecto, deixando a cargo dos respectivos regulamentos internos das empresas públicas e sociedades de economia mista instituir regramento específico, respeitando-se, contudo, os princípios que devem ser observados pela Administração Pública, conforme dicção do inciso II do art. 173 da CF, vejamos:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

[...]

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da Administração Pública; (grifos nossos)

Nesse passo, o presente trabalho se propõe a investigar se a LE previu em seu bojo rito suficientemente capaz de preservar o princípio do contraditório e da ampla defesa, no tocante à aplicação de penalidade administrativa, em face de irregularidades praticadas por fornecedores contratados no âmbito da aludida lei.

## 2 CONCEITOS INICIAIS

Para o desenvolvimento do tema proposto, faz-se necessária a explicitação de alguns conceitos iniciais, conforme se segue.

### 2.1 DIREITO PÚBLICO

Conforme leciona Alexandrino (2010, p. 42)<sup>1</sup> o Direito Público disciplina as relações entre a sociedade e o Estado, e as relações das entidades estatais entre si. No âmbito do Direito Público, os interesses coletivos (interesse público) prevalecem sobre os interesses individuais (privados). Nas palavras do supracitado autor:

Assim, quando o Estado atua na defesa do interesse público, goza de certas prerrogativas que o situam em posição jurídica de superioridade ante



o particular, evidentemente, em conformidade com a lei, e respeitadas as garantias individuais consagradas pelo ordenamento jurídico.

Deste modo, no âmbito do Direito Público, o Estado estará em posição diferenciada em relação ao particular, gozando de certas prerrogativas que se justificam pelo fato de os interesses sob os quais o Estado milita, o interesse público, restarem em primazia sobre os interesses privados (princípio da supremacia do interesse público).

## 2.2 DIREITO PRIVADO

Já o Direito Privado tem por objetivo regular as relações jurídicas entre particulares, sendo o Direito Civil (Código Civil) exemplo de integrante do Direito Privado.

Nas relações abarcadas pelo Direito Privado, há igualdade de prerrogativas e tratamento entre as partes, ainda que o Estado seja uma das partes. Por outro lado, em quaisquer situações onde se observe a possibilidade de reflexos nos interesses coletivos, as normas de Direito Público deverão ser aplicadas. Assim, ainda que predominantemente exista relação de Direito Privado, sempre que interesses coletivos estiverem em voga, serão empregadas as normas de Direito Público subsidiariamente.

## 2.3 DIREITO ADMINISTRATIVO

Nas palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2009, p. 49)<sup>2</sup>, o Direito Administrativo pode ser compreendido como:

O ramo do Direito Público que tem por objeto os órgãos, os agentes e as pessoas jurídicas administrativas que integram a Administração Pública, a atividade jurídica não contenciosa que exerce e os bens de que se utiliza para a consecução de seus fins, de natureza pública.

O Direito Administrativo é considerado um ramo do Direito Público, contudo não se restringe às relações jurídicas regidas pelo Direito Público, pois, mesmo nos casos em que a Administração participa de relação jurídica no âmbito do Direito Privado, deverá ser obediente aos princípios observáveis por toda Administração Pública, concernentes ao ramo do Direito Administrativo, tais quais, probidade, publicidade, interesse público etc.

## 3 REGIME DE CONTRATOS NA LEI 13.303/2016

A LE inaugura um novo regime de contratação, distinto do adotado na Lei 8.666/1993, que adota preceitos de Direito Público e, supletivamente, as disposições de Direito Privado, enquanto que a Lei 13.303/2016 adota os preceitos do Direito Privado como regra, vejamos:

Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de Direito Público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de Direito Privado. (Lei 8.666/1993)



Art. 68. Os contratos de que trata esta lei regulam-se pelas suas cláusulas, pelo disposto nesta lei e pelos preceitos de Direito Privado. (Lei 13.303/2016)

Deste modo, a nova legislação proporciona a bilateralidade nas relações contratuais, tipicamente o que ocorre nas relações privadas, em detrimento da sistemática verificada no âmbito da Lei 8.666/1993, na qual a Administração gozava de prerrogativas que a colocava em condição de vantagem em relação ao contratado.

Como exemplo, temos a não mais possibilidade de modificações contratuais unilaterais, como os acréscimos e as supressões, aos quais o contratado estava obrigado, caso fosse essa a vontade da Administração, desde que respeitados os percentuais estipulados na Lei 8.666/1993.

Também não é mais possível a rescisão unilateral do contrato – uma das formas de rescisão contratual previstas na legislação de 1993, vejamos:

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;

II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta lei;

Assim, as formas de rescisão contratual e hipóteses sancionatórias deverão estar expressamente consignadas no contrato. Além disso, quaisquer modificações contratuais deverão passar pelo crivo do consenso entre ambas as partes.

Em que pese a prevalência das normas de Direito Privado, ainda assim, há incidência do Direito Público nas relações contratuais entre as empresas públicas, as sociedades de economia mista e os contratados. Isso, porque a própria LE dispõe de normas de Direito Administrativo (ramo do Direito Público), tais como procedimentos licitatórios e sanções administrativas. Nesses casos, evidentemente, deverão incidir as normas de Direito Público relativas a tais matérias, extraídas da própria Lei 13.303/2016 e dos regulamentos internos a que alude seu art. 40, vejamos:

Art. 40. As empresas públicas e sociedades de economia mista deverão publicar e manter atualizado regulamento interno de licitações e contratos, compatível com o disposto nesta lei, especialmente quanto a:

[...]

VIII - aplicação de penalidades;

[...]



Observe-se que a LE remete ao regulamento interno das estatais as regras de licitações, contratos e sanções, que deverão se compatibilizar com as disposições da LE.

Apesar de não expresso na lei, é importante ressaltar que os regulamentos internos não se desincumbem de também se compatibilizar com as normas de Direito Público nas matérias em que a LE não for suficiente para regular as hipóteses que o envolvam, valendo-se da legislação esparsa e dos princípios tangíveis à Administração Pública.

#### **4 SANÇÕES A FORNECEDORES**

A possibilidade de cominação de penalidades em decorrência de irregularidades na execução do contrato constitui ato administrativo vinculado, não gozando a Administração de discricionariedade diante da materialidade de um ilícito administrativo objetivamente mensurável, ou seja, na ocorrência de uma situação prevista no contrato como passível de sanção, deverá a Administração iniciar o processo administrativo para apurar a ocorrência e, se for o caso, aplicar a penalidade administrativa cabível.

Do ponto de vista das sanções administrativas, a LE revela algumas alterações em relação ao normativo legal vigente anteriormente (Lei 8.666/1993). A LE retirou do rol de sanções a declaração de inidoneidade, permanecendo as sanções de advertência, multa e suspensão temporária de licitar e impedimento de contratar com a entidade sancionadora, conforme consignado em seu art. 83. Além disso, o prazo para apresentação de defesa prévia foi dilatado para dez dias úteis, ante cinco dias úteis previstos na Lei 8.666/1993.

Entretanto, deixou a Lei 13.303/2016 de prever a possibilidade de interposição de recurso. Diante da omissão da LE quanto à possibilidade de apresentação de recurso administrativo, compreende-se que os respectivos regulamentos internos das empresas estatais deverão prevê-la, vez que o direito ao contraditório e à ampla defesa, que compreende a possibilidade de recurso, é preceito constitucional, conforme será objeto de análise no próximo tópico.

#### **5 CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA – POSSIBILIDADE DE RECURSO**

Pelo princípio do contraditório, compreende-se a possibilidade de o administrado contradizer o que lhe está sendo atribuído, dando-lhe a Administração ciência do que está sendo acusado, bem como oportunidade de manifestação.

