

Publicações da Escola da AGU

Fórum de Procuradores-Chefes na Temática: Pesquisa, Ciência, Tecnologia e Inovação - PCTI

volume 8 - n. 02 - Brasília-DF, abr./jun. 2016

ISSN-2236-4374

Publicações da Escola da AGU	Brasília	v. 8	n. 02	p. 1-216	abr./jun. 2016
---------------------------------	----------	------	-------	----------	----------------

Publicações da Escola da AGU

Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal

SIG - Setor de Indústrias Gráficas, Quadra 06, lote 800
CEP 70610-460 – Brasília – DF Telefones (61) 2026-7368 e 2026-7370
e-mail: eagu.secretaria@agu.gov.br

ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Ministra Grace Maria Fernandes Mendonça

DIREÇÃO GERAL DA AGU

Paulo Gustavo Medeiros Carvalho	Substituto do Advogado-Geral da União
Cleso José da Fonseca Filho	Procurador-Geral Federal
Izabel Vinchon Nogueira de Andrade	Procuradora-Geral da União
Fabício da Soller	Procurador-Geral da Fazenda Nacional
Marcelo Augusto Carmo de Vasconcellos	Consultor-Geral da União
Altair Roberto de Lima	Corregedor-Geral da AGU
Isadora Maria Belem Rocha Cartaxo de Arruda	Secretária-Geral de Contencioso

ESCOLA DA AGU

Grégore Moreira de Moura	Diretor
Pedro Vasques Soares	Vice-Diretor
Eduardo Fernandes de Oliveira	Coordenador-Geral

EDITOR RESPONSÁVEL

Grégore Moreira de Moura

COORDENADOR DA PUBLICAÇÃO

Leopoldo Gomes Muraro

Conselho Editorial

Grégore Moreira de Moura
Pedro Vasques Soares
Leopoldo Gomes Muraro

Apoio Institucional: Escola da AGU

Diagramação/Capa: Niuza Lima/Gláucia Pereira

Os conceitos, as informações, as indicações de legislações e as opiniões expressas nos artigos publicados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Publicações da Escola da AGU: Fórum de Procuradores-Chefes na temática: Pesquisa, Ciência, Tecnologia e Inovação - PCTI - Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal - volume 8, n. 2, (abr./jun. 2016).
Brasília: EAGU, 2012. mensal.

A partir do ano III, n. 8 passou a ser periódico bimestral, a partir do ano IV, n° 14 periodicidade mensal e a partir do ano VII v. 39 periodicidade trimestral.

A partir de 2016, houve alteração no número dos exemplares. A Revista receberá numeração 1-4 em todos os volumes subsequentes.

ISSN 2236-4374

1 - Direito Público - Artigos - Brasil I. Título. II. Série.

CDD 340 . 5
CDU 34 (05)

SUMÁRIO

A Falácia da Iniciativa Popular em Projetos de Lei: uma análise sob a perspectiva da e-democracy <i>The fallacy of the Popular Initiative Bills: an analysis from the perspective of e-democracy</i> André Pinto Garcia	7
O INMETRO e a Rede Brasileira de Metrologia Legal e Qualidade: peculiaridades e a problemática do contingenciamento federal sobre suas despesas obrigatórias <i>The INMETRO and the Brazilian Network of Legal Metrology and Quality: peculiarities and problems of federal contingency on their compulsory expenditure</i> Daniel Almeida de Oliveira	37
Padronização de Aspectos da Novação das Obrigações Assumidas Pelos Bolsistas de Pós-Graduação <i>Stricto Sensu</i> do CNPQ no Exterior <i>Standardization of the Aspects of Novation of the Obligations Assumed by Graduate Fellows Sensu CNPQ Abroad</i> José Tavares dos Santos.....	53
A Natureza Jurídica das Chamadas Públicas Envolvendo Pesquisa, Ciência, Tecnologia e Inovação – PCTGI <i>Legal Nature of Brazilian Public Calls Related to Research, Science, Technology and Innovation – RS&I</i> Leopoldo Gomes Muraro	67
Requisitos de Patenteabilidade <i>Criteria for Patentability</i> Loris Baena Cunha Neto	91
O Relacionamento das Fundações de Apoio com Órgãos de Ensino e Pesquisa Públicos com Aporte Financeiro de Empresa Privada <i>The Relationship of Foundations Support to Education and Public Research Agencies with Financial Contribution of Private Company</i> Marcos da Silva Couto	109
A Legalidade da Exigência de Realização da Chamada Pública na Hipótese de Dispensa de Licitação Prevista no art. 14, § 1º, da Lei 11.947/2009 <i>The Legality of the Requirement for Public Call on Cases in Which the Bidding Required by art. 14, § 1º, of the Law 11.947/2009 is exempted</i> Maria Carolina Rosa de Assunção.....	121