O princípio da ampla defesa visa a assegurar todas as formas de manifestação do interessado, possibilitando juntar provas, fazer requerimentos e apresentar recurso contra as decisões da Administração. É, portanto, uma consequência do princípio do contraditório.

O princípio do contraditório e da ampla defesa tem previsão constitucional, figurando no rol dos direitos e das garantias fundamentais, conforme art. 5º, inciso LV, da CF, em que se assegura aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados, em geral, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Nesse passo, temos que a possibilidade de recurso decorre de expressa previsão constitucional, como parte integrante do princípio do contraditório e da ampla defesa. Nas lições de Sérgio Ferraz e Adilson Dallari



(2001, p. 21-22)<sup>3</sup>, a efetiva realização do princípio democrático passa pela possibilidade de o administrado participar das decisões administrativas, sendo imprescindível para tanto que o cidadão possa postular junto à Administração, inclusive apresentando recursos.

Segundo pensamento de Gilmar Ferreira Mendes (2009, p. 602)<sup>4</sup>, o Supremo Tribunal Federal (STF) fixou entendimento de que os princípios do contraditório e da ampla defesa são assegurados nos processos administrativos.

José dos Santos Carvalho Filho (2009, p. 905),<sup>5</sup> ao se reportar ao inciso LV do art. 5º da CF, afirma que o princípio da ampla defesa não estará completo, se não for assegurado ao interessado o direito de interposição de recursos, que é o meio de levar aos superiores do tomador da decisão o conhecimento de eventuais arbitrariedades.

Em face disso, verifica-se que a Lei 13.303/2016 pecou em deixar de prever a possibilidade recursal, devendo os regulamentos internos das empresas estatais, observando a legislação subsidiária, preencher tal lacuna, de modo a evitar a judicialização da controvérsia e consequente anulação dos atos administrativos.

## 6 APLICABILIDADE DA LEI 9.784/1999 ÀS EMPRESAS ESTATAIS

Considerando que resta pacífica a inaplicabilidade da Lei 8.666/1993 às empresas estatais, após o advento da Lei 13.303/2016, com exceção das cláusulas penais, conforme prescreveu o art. 41 da LE, e do critério de desempate em licitações, previsto no art. 55, inciso III, também da LE, temos que a Lei 9.784/1999 parece ser a mais adequada para suprir as lacunas deixadas pela novel legislação, no tocante aos direitos do contraditório e da ampla defesa, prerrogativas constitucionais a serem resguardadas.

A Lei 9.784/1999 regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública federal, direta e indireta, conforme dicção expressa contida em seu art. 1º: *“Esta lei estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração federal direta e indireta (...)”*.

Entrementes, conforme precedentes do STJ<sup>6</sup>, em caso de ausência de legislação específica no âmbito dos estados membros, a Lei 9.784/1999 também poderá ser empregada, se ausente lei própria local.

Portanto, mesmo com o advento da Lei 13.303/2016, o processo administrativo sancionatório a fornecedores não teve seu regramento completamente elucidado, cabendo aos regulamentos internos das empresas estatais observarem as legislações que regem a matéria, no caso dos estados e municípios as leis estaduais e, na ausência destas, a Lei 9.784/1999, que, sem a menor dúvida, também deve ser observada pelas empresas estatais federais, por disposição legal expressa.

## 7 CONCLUSÃO

A LE modificou o regime de contratações que vigorava até seu advento, qual seja, o regime do Direito Público, que imperava sob a égide da Lei 8.666/1993, passando a prevalecer o regime do Direito Privado.



Em face disso, Administração e fornecedor passam a estar em condição de igualdade na relação contratual, não gozando mais a Administração das prerrogativas que lhe eram asseguradas pela Lei 8.666/1993, como a imposição de expansão ou redução contratual de, até, 25% ou, ainda, a possibilidade de rescisão unilateral.

Ainda que sob o regime do Direito Privado, a Administração não se desincumbiu de observar o regime do Direito Público, eis que a própria Lei 13.303/2016 traz, em seu bojo, institutos do Direito Administrativo, tais como licitações e sanções administrativas a fornecedores. Sob tais aspectos, deverá a Administração se guiar pelas normas do Direito Público e, naturalmente, pelos princípios basilares que regem a Administração Pública.

No tocante às sanções a fornecedores, a Lei 13.303/2016 pecou ao deixar de prever a possibilidade de interposição de recurso, ferindo os princípios do contraditório e da ampla defesa. Assim, os regulamentos internos das estatais deverão socorrer-se das legislações correlatas ao tema, para que seus regulamentos prevejam os ritos e prazos mínimos para a interposição recursal.

No caso das empresas estatais federais, a Lei 9.784/1999, que regula o processo administrativo da Administração direta e indireta federal, deverá ser observada. Já no âmbito dos estados e municípios, as respectivas legislações pertinentes ao tema deverão ser parâmetro para os regulamentos internos das estatais estaduais e municipais. Na ausência de uma legislação própria, estados e municípios poderão valer-se da Lei 9.784/1999, conforme já decidiu o STJ.

## REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo **Direito Administrativo descomplicado** / Marcelo Alexandrino, Vicente Paulo. 18. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 17 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei 8.666, de 21 de junho de 1993**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm)>. Acesso em: 17 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei 13.303, de 30 de junho de 2016**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm)>. Acesso em: 17 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/l9784.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l9784.htm)>. Acesso em: 17 jun. 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 21. ed. ver. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 905.

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



FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 21-22.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 602.

STJ. **Agravo de Instrumento: Ag. 1.384.939** - SP (2011/0009128-9). Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. DJ 25/3/2011. Jusbrasil, 2011. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18498626/ag-1384939>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

---

Recebido em 19/6/2018

Aprovado em 9/11/2018

## NOTAS

- 1 ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Administrativo descomplicado** / Marcelo Alexandrino, Vicente Paulo. 18. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.
- 2 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- 3 FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 21-22.
- 4 MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 602.
- 5 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 21. ed. ver. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 905.
- 6 STJ. **AGRAVO DE INSTRUMENTO: Ag. 1.384.939** - SP (2011/0009128-9). Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. DJ 25/03/2011. Jusbrasil, 2011. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18498626/ag-1384939>>. Acesso em: 15 jun. 2018.



# Auditorias Operacionais com Foco no Princípio da Efetividade: Breve Panorama nos Tribunais de Contas do Brasil

## Luiz Gilberto Monclaro Mury

Auditor público no Tribunal de Contas do RS, graduado em Economia e com doutorado em Estudos Estratégicos Internacionais. Em Novembro de 2017 iniciou projeto de Pós-doutorado na Faculdade de Ciências Econômicas da UFRGS, com o tema: Métodos de avaliação de impacto como suporte a auditorias operacionais.

## RESUMO

Segundo normas da Organização Internacional das Entidades Fiscalizadoras Superiores (Intosai), auditoria operacional é o exame independente e objetivo da economicidade, eficiência, eficácia e efetividade de organizações, programas e atividades governamentais, com a finalidade de aferir o desempenho da gestão pública. Dada a relevância do tema, este artigo objetiva investigar se, dentre as auditorias operacionais realizadas pelos tribunais de contas do Brasil, a efetividade do gasto público é analisada, ou seja, se o impacto gerado na população-alvo é mensurado. Para tanto, um questionário foi aplicado a auditores de tribunais de contas brasileiros, tendo como resultado preliminar a constatação de que as auditorias operacionais no Brasil somente realizam análises de economicidade, eficiência e eficácia.

**Palavras-chave:** Auditoria operacional. Tribunal de contas. Efetividade.

## 1 INTRODUÇÃO

Na grande maioria dos países democráticos, existe uma instituição, estabelecida pela Constituição do país ou por seu órgão legislativo supremo, que cumpre a função de auditoria externa independente e técnica do setor público. São as chamadas Entidades Fiscalizadoras Superiores (EFSs), que, em países como Austrália, Áustria, Canadá, China, Colômbia, EUA, Israel, Nova Zelândia, Peru e Reino Unido, se estruturam na forma de Auditorias ou Controladorias-Gerais, dirigidas por um auditor ou controlador-geral, que define os rumos da organização e responde publicamente pelos trabalhos realizados. Já em países como Alemanha, Bélgica, Brasil, Espanha, França, Grécia, Itália, Japão, Portugal e Uruguai, as EFSs se estruturam na forma de cortes de contas, cujas principais decisões acerca dos gastos públicos são tomadas por um colegiado de ministros ou conselheiros. No Brasil, o sistema de controle público externo é formado pelo Tribunal de Contas da União (TCU), pelo Tribunal de Contas do Distrito



Federal (TCDF), por 26 tribunais de contas estaduais<sup>1</sup> (TCEs) e por seis<sup>2</sup> tribunais de contas com jurisdição municipal (TCMs) (ROCHA, 2002).

Até o início da década de 1970, as EFSs tinham como objetivo básico o controle de natureza formal, voltado para a verificação da regularidade da execução dos gastos públicos, conformidade legal dos atos administrativos e fidedignidade dos demonstrativos financeiros. Essa sistemática de trabalho começou a se alterar em razão de problemas financeiros nos estados, causados por quatro fatores socioeconômicos: (i) a crise fiscal, oriunda da sobrecarga de atividades acumuladas pelos governos no período pós 2ª Guerra Mundial e da negativa dos contribuintes, que se recusavam a pagar mais impostos por não enxergarem relação direta entre o acréscimo de recursos governamentais e a melhoria dos serviços públicos; (ii) os efeitos nocivos para a economia mundial da crise do petróleo iniciada em 1973; (iii) a crise no *Welfare State*<sup>3</sup>: os novos governos neoliberais consideravam privilégios o que grupos de pressão entendiam como conquistas; e (iv) o fenômeno da globalização, que enfraqueceu o poder dos governos para controlar os fluxos financeiros e comerciais e ditar políticas macroeconômicas (ABRUCIO, 1997).

Paralelamente à cobrança por mais eficiência, economicidade e transparência dos gastos públicos, em decorrência da crise financeira que enfrentavam, diversos países iniciaram reformas em seus serviços públicos seguindo teorias econômicas e princípios desenvolvidos para modelagem de negócios privados (VABO, 2009). Essa onda de reformas, referida na literatura como Nova Gestão Pública (NGP), visava a tornar o serviço público mais eficiente e orientado ao cidadão, usando modelos de gerenciamento do setor privado.

O termo NGP foi empregado pela primeira vez por Christopher Hood (1991), em seu artigo *A gestão pública para todas as estações?*, no qual apresentou os pilares da abordagem, dentre os quais: (i) enfoque no estilo do setor privado para as práticas de gestão pública; (ii) medições de desempenho para o setor público; (iii) ênfase em maior disciplina e parcimônia no uso de recursos públicos.

As primeiras práticas da NGP surgiram no Reino Unido, sob a liderança da primeira-ministra Margaret Thatcher, que realizou mudanças na política de gestão pública em áreas como métodos organizacionais, relações trabalhistas, planejamento de despesas, gestão financeira, auditoria, avaliação e compras. O sucessor de Thatcher, John Major, manteve a política de gestão pública na agenda do governo conservador, lançando programas como *Competindo pela Qualidade*, *Contabilidade de Custos e Orçamentos* e *Iniciativa de Financiamento Privado*.

O modelo da NGP se espalhou pelo mundo com a promessa de atacar dois males burocráticos: o excesso de procedimentos e a baixa responsabilização dos burocratas frente ao sistema político e à sociedade (SANO, 2003). A proposta básica era flexibilizar a administração pública e aumentar a *accountability*<sup>4</sup>, com uma nova forma de provisão dos serviços, com foco no consumidor-cliente. Nesse sentido, importava não somente alterar a metodologia e ênfase do setor público por meio de maior controle financeiro, aumento da eficiência, definição de metas e delegação de poderes, mas também acompanhar os resultados alcançados. No entendimento de Albuquerque (2006, p. 14):

A discussão acerca do enfrentamento dessa crise transbordou da área econômica, chegando ao campo da Administração Pública, com questões



relacionadas à dimensão e ao papel do Estado, à eficiência no gasto público, às relações entre governo e sociedade, à organização dos serviços públicos e modelos e processos de gestão.

'Deste modo, para que as auditorias governamentais pudessem avaliar o novo modelo de gestão pública, tornou-se necessário ir além das análises financeira e de conformidade, passando também a avaliar o desempenho operacional do gasto público no que tange à economicidade, eficiência e eficácia' (ARAÚJO, 2008).

Segundo Pollit et al. (2008), uma parte substancial da atratividade da auditoria operacional está na promessa de responder se os programas e as políticas públicas efetivamente funcionam e se o fazem da maneira mais eficiente possível. Dada a importância do tema, uma pesquisa foi realizada, com auditores públicos brasileiros, para, fundamentalmente, responder à seguinte indagação: as auditorias operacionais elaboradas no Brasil avaliam a efetividade do gasto público? Com o objetivo de responder à referida pergunta, o presente artigo está estruturado em cinco seções, além desta introdução e das considerações finais. A seção 2 contempla uma breve revisão bibliográfica sobre a evolução histórica da auditoria operacional. A seção 3 apresenta a normatização da auditoria operacional segundo a Intosai<sup>5</sup>. A seção 4, por sua vez, discorre sobre a metodologia para a realização da pesquisa que embasa este artigo, enquanto que a seção 5 é reservada à análise das informações coletadas.

## 2 AUDITORIA OPERACIONAL: EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Conforme Araújo (2008), os primeiros registros oficiais sobre avaliação da economicidade e eficiência na gestão pública remontam ao congresso da Intosai realizado em 1971, no Canadá, quando foi apresentado o conceito de auditoria integral. Segundo essa nova visão de auditoria, seria necessário, além da análise da responsabilidade contábil corrente até então, incluírem-se as responsabilidades administrativa e programática, que abrangem questões de economicidade e eficiência na aplicação dos recursos públicos. Ademais, esse novo modelo de auditoria, também denominada integrada, analisaria o alcance dos objetivos governamentais propostos, levando-se em consideração os custos e benefícios alcançados.

Em 1972, o órgão responsável pela auditoria, pelas avaliações e pelas investigações do Congresso dos Estados Unidos (GAO)<sup>6</sup> publicou a primeira versão do livro *Padrões de auditoria governamental*, revisado por último em 2011. Já na primeira edição, o livro aponta para a necessidade de auditoria ampla nas instituições que gerem recursos públicos, em conformidade com o conceito de auditoria integral apresentado no congresso da Intosai em 1971 (Fonte: <http://www.gao.gov/assets/680/676159.pdf>, p. 2, acesso em 20/-3/2018).