Termo de Execução Descentralizada – Evolução Legislativa e Aplicabilidade do Instrumento <i>Decentralized Implementation Term – Legislative Developments and Applicability of The Instrument</i> <i>Michelle Diniz Mendes</i>	139
O Credenciamento para Contratação de Serviço Técnico Profissional Especializado de Natureza Singular <i>A Registration to Hire Singular Specialized Professional Technical Service</i> <i>Rafael Sérgio Lima de Oliveira</i>	169
Papel Institucional da Fundacentro como Destinatária de Verbas Decorrentes de Termos de Ajustes de Conduta Firmados pelo Ministério Público do Trabalho <i>Institutional role of FUNDACENTRO as a recipient of funds resulting from Terms of Conduct Adjustment signed by the Public Ministry of Labor</i> <i>Ricardo Cardoso da Silva</i>	193
As Vedações de Natureza Eleitoral Voltadas aos Agentes Públicos Federais em Período de Eleições Municipais, com Foco nas Atividades de Pesquisa e sua Divulgação <i>Federal Public Officers’ Electoral Forbiddances in Municipal Elections, with Focus on Research and its Dissemination</i> <i>Tiago Coutinho de Oliveira</i>	203

APRESENTAÇÃO

A Procuradoria-Geral Federal – PGF vem desenvolvendo há alguns anos um trabalho efetivo e inovador ao criar espaços formais de debate e convergência entre Procuradores-Chefes de Autarquias e Fundações Públicas Federais representadas. Trata-se de uma iniciativa que congrega as chefias de suas Procuradorias Federais, criando canais de comunicação permanentes (como listas de mensagens virtuais), vínculo entre as unidades e encontros regulares (em regra, duas vezes por ano) com apresentações, painéis, discussões e, sempre que possível, produção de material.

Atualmente, existem constituídos pela PGF cinco Fóruns de Procuradores-Chefes:

- Fórum de Procuradores-Chefes das Procuradorias Federais junto às *Instituições Federais de Ensino – IFES* (Universidades Federais, IFTs, CEFETs e o Colégio Pedro II)
- Fórum de Procuradores-Chefes das Procuradorias Federais junto aos *Órgãos Reguladores* (ANA, ANAC, ANATEL, ANCINE, ANEEL, ANP, ANS, ANTAQ, ANTT, ANVISA, CADE, CNEN, CVM, DNPM, PREVIC e SUSEP)
- Fórum de Procuradores-Chefes das Procuradorias Federais com interesse nas *matérias fundiária, ambiental e indígena* (ANP, CNEN, Fundação Cultural Palmares, IPHAN, INCRA, SUDAM, SUDENE, DNOCS, SUDECO, FUNAI, ANA, IBAMA, ICMBio, ANEEL, DNPM, ANTAQ, ANTT e DNIT)
- Fórum de Procuradores-Chefes das Procuradorias Federais com interesse na temática *cultura* (ANCINE, FBN, FCP, FCRB, FUNAG, FUNARTE, FUNDAJ, EMBRATUR, IBRAM e IPHAN)
- Fórum de Procuradores-Chefes das Procuradorias Federais com interesse nas temáticas *pesquisa, ciência, tecnologia e inovação – PCTI*.