Em 1976, esses conceitos foram apresentados no 9º Seminário Anual da GAO, sendo que a auditoria das dimensões de economicidade, eficiência e efetividade foi denominada como *performance audit* (MORSE, 1976). A posição foi consolidada em âmbito global na Declaração Final do IX Congresso Mundial de Tribunais de Contas, realizado em Lima, Peru, em 1977:



Seção 4. Auditoria de legalidade, auditoria de regularidade e auditoria operacional:

1. A tarefa tradicional de Entidades Fiscalizadoras Superiores é auditar a legalidade e regularidade da gestão financeira e da contabilidade.

2. Além desse tipo de auditoria, cuja importância se mantém, há outro tipo de auditoria igualmente importante – **a auditoria operacional – cuja finalidade é verificar o desempenho, a economia, a eficiência e a efetividade da administração pública**. A auditoria operacional abrange não apenas operações financeiras específicas, mas também todas as atividades governamentais, inclusive seus sistemas organizacionais e administrativos.

**3. Os objetivos de auditoria de uma Entidade Fiscalizadora Superior – legalidade, regularidade, economia, eficiência e efetividade na gestão financeira – têm basicamente a mesma importância. No entanto, cabe a cada Entidade Fiscalizadora Superior determinar suas prioridades, caso a caso.** (Fonte: <http://portal.tcu.gov.br/fiscalizacao-e-controle/auditoria/normas-internacionais/>, p. 5, acesso em 16/9/2017, grifos nossos).

As EFSs passaram, então, a regulamentar a realização de auditorias operacionais em seus países, como a *Local Governance Financial Act* (Lei de Finanças do Governo Municipal) de 1982, no Reino Unido, que determinou que também fossem realizadas auditorias operacionais em nível municipal. A *National Audit Office* (NAO)<sup>8</sup> define auditoria operacional como *value for money* (valor por dinheiro), que consiste na obrigação de se avaliar o quanto o contribuinte está recebendo sob a forma de bens e serviços do setor governamental em troca dos impostos que paga<sup>9</sup> (ARAÚJO, 2008, p. 48).

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 expandiu o escopo do controle sobre recursos públicos ao introduzir o conceito de fiscalização operacional e busca por economicidade, conforme o art. 70 da CF:

A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, **operacional** e patrimonial da União e das entidades da Administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder. (grifos nossos)

A Emenda Constitucional 19/1998, por sua vez, introduziu o conceito de eficiência como princípio constitucional, alterando o art. 37 da Constituição Federal, como segue:

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** [...] (grifo nosso)



Segundo Cobra (2014), ao Congresso Nacional (CN) caberia o controle externo político, enquanto o TCU realizaria o controle financeiro sobre a Administração direta e indireta dos demais Poderes. O texto constitucional determina, ainda, a participação dos tribunais de contas estaduais na fiscalização exercida pelas assembleias legislativas e câmaras municipais, salvo nos municípios do Rio de Janeiro e de São Paulo, onde há cortes de contas próprias, e nos estados da Bahia, do Pará e de Goiás, onde há um Tribunal de Contas para a administração estadual e um Tribunal de Contas para seus municípios.

Buscando capacitar sua equipe para auditar a modalidade de auditoria operacional da Administração Pública, em 1998, o TCU firmou acordo de cooperação técnica com o Ministério Britânico para o Desenvolvimento Internacional (DFID), tendo como resultado a publicação *do Manual de Auditoria de Natureza Operacional no ano 2000*, atualizado, posteriormente, em 2010, com o título *Manual de Auditoria Operacional*.

Inicialmente, o TCU segmentava as auditorias de natureza operacional em duas modalidades: uma dirigida à análise da economicidade, eficiência e eficácia de uma gestão e outra denominada auditoria de programas, que visava a examinar a efetividade de programas e projetos de governo. Na versão mais recente, o TCU uniu as duas modalidades, definindo auditoria operacional como *sendo “o exame independente e objetivo da economicidade, eficiência, eficácia e efetividade de organizações, programas e atividades governamentais, com a finalidade de promover o aperfeiçoamento da gestão pública”* (TCU, 2010, p. 11). Nessa sistemática, o controle externo não se limitaria aos processos, passando a incluir a análise dos resultados da gestão pública nas auditorias. Na prática, ocorreria uma mudança do ente fiscalizador de auditor para consultor, visando a, ao invés de julgar, aprimorar a ação do gestor público (COBRA, 2014, p. 25).

A seção a seguir apresenta as normas internacionais elaboradas pela Intosai e que fundamentam as auditorias operacionais.

### **3 NORMATIZAÇÃO DA AUDITORIA OPERACIONAL**

As auditorias operacionais possuem características próprias que as distinguem das auditorias tradicionais. Ao contrário das auditorias de regularidade, que adotam padrões relativamente fixos, as auditorias operacionais possuem maior flexibilidade na escolha de temas, objetos de auditoria, métodos de trabalho e formas de comunicar as conclusões de auditoria, devido à variedade e complexidade das questões tratadas (TCU, 2010, p. 15).

Não obstante, a Intosai, com o objetivo de promover a realização, pelas EFSs, de auditorias governamentais independentes e eficazes, estabeleceu normas internacionais, visando a padronizar procedimentos e condutas. O marco referencial de Normas Profissionais da Intosai se denomina Normas Internacionais das Entidades Fiscalizadoras Superiores (*International Standards of Supreme Audit Institutions – ISSAI*) e possui quatro níveis. O nível 1 (ISSAI 1) contém os princípios fundamentais que são aplicáveis a todos os trabalhos de auditoria do setor público, independentemente de sua forma ou de seu contexto, e foi apresentado no congresso da Intosai em 1977. O nível 2 (ISSAI 10-99) estabelece pré-requisitos para o funcionamento adequado e a conduta profissional das EFSs, como independência, transparência, *accountability*, ética e



controle de qualidade. O nível 3 (ISSAI 100-999), por sua vez, aborda os princípios fundamentais de cada tipo de auditoria: financeira, operacional e de conformidade. Finalmente, o nível 4 (ISSAI 1000-4999) traduz os princípios fundamentais de auditoria em diretrizes operacionais mais específicas e detalhadas, que podem ser usadas na realização de auditorias e, também, ser as normas de auditoria de um país, caso não tenham sido elaboradas. Segundo a norma ISSAI 300, as auditorias operacionais (AOPs) se definem como segue:

A auditoria operacional, como realizada pelas EFSs, é o exame independente, objetivo e confiável que analisa se empreendimentos, sistemas, operações, programas, atividades ou organizações do governo estão funcionando de acordo com os princípios de **economicidade**, **eficiência e efetividade**<sup>10</sup> e se há espaço para aperfeiçoamento. (Fonte: <http://portal.tcu.gov.br/fiscalizacao-e-controle/auditoria/normas-internacionais/>, acesso em 21/9/2017, grifo nosso).

A mesma norma ISSAI 300 (p. 2) assim define os princípios de economicidade, eficiência e efetividade:

1. O princípio da economicidade significa minimizar os custos dos recursos. Os recursos usados devem estar disponíveis tempestivamente, em quantidade suficiente, na qualidade apropriada e com o melhor preço.
2. O princípio da eficiência significa obter o máximo dos recursos disponíveis. Diz respeito à relação entre recursos empregados e produtos entregues, em termos de quantidade, qualidade e tempestividade.
3. O princípio da efetividade diz respeito a atingir os objetivos estabelecidos e alcançar os resultados pretendidos.

Para realização de auditorias com foco nos princípios da economicidade e eficiência, emprega-se a denominada avaliação de processo, definida por Gertler et al. (2016) como a *“avaliação que enfoca como um programa é implementado e opera; se ele está de acordo com seu desenho original e documentando seu desenvolvimento e operação”*. Para auditar o princípio da efetividade, por sua vez, é necessário realizar avaliação de impacto, definida por Gertler et al. (2016) como a *“avaliação que faz uma ligação causal entre um programa ou intervenção e um conjunto de resultados. A avaliação de impacto responde à seguinte pergunta: qual é o impacto (ou efeito causal) de um programa sobre um resultado de interesse?”* Barros (2012) corrobora essa definição, ao afirmar que o impacto do programa é definido como o contraste entre duas situações: uma real (a situação dos participantes após a participação no projeto) e outra hipotética (a situação em que estariam, caso não tivessem tido a oportunidade de participar do programa).

Nos casos em que se avalia economicidade, eficiência e até eficácia, além dos relatórios, normalmente, existem ações de monitoramento; já as avaliações de impacto, que visam a verificar a efetividade do gasto público, são realizadas pontualmente.

As avaliações de processo e impacto também se diferenciam em relação às metodologias. Enquanto a utilização de questionários, entrevistas, observação direta e dados existentes se aplica à avaliação de processos, todos os métodos de avaliação de impacto tratam, de alguma forma, da questão causa e efeito. Segundo Gertler et al. (2016, p. 39):

Para poder estimar o efeito causal ou o impacto de um programa nos resultados, qualquer método de avaliação de impacto escolhido deve



estimar o chamado **contrafactual**, ou seja, qual teria sido o resultado para os participantes do programa se eles não tivessem participado no programa. Na prática, a avaliação de impacto exige que a equipe de avaliação encontre um grupo de comparação para estimar o que teria acontecido aos participantes do programa sem o programa e, em seguida, faça comparações com o grupo de tratamento que recebeu o programa (grifo nosso).

Visando a identificar se no Brasil são conduzidas auditorias operacionais com foco no princípio da efetividade, uma pesquisa foi realizada nas cortes de contas nacionais. A metodologia utilizada se encontra na próxima seção deste artigo.

#### 4 METODOLOGIA DE PESQUISA

Santos (2006) classifica uma pesquisa primeiramente com relação aos objetivos, que podem ser explicativos, descritivos ou exploratórios. Já quanto às fontes a serem pesquisadas, elas se dividem em bibliográficas, provenientes de experimentos em laboratório ou realizadas em campo. Por fim, quanto ao procedimento de coleta para juntar as informações necessárias à construção dos raciocínios em torno de um fato, fenômeno ou processo, ele pode envolver experimentos, estudos de caso, levantamentos bibliográfico ou documental, pesquisa-ação, pesquisa participante, pesquisa quantitativa e pesquisa qualitativa.

A partir desses conceitos iniciais, definiu-se que a metodologia para a pesquisa em tela tem objetivo exploratório, sendo as fontes empregadas a bibliográfica e os relatórios de auditoria operacional recebidos. O procedimento de coleta de dados foi uma pesquisa qualitativa realizada por meio de questionário enviado para auditores de tribunais de contas brasileiros<sup>11</sup>.

O conceito de metodologia aqui abordado não se refere à estratégia para elaboração de auditorias operacionais em si, mas a formas de coleta de dados que permitam análises quantitativas sobre o tema objeto de auditoria. *O Manual de Auditoria Operacional do TCU (2010)* aponta diversas técnicas de coleta de dados, dentre as quais: questionários, entrevistas, observação direta e uso de dados existentes, este último objeto desta pesquisa. Segundo o Manual:

Geralmente, a análise de dados é um procedimento interativo, isto é, realizam-se análises iniciais na fase de planejamento e, à medida que a auditoria progride, as análises são refinadas. Ampla variedade de técnicas de análise pode ser usada em auditoria operacional, incluindo **análise estatística multivariada, análise por envoltória de dados, análise de regressão.** (Fonte: TCU, 2010, p. 66, grifo nosso).

Considerando que a presente pesquisa é de cunho acadêmico, optou-se por contatar diretamente, via *e-mail*, servidores de cada tribunal de contas nacional que elaborasse auditorias operacionais. Em consequência, frisa-se que as respostas recebidas são a percepção pessoal dos servidores, não expressando a posição oficial das cortes de contas acerca dessa modalidade de auditoria.



Até a finalização do artigo, auditores de 23 das 33 EFSs brasileiras haviam respondido ao questionário, sendo que parte também enviou relatórios de auditoria operacional. Algumas respostas foram enviadas por servidores que elaboram AOP ou são responsáveis por sua supervisão direta. Alguns tribunais solicitaram que o questionário fosse encaminhado via formulário de pedido de acesso à informação. Por fim, houve casos em que o contato foi realizado através da Ouvidoria do órgão.

O material recebido permite o estudo das auditorias operacionais realizadas no Brasil sob diferentes enfoques, entretanto, devido à necessidade de delimitar a extensão do artigo, optou-se por analisar somente o princípio da efetividade, que, conforme o Banco Mundial (GERTLER et al., 2016), se realiza por meio de avaliações de impacto.

O questionário inicia solicitando informação sobre a estrutura do tribunal para a realização de auditorias operacionais e os principais temas objeto das AOPs. As questões que seguem se baseiam, em parte, no roteiro proposto pela Norma ISSAI 3000 (p. 5) e buscam identificar os princípios que norteiam as auditorias operacionais realizadas no Brasil.

Na próxima seção, serão apresentados os achados da pesquisa, sendo que o questionário completo se encontra no Anexo I.

## 5 RESULTADOS

A análise preliminar das informações recebidas permite observar algumas similaridades entre as cortes de contas nacionais. Constatou-se que auditores de 13 tribunais, dos 23 que responderam ao questionário, possuem estrutura própria para a realização de auditorias operacionais (ainda que nem sempre de forma exclusiva). Quanto aos temas auditados, predominam os ligados à educação, à atenção básica, ao meio ambiente e à segurança pública/ao sistema prisional.

Segundo a norma internacional ISSAI 300, as auditorias operacionais devem estabelecer um objetivo claramente definido e que se relacione aos princípios da economicidade, eficiência e efetividade. Ao se questionar auditores das EFSs brasileiras acerca dos princípios regularmente examinados, identificou-se que respondentes de 16 dos 23 tribunais de contas citaram a eficiência; 13, a eficácia; 8, a economicidade; e 7, o princípio da efetividade.

Partindo-se do pressuposto de que é necessária uma avaliação de impacto, para se verificar a efetividade de políticas, programas ou gastos públicos, foram levantadas as metodologias empregadas em 64 relatórios de auditoria operacional recebidos dos sete tribunais que haviam mencionado auditar o princípio da efetividade. Aos auditores dos demais tribunais de contas que responderam ao questionário foi perguntado se eventualmente seu órgão já havia realizado alguma auditoria operacional com avaliação de impacto. As respostas recebidas até a finalização deste artigo foram todas negativas.

Observou-se que, dos 64 relatórios da amostra, apenas quatro AOPs utilizaram técnicas estatísticas que visavam a identificar o impacto de políticas.



A primeira AOP empregou técnicas de regressão simples para avaliar a relação entre os investimentos em obras de esgotamento sanitário e os indicadores epidemiológicos e de desenvolvimento social em alguns municípios. Ainda que ações de saneamento necessitem de um longo período para que possam causar impacto positivo nos indicadores de saúde, reproduzem-se abaixo dois achados da mencionada auditoria:

- Consta-se, portanto, que o grupo de municípios que não receberam investimentos em obras de esgotamento sanitário possui uma taxa de mortalidade na infância maior do que o grupo dos municípios que receberam investimentos.
- Consta-se, portanto, que o grupo de municípios que não recebeu investimentos em obras de esgotamento sanitário possui uma taxa de internação por doença diarreica aguda maior do que o grupo dos municípios que receberam investimentos.