O último Fórum criado é o que agrega as entidades atuantes na temática *pesquisa, ciência, tecnologia e inovação*, atualmente, composto por 14 autarquias e fundações públicas federais: *AEB* - Agência Espacial Brasileira, *CAPES* - Fundação Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior, *CNPQ* - Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico; *ENAP* - Fundação Escola Nacional de Administração Pública, *FIOCRUZ* - Fundação Oswaldo Cruz, *FNDE* - Fundo Nacional

de Desenvolvimento da Educação, *FUNDACENTRO* - Fundação Jorge Duprat Figueiredo, de Segurança e Medicina do Trabalho, *IBGE* - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, *INEP* - Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira, *INMETRO* - Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia, *INPI* - Instituto Nacional de Propriedade Industrial, *IPEA* - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, *IPJB* - Instituto de Pesquisa Jardim Botânico do Rio de Janeiro e *ITI* - Instituto Nacional de Tecnologia da Informação

A ideia de elaborar este livro surgiu durante os encontros entre os Procuradores-Chefes no Fórum PCT&I, quando se percebeu que há uma carência de artigos jurídicos tratando dos temas relativos a pesquisa, ciência, tecnologia e inovação. Constatou-se que há artigos acadêmicos de outras áreas do saber e alguns jurídicos escritos por advogados privados, mas muito pouco exprime o ponto de vista dos Advogados Públicos que atuam, diuturnamente, com a temática e possuem expertise prática e jurídica nestes assuntos.

Neste contexto, restou a proposta de publicação de um livro com artigos que expressem algum ponto de relevância para a política pública defendida pela respectiva autarquia ou fundação pública ao qual os integrantes deste Fórum estão vinculados e exercem suas atividades. A partir da constatação de que muito pouco foi publicado, considerou-se, ainda, que caberia a cada autor apresentar um tópico de interesse público, desenvolvendo-o e apresentando uma conclusão jurídica para enriquecer o debate e servir de fonte doutrinária.

Eis o resultado deste esforço.

Esperamos que o leitor aproveite os artigos publicados para conhecer os temas neles analisados, aprofundar seus conhecimentos e fomentar o debate jurídico.

Brasília/DF, 26 de agosto de 2016.

Leopoldo Gomes Muraro
Procurador-chefe do CNPq e Coordenador do Fórum PCTI

A FALÁCIA DA INICIATIVA POPULAR EM PROJETOS DE LEI: UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA DA E-DEMOCRACY

*THE FALLACY OF THE POPULAR INITIATIVE BILLS: AN ANALYSIS
FROM THE PERSPECTIVE OF E-DEMOCRACY*

André Pinto Garcia

Procurador Federal

Chefe do Instituto Nacional de Tecnologia da Informação-ITI desde 2008

SUMÁRIO: Introdução; 1 A Lei da Ficha Limpa;
2 A Iniciativa Popular; 3 A Certificação Digital
ICP-Brasil; 4 Um Parcial Conceito de Democracia
Eletrônica; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: A iniciativa popular em projetos de lei é, hoje, inobstante o mandamento constitucional, uma norma despida de eficácia jurídica. Analisar o porquê da situação, e, principalmente, propor um novo modelo que permita satisfatoriamente a operacionalização dessa forma de manifestação popular é o objetivo do presente artigo. Para tanto, discorrer-se-á sobre o que é a democracia, seus modelos vigentes, as iniciativas populares em projetos de lei que se tornaram bem sucedidas e, também, sobre a Infraestrutura Nacional de Certificação Digital (ICP-Brasil), de modo a evidenciar que todos os conceitos encontram-se interligados, pois vive-se em uma sociedade da informação.

PALAVRAS-CHAVE: Democracia. Iniciativa Popular. Projetos de Lei. Certificados Digitais. ICP-Brasil.

ABSTRACT: The popular initiative bills is now, regardless of whether the constitutional law, a naked standard legal effect. Analyze why the situation, and especially to propose a new model that satisfactorily permits the operation of this form of popular manifestation is the purpose of this article. To do so, will be discuss what is democracy, its current models, popular initiatives bills that have become successful and also about the Digital Certificate National Infrastructure (ICP-Brazil), so to show that all concepts are interrelated, because one lives today in an information society.

KEYWORDS: Democracy. Popular Initiative. Legislative Proposal. Digital Certificates. ICP-Brazil.

INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988 assegura, ao menos formalmente, a iniciativa popular¹ para a apresentação de projetos de lei, nos estritos termos do seu art. 62, parágrafo segundo².

A referida previsão nada mais fez que complementar uma outra, trazida já nos prolegômenos³ da própria Constituição⁴, que é expressa em afirmar que todo poder emana do povo, exercido direta ou indiretamente.