Ademais, foi calculado o coeficiente de correlação entre os recursos investidos em obras de esgotamento sanitário e o Índice Firjan de Desenvolvimento Municipal (IFDM)<sup>12</sup>, *demonstrando que, “quanto maior foi o IFDM, menores foram os recursos investidos em obras de esgotamento sanitário, o que se traduz numa expectativa coerente, tendo em vista que foram investidos recursos em municípios que apresentaram indicadores sociais mais baixos.”*

Se a análise em questão incluísse outras variáveis no modelo, permitiria calcular, aproximadamente, o quanto da redução dos indicadores epidemiológicos pode ser atribuído ao investimento em saneamento, ou seja, permitiria chegar mais próximo do real impacto do investimento nos indicadores epidemiológicos.

A segunda AOP visou a responder a seguinte questão: O ensino médio inovador contribui para a permanência dos alunos no ambiente escolar, redução dos índices de evasão e abandono desta etapa de ensino e melhoria no desempenho e na aprovação dos alunos? Para tanto, dentre as técnicas de auditoria, foi realizada uma avaliação de impacto do Programa Ensino Médio Inovador (ProEMI), mediante contratação de empresa especialista neste tipo de análise. Apesar de terem sido detectados problemas com a base de dados, forçando a empresa a analisar, apenas, o ano de 2012, foi possível separar alunos do 1º ao 3º ano do ensino médio em dois grupos<sup>13</sup> e comparar desempenho e evasão escolar de ambos. Dentre as conclusões do estudo, menciona-se:

- Em média, a nota dos alunos de turmas do ProEMI nas disciplinas de matemática e história foi superior à dos alunos que não pertenciam a turmas do programa;
- Em média, a nota dos alunos nas disciplinas de português, biologia, geografia, física e química não sofreu melhora por participarem de turmas do ProEMI;
- Os alunos participantes do programa apresentaram, em média, maior número de faltas em todas as disciplinas analisadas que os alunos de turmas não ProEMI<sup>14</sup>;
- Não existiu diferença na taxa de aprovação dos alunos analisados, independentemente da turma que frequentaram.



A avaliação de impacto acima apontou eventuais falhas no ProEMI no estado avaliado, as quais demandariam uma análise qualitativa, para que fosse identificada a raiz dos problemas. Nesse sentido, ao atuar como um “filtro” prévio, a avaliação de impacto pode subsidiar as metodologias normalmente empregadas nas auditorias operacionais.

A terceira AOP teve como objetivo avaliar a implantação e efetividade do Programa Nacional de Acesso ao Ensino Técnico e Emprego (Pronatec), sendo que a equipe contou com suporte acadêmico, que forneceu o conhecimento técnico e a experiência necessários para a aplicação da metodologia.

O objetivo inicial foi avaliar se os egressos dos cursos teriam maior chance de estar empregados do que os indivíduos do grupo de controle, que não participaram dos cursos de Formação Inicial Continuada (FIC), e se houve aumento da renda. A análise empregou diferentes grupos de controle e diferentes modelos econométricos, com o objetivo de verificar se os resultados se mantinham.

Em termos gerais, o que se observou, ao se analisar os resultados conclusivos, é que o impacto na empregabilidade dos egressos variou em função de quem fez o curso e do eixo tecnológico. Assim, como medida para tornar os cursos mais efetivos, caberia considerar estratégias que otimizassem a focalização do curso; ou seja, a oferta de cursos deve considerar os setores do mercado de trabalho com maior potencial de absorção dos egressos e que carecem de mão de obra capacitada. Em relação à renda, a avaliação não obteve resultados conclusivos. A avaliação de impacto subsidiou algumas das propostas apresentadas, visando a corrigir as falhas identificadas.

A quarta AOP teve, dentre seus objetivos, o de avaliar o impacto do Programa Universidade Para Todos (ProUni), em relação ao incremento do acesso dos bolsistas ao ensino superior, da sua permanência e do seu desempenho acadêmico. Para tanto, foi contratado um consultor, financiado com recursos externos.

Resumidamente, as análises permitiram concluir que: i) a acessibilidade ao ensino superior é positivamente impactada pelo programa; ii) ser bolsista integral aumenta a probabilidade de permanência em relação ao bolsista parcial; e iii) o desempenho acadêmico dos bolsistas do ProUni não é inferior ao desempenho dos demais alunos que frequentam o ensino superior privado.

Como mencionado anteriormente, o art. 70 da CF introduziu o conceito de fiscalização operacional no Brasil, exercida pelos tribunais de contas, a qual prevê o exame da economicidade, eficiência e efetividade dos gastos públicos. Os dois primeiros princípios, além da eficácia, têm sido regularmente examinados nas auditorias operacionais; a pesquisa em tela, porém, demonstrou que existe espaço para ampliar as auditorias com foco no princípio da efetividade, visto que, somente em quatro relatórios, foram encontradas técnicas estatísticas que visavam a identificar o impacto de gastos públicos. Ademais, frisa-se que, em três dos quatro relatórios, houve necessidade de contratar consultores externos.

Diante do exposto, reforça-se a importância de capacitar o quadro interno dos tribunais de contas, para permitir a regularidade das avaliações de efetividade, alcançando, assim, a análise dos gastos públicos sob todas as dimensões.



## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo teve como objetivo analisar as auditorias operacionais com foco no princípio da efetividade elaboradas pelos tribunais de contas brasileiros. Iniciou-se com uma breve revisão sobre a evolução histórica da auditoria operacional. Na seção 3, foi apresentada a normatização da auditoria operacional, segundo a Intosai. A seção 4, por sua vez, expôs a metodologia para a realização da pesquisa que embasou este artigo, enquanto que a seção 5 foi reservada à análise das informações coletadas.

O levantamento de dados primários nos tribunais de contas do Brasil permitiu observar que poucas instituições afirmaram realizar auditorias com ênfase no princípio da efetividade, sendo que, dessas, somente em quatro relatórios foram encontradas técnicas estatísticas que visavam a identificar quantitativamente a efetividade do gasto público.

Demonstrou-se, assim, que existe uma lacuna nas auditorias operacionais atualmente efetuadas no Brasil, as quais poderiam empregar avaliações de impacto como subsídio às metodologias normalmente empregadas e, deste modo, atender aos anseios da população por maior controle nos resultados dos gastos públicos.

Como limitações do trabalho, apontam-se: (i) a pesquisa bibliográfica sobre auditoria operacional foi restrita a documentos em língua portuguesa; (ii) os questionários foram respondidos com a opinião pessoal dos auditores públicos, não representando, necessariamente, a posição oficial das cortes de contas nacionais, tendo em vista que a consulta não foi institucional. Além disso, dez tribunais não se manifestaram na pesquisa; e (iii) a amostra analisada, composta por 62 relatórios de auditoria operacional, não é suficientemente abrangente para se concluir pela quase inexistência de avaliações de impacto entre as auditorias operacionais realizadas no Brasil.

Por fim, sugere-se, para trabalhos futuros: (i) a ampliação da abrangência da pesquisa, por meio de consulta a tribunais de contas de outros países; e (ii) o desenvolvimento de metodologia que simplifique as ferramentas estatísticas necessárias para auditorias operacionais com foco na efetividade, visando, assim, a disseminar sua utilização.



## REFERÊNCIAS

ABRUCIO, Fernando Luiz. **O impacto do modelo gerencial na Administração Pública.**

Um breve estudo sobre a experiência internacional recente. Brasília: Escola Nacional de Administração Pública, Cadernos ENAP, n. 10, 1997. 52 p.