O regime político brasileiro funda-se na democracia, que possui dois princípios fundamentais: a) soberania popular (o povo como fonte de poder); b) participação, direta ou indireta, do povo no poder (forma de legitimação do poder por intermédio da vontade popular).⁵

A igualdade, direito fundamental constitucional (CF/88, art. 5º, *caput*), encontra na democracia um de seus mais fortes pilares: *one man, one vote*⁶. E, justamente o voto, de valor igual para todos, pode ser exercido, em regra, tanto na democracia indireta (via representantes eleitos), quanto na direta, mediante a externalidade da opinião popular.

1 Contundente crítica à redução terminológica do conceito de povo em eleitor encontra-se em: SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 135-136.

2 Art. 62. [...] § 2º A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles. Existem, ainda, previsões referentes aos Estados (Art. 27. [...] § 4º – A lei disporá sobre a iniciativa popular no processo legislativo estadual) e municipal (Art. 29. [...] XIII – iniciativa popular de projetos de lei de interesse específico do Município, da cidade ou de bairros, através de manifestação de, pelo menos, cinco por cento do eleitorado).

3 Cujo Preâmbulo parte dessas mesmas premissas: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil. (G.N.)

4 Art. 1º [...] Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

5 SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 131.

6 Célebre a frase dita por Adams, em 1176: “*Equality of representation in the legislature is a first principle of liberty*.” Disponível em: <<http://www.masshist.org/publications/apde2/view?id=ADMS-06-04-02-0233>>. Acesso em: 24 jan. 2016.

A convivência simultânea de ambas as espécies de democracia é alcunhada pela doutrina como democracia semidireta⁷:

Quando a Constituição afirma que o povo exerce seu poder por meio de representantes eleitos, ela explicita a Democracia representativa; contudo, quando indica que o povo exerce o seu poder diretamente, ela exprime a Democracia direta. Da conjugação da democracia representativa e da democracia direta temos um modelo misto de Democracia semidireta, que nada mais é senão uma Democracia representativa com alguns institutos ou mecanismos de participação direta do povo na formação da vontade política nacional.⁸

Parte-se, assim, de uma premissa bastante conhecida – mesmo simplória, até: o Estado Democrático⁹, fundado na soberania popular, deve assegurar todos os meios necessários para que essa soberania seja exercida de maneira eficaz e legítima.

A participação direta, nos termos em que colocados pela Constituição Federal, pode ser atingida de três formas: plebiscito, referendo e iniciativa popular¹⁰.

7 Apesar de poucas vozes dissonantes, a doutrina majoritária tende a igualar a democracia semidireta à participativa. Ver, por todos: SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 136.

8 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 543. Em sentido similar, Ferreira Filho complementa: “*Está aqui uma inovação da Constituição em vigor. Ela corresponde ao propósito de intensificar a participação popular no processo político e governamental. Assim, adota o direito brasileiro esse instrumento, dando à democracia o caráter semidireto de que falam os livros.*” FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2000, p. 384.

9 “*É conhecida a formulação de Lincoln quanto à ‘essência’ da democracia; ‘governo do povo, pelo povo e para o povo’. Ainda hoje se considera esta formulação como a síntese mais lapidar dos momentos fundamentais do princípio democrático.*” (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Lisboa, 2004, p. 288).

10 O Título II do Capítulo IV da Constituição Federal trata dos direitos políticos, e, logo em seu artigo inicial, se refere à soberania popular, exercida mediante sufrágio universal e voto direto, secreto e com valor igual para todos, além dos instrumentos de iniciativa direta citados: Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I – plebiscito; II – referendo; III – iniciativa popular. O art. 2º da Lei nº 9.709/98 diferencia plebiscito e referendo: Art. 2º. Plebiscito e referendo são consultas formuladas ao povo para que delibere sobre matéria de acentuada relevância, de natureza constitucional, legislativa ou administrativa. § 1º. O plebiscito é convocado com anterioridade a ato legislativo ou administrativo, cabendo ao povo, pelo voto, aprovar ou denegar o que lhe tenha sido submetido. § 2º. O referendo é convocado com posterioridade a ato legislativo ou administrativo, cumprindo ao povo a respectiva ratificação ou rejeição. Por fim, a

Entretanto, atualmente, quaisquer dessas formas é inoperante¹¹: seja do ponto de vista de nossa tradição, seja diante dos dificultosos requisitos estabelecidos, a pesquisa de opinião pública nunca nos foi devidamente prestigiada.

O Brasil, em sua história¹², promoveu apenas dois plebiscitos (referentes, todos, à forma e sistema de governo¹³) e um referendo nacional (relacionado à comercialização de armas). Na eleição de 2014, a título de exemplo, os Estados Unidos da América realizaram mais de 140 plebiscitos e referendos, dos quais 35 foram iniciativas dos cidadãos.¹⁴

À iniciativa popular, específico objeto deste estudo, melhor sorte não lhe socorre: apenas quatro projetos se tornaram leis. Quatro projetos em mais de vinte cinco anos de redemocratização.

Se é verdade que a simplificação dos requisitos para a iniciativa popular acaba(ria) por mesmerizar o instituto, não menos correto é compreender que as dificuldades de ordem prática para exercê-lo não podem nunca ser irracionais e burocráticas – tal como hoje ocorre – sob pena de se obstaculizar um direito fundamental de jaez constitucional. A advertência de Bonavides parece oportuna:

Nos dias correntes, a palavra democracia domina com tal força a linguagem política deste século, que raro o governo, a sociedade ou o Estado que não se proclamem democráticos. No entanto, se buscarmos debaixo desse termo o seu real significado, arriscamo-nos à mesma decepção angustiante que varou o coração de Bruto, quando o romano percebeu, no desengano das paixões republicanas, quanto valia a virtude.¹⁵

CF/88 ainda se refere aos institutos no art. 49, inc. X: É da competência exclusiva do Congresso Nacional autorizar referendo e convocar plebiscito.

11 A democracia direta, segundo Castells, é uma “[...] antiga aspiração da humanidade, jamais concretizada.” CASTELLS, Manuel de. *Redes de Indignação e Esperança: Movimentos Sociais na Era da Internet*. Rio de Janeiro: Zahar, 2013, p. 176.

12 Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Referendos_no_Brasil>. Acesso em: 05 jan. 2016.

13 O artigo 2º do ADCT, modificado pela Emenda Constitucional nº 2, de 1992, previu que em 21 de abril de 1993 o eleitorado definisse, por meio de plebiscito, a forma (república ou monarquia constitucional) e o sistema de governo (parlamentarismo ou presidencialismo) que devem vigorar no País.

14 Disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia/27800/eua-realizaram-146-plebiscitos-e-referendos-nas-eleicoes-desta-semana>>. Acesso em: 15 jan. 2016.

15 BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. São Paulo: Malheiros, 2004, 72.

Logo, analisar o porquê dessa (inadmissível) ineficiência, e, também, propor um novo modelo para que possa ocorrer de maneira efetiva é o que por ora se pretende fazer, pois se defende que parte do processo constitucional de implementação democrática direta (no que tange especificamente às iniciativas populares) possa ser otimizado pela utilização de certificação digital ICP-Brasil, novo e único insumo tecnológico com validade jurídica conferida por lei. Afinal, como lembra Wald:

[...] é preciso reinventar o Estado, modificar o seu relacionamento com o cidadão, privatizar a sua gestão, retirar-lhe a arrogância e a onipotência, que não se coadunam com a democracia fazendo valer uma democracia que se faria sentir não apenas na seleção dos governantes mas, de modo mais intenso, na formação da vontade nacional.¹⁶

Daí a relevância do tema: viver a democracia como uma real (e não falaciosa) forma de racionalização do processo político e legitimação do poder.

1 A LEI DA FICHA LIMPA

A Lei Complementar nº 135, de 4 de junho de 2010, popularmente conhecida como “Lei da Ficha Limpa”, alterou a Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, acrescentando novas hipóteses de inelegibilidades voltadas à proteção da moralidade e probidade administrativas, para, em regra, tornar inelegível, por oito anos, o político que tiver seu mandato cassado, renunciar para evitar a cassação, tiver suas contas rejeitadas ou for condenado por decisão de órgão colegiado em relação a determinados crimes, mesmo que ainda exista a possibilidade de recurso.