ALBUQUERQUE, Frederico. **A auditoria operacional e seus desafios:** um estudo a partir da experiência do Tribunal de Contas da União. Dissertação (Mestrado Profissional em Administração) - Núcleo de Pós-Graduação em Administração, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2006.

ARAÚJO, Inaldo. **Introdução à auditoria operacional.** 4. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2008. 188 p.

BARROS, Ricardo; LIMA, Lycia. Avaliação de impacto de programas sociais. Por que, para que e quando fazer? In: MENEZES, Naercio (Org.). **Avaliação econômica de projetos sociais.** São Paulo: Dinâmica Gráfica e Editora, 2012. cap.1, p. 13-29.

COBRA, Harley. As auditorias operacionais como mecanismos de controle dos tribunais de contas. Belo Horizonte: **Revista TCEMG**, out./nov./dez. 2014.

GERTLER, P. et al. **Avaliação de impacto na prática.** 2. ed. Washington, DC: Banco Mundial, 2016. 408 p.

HOOD, Christopher. **A public management for all seasons?** Public Administration, 69: 3-19, 1991. Disponível em: <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1467-9299.1991.tb00779.x/full>>. Acesso em: 6 mar. 2018.

ISSAI 300. **Princípios fundamentais de auditoria operacional.** Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A1575346080157535343F138AD>>. Acesso em: 4 mar. 2018.

ISSAI 3000. **Norma para auditoria operacional.** Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A15C416B68015C82A294076D0E>>. Acesso em: 5 mar. 2018.

MORSE, Ellsworth. **Performance auditing – what is it?** Apresentado no 9º Seminário Anual Governamental em Jefferson City, Missouri, em 21/4/1976. Disponível em: <<https://www.gao.gov/assets/180/179981.pdf>>. Acesso em: 17 mar. 2018.

O'DONNELL, Guillermo. Accountability horizontal e novas poliarquias. São Paulo: **Revista Lua Nova**, CEDEC, n. 44, 1998.

POLLITT, Christopher *et al.* **Desempenho ou legalidade?** Auditoria operacional e de gestão pública em cinco países. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

ROCHA, Carlos. **O modelo de controle externo exercido pelos tribunais de contas e as proposições legislativas sobre o tema.** 4 nov. 2002. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/156/41.pdf?sequence=%3E.%20>>. Acesso em: 20 mar. 2018.



SANO, Hironobu. **Nova Gestão Pública e accountability**: o caso das organizações sociais paulistas. São Paulo: FGV/EAESP, 2003. 149 p.

SANTOS, Antônio R. **Metodologia científica**: a construção do conhecimento. Rio de Janeiro: Ed. DP&A, 2006.

TCU. Tribunal de Contas da União. **Manual de Auditoria de Natureza Operacional**. Brasília: TCU, Coordenadoria de Fiscalização e Controle, 2000. 114 p.

\_\_\_\_\_. **Manual de Auditoria Operacional**. 3. ed. Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização e Avaliação de Programas de Governo (Seprog), 2010. 71 p.

\_\_\_\_\_. Fiscalização e Controle. **Normas Internacionais ISSAI**. Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/fiscalizacao-e-controle/auditoria/normas-internacionais/>>. Acesso em: 17 mar. 2018.

VABO, M. **New Public Management - the neoliberal way of governance**. Working papers; nr. 4, 2009. Disponível em: <[http://thjodmalastofnun.hi.is/sites/thjodmalastofnun.hi.is/files/skrar/working\\_paper\\_4-2009.pdf](http://thjodmalastofnun.hi.is/sites/thjodmalastofnun.hi.is/files/skrar/working_paper_4-2009.pdf)>. Acesso em: 16 mar. 2018.

## APÊNDICE

### PESQUISA SOBRE AUDITORIA OPERACIONAL

Breve descrição da estrutura do Tribunal para a realização de auditorias operacionais.

Quais são os principais temas objeto de auditorias operacionais?

Os objetivos das auditorias operacionais normalmente elaborados pelo Tribunal se relacionam a quais princípios: economicidade, eficiência, eficácia ou efetividade?

Quais abordagens são primordialmente empregadas: (i) examinar o adequado funcionamento de sistemas; (ii) avaliar se os objetivos/impactos de um programa/uma atividade foram atingidos como planejado; (iii) analisar as causas de problemas específicos.

Para tanto, empregam-se normalmente critérios qualitativos ou quantitativos?

O Tribunal realiza análises de custo-benefício dos gastos públicos?

O Tribunal recorre ao uso de indicadores em seus relatórios? Em caso positivo, que tipo de indicadores: (i) de monitoramento; (ii) de resultados; (iii) de impacto. Favor fornecer exemplos de seus indicadores.

Quais metodologias são normalmente utilizadas: (i) questionários; (ii) entrevistas; (iii) observação direta; (iv) uso de dados existentes; (v) estatística descritiva; (vi) estatística inferencial; (vii) outras.

Comentários (opcional).



Por fim, peço a gentileza de enviar alguns dos relatórios mais recentes de auditoria operacional já públicos.

Atenciosamente,

---

Recebido em 28/08/2018

Aprovado em 09/11/2018

## NOTAS

- 1 Os TCEs têm jurisdição na Administração Pública do respectivo estado e na totalidade de seus municípios, exceto os seguintes casos: (i) Bahia, Pará e Goiás, que possuem um tribunal de contas para a administração estadual e um tribunal para seus municípios; e (ii) São Paulo e Rio de Janeiro, cujas capitais possuem tribunais de contas específicos.
- 2 Atualmente são cinco, pois o Tribunal de Contas do Estado do Ceará incorporou o Tribunal de Contas dos Municípios do Ceará.
- 3 Estado de Bem-Estar Social.
- 4 Termo sem tradução direta para o português. Pode ser entendido como a responsabilização democrática dos agentes públicos por meio de dois mecanismos: accountability vertical, na qual a sociedade controla de forma ascendente os governantes (mediante o voto em representantes, os plebiscitos e os conselhos de usuários de serviços públicos, entre outros mecanismos) e accountability horizontal, definida como aquela que se efetiva mediante a mútua fiscalização entre os Poderes (checks and balances) e por meio de órgãos governamentais que controlam a atividade pública, a exemplo dos tribunais de contas brasileiros (O'DONNELL, 1998).
- 5 Instituição apolítica, filiada à ONU e que objetiva a troca de ideias sobre as melhores práticas de auditoria pública no mundo. Ver [www.intosai.org](http://www.intosai.org).
- 6 *Government Accountability Office* - Escritório de Responsabilidade Governamental. No Brasil, seria um órgão com objetivos similares aos da Controladoria-Geral da União (CGU), atual Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União.
- 7 Auditoria de desempenho.
- 8 O *National Audit Office* é um órgão parlamentar independente no Reino Unido, responsável pela auditoria de departamentos do governo central, agências governamentais e órgãos públicos não departamentais.
- 9 No Brasil, conceitua-se como Análise Custo-Benefício (ACB) e consiste em um método para avaliar o impacto econômico-líquido de um projeto público, determinando se é viável do ponto de vista do bem-estar social, por meio da soma algébrica de seus benefícios descontados os custos, ambos trazidos a valor presente. Fonte: Adaptado de [www.observatorio.pt/download.php?id=218](http://www.observatorio.pt/download.php?id=218), acesso em 20/9/2017.
- 10 O termo *effectiveness* abrange dois conceitos diferentes na língua portuguesa: eficácia (definida como o grau de alcance das metas programadas em um determinado período de tempo) e efetividade (conceito relacionado aos impactos da atuação pública).