(A) história do Projeto de Lei Popular 518/09 começa com a campanha “Combatendo a corrupção eleitoral”, em fevereiro de 1997, pela Comissão Brasileira Justiça e Paz – CBJP, da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB. Esse Projeto deu continuidade à Campanha da Fraternidade de 1996, da CNBB, cujo tema foi “Fraternidade e Política.”¹⁷

Após massiva campanha eletrônica (twitter, facebook, avaaz.org), conseguiu-se coletar mais de um milhão e meio de assinaturas. Depois de

16 WALD, Arnold. As Novas Tendências do Direito Administrativo. In: *O Direito Contemporâneo em Portugal e no Brasil*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 220-221.

17 Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Ficha_Limpa#cite_note-Veja-2>. Acesso em: 11 jan. 2016.

aprovado e devidamente sancionado pelo então Presidente da República, foi ainda objeto de intensos debates judiciais, seja no âmbito difuso do controle de constitucionalidade (recurso extraordinário¹⁸), bem como no concentrado, por meio de diversas ações diretas¹⁹, julgadas conjuntamente, tendo-se, por fim, o Pretório Excelso decidido pela regularidade formal e, principalmente, material²⁰ da referida lei complementar.

É uma realidade: as alterações promovidas vem ao encontro de um país mais justo, com ênfase à moralidade que deve reinar as relações republicanas²¹. Como bem disse a Min. Weber em seu voto na ADC 30 (pág. 166):

O homem público, ou que pretende ser público, não se encontra no mesmo patamar de obrigações do cidadão comum no trato da coisa pública. O representante do povo, o detentor de mandato eletivo, subordina-se à moralidade, à probidade, à honestidade e à boa-fé, exigências do ordenamento jurídico e que compõem um mínimo ético, condensado pela lei da Ficha Limpa, através de hipóteses concretas e objetivas de inelegibilidade.

Corroborar esse entendimento a existência de diversos outros projetos de lei que visam a aumentar seu escopo de abrangência, dentre os quais destaca-se o de nº 862/15, de iniciativa do governo federal, que amplia a exigência para a nomeação em cargos em comissão e funções comissionadas na administração pública direta e indireta de todos os poderes da União (Executivo, Legislativo e Judiciário)²².

18 RE nº 630.147-DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE630147MRL.pdf>>. Acesso em: 11 jan. 2016.

19 ADCs 29 e 30; ADI 4578, todas disponíveis em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2243411>>. Acesso em: 11 jan. 2016.

20 Pendente, ainda, julgamento de Recurso Extraordinário (ARExt 785.068), com Repercussão Geral reconhecida, acerca da aplicabilidade da referida lei a fatos anteriores à sua publicação.

21 Destaque-se substancial estudo constante em CAGGIANO, Monica Herman (Coord.). *Ficha Limpa – impactos nos tribunais: tensões e confrontos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. Ver, ainda, sobre o tema, interessante análise. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/estudo-ficha-limpa-sp.pdf>>. Acesso em: 21 jan. 2016.

22 Há, ademais, por exemplo, o PL 7396/10, do deputado Luiz Carlos Hauly (PSDB-PR), que cria um sistema de “Ficha Limpa” para impedir que pessoas condenadas criminalmente ocupem cargos de direção ou em conselhos fiscais e de administração de ONGs e entidades. Em sentido contrário, porém, merece menção o PLC 20/2015, que ameniza os efeitos da Lei da Ficha Limpa àqueles condenados em improbidade administrativa, ao exigir o trânsito em julgado da decisão. Atualmente, conforme visto, basta a condenação em segunda instância para os candidatos se tornarem inelegíveis.

No que toca à presente análise, impende ressaltar o que já dito outrora: a ficha limpa, de elevada importância ao nosso Estado Democrático, nasceu oriunda da iniciativa popular.

E é justamente aqui que reside a ironia, donde deveria ser a solução: a lei em epígrafe não foi – como de fato nenhuma o é – uma iniciativa realmente popular, uma vez que todos esses projetos de lei necessitam que um parlamentar seja formalmente designado como seu autor para que o processo legislativo seja efetivamente iniciado.

Sim, é isso mesmo. Submete-se a vontade de quantos milhões de eleitores sejam à de ao menos um (numeral e não artigo indefinido) parlamentar que deseje encampar a ideia. Ao reverso: caso nenhum queira (o termo infelizmente é esse mesmo), o até então projeto de projeto de lei não se tornará um efetivo projeto, e não haverá iniciativa popular alguma, em evidente descumprimento ao mandamento constitucional.