- 11 TCU, TCDF, 26 TCEs e 5 TCMs.
- 12 O índice, calculado pelo sistema FIRJAN, da Federação das Indústrias do estado do Rio de Janeiro, tem periodicidade anual, recorte municipal, abrangência nacional e é calculado com base exclusiva em dados oficiais relativos às três principais áreas de desenvolvimento: Emprego e Renda, Educação e Saúde.
- 13 Grupo dos Tratados (inscritos no ProEMI) e grupo de Controle (não participantes do programa).
- 14 Uma hipótese para o maior número de faltas dos alunos do ProEMI pode ser o fato de que eles têm carga horária superior aos que frequentam turmas que não pertençam ao programa.



# Índice de autores

## D

---

**DOTTI, Marinês Restelatto** 49

Regime de Contratação Integrada: Vinculante ou Discricionário?

## L

---

**LIMA, Welder** 65

O Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa na Lei das Estatais (Lei 13.303/2016)

## M

---

**MENEZES, Alex Pereira** 20

Incipiência das Normas de Equiparação Constitucional das Garantias e Prerrogativas dos Membros e Auditores de Tribunais de Contas com as Típicas dos Magistrados do Poder Judiciário

---

**MURY, Luiz Gilberto Monclaro** 73

Auditorias Operacionais com Foco no Princípio da Efetividade: Breve Panorama nos Tribunais de Contas do Brasil

## O

---

**OLIVEIRA, Josir Alves de** 34

A ímproba "opção" oferecida pelo § 5º do art. 133 da Lei 8.112/1990 a quem acumula cargos ou empregos públicos de forma ilícita

## P

---

**PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres** 49

Regime de Contratação Integrada: Vinculante ou Discricionário?

---

**PORTUGAL, Murilo** 6

Produtividade e desafios para o crescimento nacional

## V

---

**VIEIRA, Horácio Sabóia** 10

Auditor Geral ou Tribunal de Contas



# Como publicar na Revista do TCU

## SUBMISSÃO DE ARTIGOS

### IDIOMA

A Revista do TCU é um periódico bilíngue (português/inglês). Os artigos selecionados são traduzidos gratuitamente. São aceitos textos escritos em português e inglês. O título, o resumo e as palavras-chave devem ser informados em português e em inglês.

### AVALIAÇÃO CEGA

Os artigos a serem publicados são selecionados pelos membros do Conselho Editorial, que recebem os trabalhos sem qualquer forma de identificação do autor. Para assegurar imparcialidade ao processo, é necessário que a identificação de autoria seja realizada na primeira folha do documento, separada do texto do artigo. As informações de autoria devem também ser removidas da opção “Propriedades”.

### AUSÊNCIA DE REMUNERAÇÃO

A aprovação e publicação de trabalhos na Revista do TCU não dá aos autores o direito de percepção de qualquer retribuição pecuniária, devido à gratuidade na distribuição do periódico. A publicação resguarda os direitos autorais, na forma da Lei. Cada autor receberá cinco exemplares do número da revista no qual seu trabalho tenha sido publicado.

## CRITÉRIOS DE SUBMISSÃO

Os artigos devem ser encaminhados para publicação através do sistema OJS disponível em <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/about/submissions>.

Para qualquer dúvida encaminhar e-mail para [revista@tcu.gov.br](mailto:revista@tcu.gov.br).

A seleção de artigos observa os seguintes critérios:

### IDENTIFICAÇÃO DO AUTOR

Incluir na primeira folha do documento, separado do texto do artigo, currículo resumido com máximo de 250 caracteres, indicando nome(s) do(s) autor(es), instituição, cargo/função e formação acadêmica. Informar endereço para envio de exemplares da edição da Revista em que for publicado o artigo.

### CONTEÚDO

Compatibilidade com a temática da Revista (relativa a Tribunais de Contas, Controle Externo, Administração Pública, Direito Público, Contabilidade, Finanças e Auditoria no âmbito do setor estatal). Contribuição original e inédita, que não esteja em processo de avaliação por outra publicação (PORTARIA TCU N° 292/1995). Qualidade, objetividade e impessoalidade do texto. Linguagem adequada à norma culta da língua portuguesa.



## FORMATAÇÃO

Formato Word (extensão.doc/docx), de até 2MB.

Máximo de 10 mil palavras (aproximadamente 25 páginas, consideradas as referências).

Estrutura de acordo com o template disponibilizado no site do Tribunal de Contas da União.

Elementos pré-textuais: a) título, e subtítulo (se houver); b) nome(s) do(s) autor(es); d) resumo na língua do texto;

a) palavras-chave na língua do texto. Elementos textuais: a) introdução; b) desenvolvimento; c) conclusão.

Elementos pós-textuais: a) título, e subtítulo (se houver) em língua estrangeira; b) resumo em língua

estrangeira; c) palavras-chave em língua estrangeira; d) nota(s) explicativa(s); e) referências.

Resumo de acordo com o template disponibilizado no site do Tribunal de Contas da União, com até 250 palavras.

Fonte Helvetica tamanho 10. Títulos e subtítulos em negrito Alinhamento à esquerda Espaçamento

simples entre as linhas. Evitar linhas em branco entre os parágrafos. Formato da página: A4 (21x29,7 cm)

Todas as margens com 2 cm. Destaques em negrito. Termos em língua estrangeira em itálico. Tabelas e

ilustrações (mapas, diagramas, organogramas, quadros, fotografias, gráficos, fluxogramas, entre outros)

preferencialmente com 300 dpi, apresentados no corpo do documento, e envio dos originais separadamente.

Formatos de tabela conforme previstos pelo template. Normas de apresentação tabular (1993) do IBGE e

NBR 14724 (2011) da ABNT para ilustrações.

## CITAÇÕES E REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Citações de acordo com a versão mais atual da NBR 10520 da ABNT, conforme os exemplos a seguir:

Citação direta

Segundo Barbosa (2007, p. 127), “entende-se que ...”, ou “Entende-se que ...” (BARBOSA, 2007, p. 127).

Citação indireta

A teoria da ... (Cf. BARBOSA, 2007, p. 127),

ou,

A teoria da ... (BARBOSA, 2007, p. 127).

As citações de diversos documentos de um mesmo autor, publicados num mesmo ano, são distinguidas pelo acréscimo de letras minúsculas, após a data e sem espaçamento, conforme a ordem alfabética da lista de referências.

Segundo Barbosa (2007a, p. 127), ...

(BARBOSA, 2007b, p. 94).

Notas de rodapé devem ser evitadas, exceto para informações adicionais sobre trabalhos em andamento ou não publicados, ou comunicação pessoal.

Lista de referências completas utilizadas no artigo, de acordo com a versão mais atual da NBR 6023

da ABNT. a) somente deverão ser citados na lista de referências trabalhos editados ou disponíveis para

acesso público; b) as referências deverão ser apresentadas em ordem alfabética e alinhadas à esquerda;

c) os artigos submetidos poderão ser referenciados em parte ou no todo, em formato impresso ou digital.

## DECLARAÇÃO DE DIREITO AUTORAL

Os textos aprovados são publicados sem alteração de conteúdo. Os conceitos e opiniões emitidas em trabalhos doutrinários assinados são de inteira responsabilidade de seus autores. Os artigos publicados



poderão ser divulgados em outros canais, desde que citada a Revista do TCU, ano, número e data de publicação como primeiro veiculador do trabalho.

## **POLÍTICA DE PRIVACIDADE**

Os nomes e endereços informados nesta revista serão usados exclusivamente para os serviços prestados por esta publicação, não sendo disponibilizados para outras finalidades ou a terceiros.