Voltaremos adiante no ponto.

2 A INICIATIVA POPULAR

A ideia da separação dos poderes é relativamente simples: divide-se (o poder) para frear (o ímpeto absolutista). Como o conceito é bom, desde Aristóteles²³ discorre-se acerca do tema, cujo ápice doutrinário ocorreu no século XVIII, com Montesquieu²⁴.

A tripartição se encontrou presente em todas as Constituições Brasileiras²⁵, salvo, única e ‘justificadamente’, a ditatorial de 1937, bem como possui expressa previsão no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789²⁶.

23 ARISTÓTELES. *A Política*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fortes, 1991, p. 113.

24 “*Estaria tudo perdido se em um mesmo homem, ou um mesmo corpo dos principais ou nobres, ou do Povo, exercesse esses três poderes [...]*”. MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O Espírito das Leis*. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. São Paulo, Saraiva: 2000, p. 168.

25 Constituição de 1824: art. 10; Constituição de 1891: art. 15; Constituição de 1934: art. 3º; Constituição de 1946: art. 36; Constituição de 1967: art. 6º; Constituição de 1969: art. 6º; CF/88, art. 2º.

26 Art. 16.º A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Declara%C3%A7%C3%A3o_dos_Direitos_do_Homem_e_do_Cidad%C3%A3o>²². Acesso em: 20 jan. 2016.

Na separação de poderes, ao poder legislativo compete, tipicamente, legislar (e, para alguns, também, fiscalizar²⁷), *i. e.*, fazer leis, cuja atribuição, no âmbito da União, encontra-se a cargo do Congresso Nacional, cindido em Câmara dos Deputados²⁸ e Senado Federal²⁹.

E essa feitura das leis, pelos representantes populares democraticamente eleitos, pode, em sua fase inicial, sofrer a influência direta³⁰ (e não mais apenas a indireta, quando da eleição dos parlamentares) da população.

A iniciativa popular, conforme o próprio nome diz, apenas abrange a fase inicial do projeto de lei, ou seja, a sua apresentação à casa iniciadora, que, nos termos constitucionais, é a Câmara dos Deputados. As outras duas etapas do processo legislativo continuam a cargo de quem de direito: a constitutiva (discussão e votação) compete ao Congresso Nacional, e a complementar (sanção, promulgação e publicação), fica sob a responsabilidade do Poder Executivo.

Pode ser conceituada como um direito de pedir, imediatamente direcionado ao Congresso Nacional, para que analise a oportunidade e conveniência de se transformar em lei determinado assunto de interesse de parcela da população.

Diga-se desde logo, porém, que a iniciativa popular não é tarefa simples. Apresenta-se, à Câmara, projeto subscrito ao menos por um por cento do eleitorado nacional, distribuído por cinco estados e três décimos por cento em cada Estado, pelo menos. Em tom profético,

27 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 1021.

28 Composta por representantes do povo, eleitos pelo sistema de representação proporcional.

29 Composta por representantes dos Estados e do Distrito Federal, eleitos pelo sistema majoritário.

30 A doutrina unânime (e não simplesmente majoritária) coloca a iniciativa popular, referendo e plebiscito como formas de exercício da democracia direta. Talvez pela redação do art. 14 da CF/88 e da Lei nº 9.709/98, que sempre tratam dos três instrumentos em conjunto, talvez por falta mesmo de aprofundamento na matéria, a verdade é que o ponto nunca recebeu a devida atenção. Se a democracia direta nada mais é que a decisão, pelo povo e para o povo, de assunto que diz respeito à vontade nacional, como considerar a iniciativa popular como uma de suas formas se essa mesma vontade ainda deve ser aprovada, emendada (ou mesmo rejeitada) pelo Congresso? Ora, no referendo e no plebiscito, a vontade popular é absoluta: o voto decide pelo sim ou pelo não (ratificação ou aprovação do ato legislativo/administrativo submetido à sua decisão, respectivamente). Já na iniciativa popular, além de não haver votação (mas simples externalização de opinião pessoal acerca de determinado assunto), a decisão não será obrigatoriamente seguida pelos representantes eleitos. Logo, surge o inevitável questionamento: *o que formalmente distinguiria a iniciativa popular da democracia indireta, quando o povo também manifesta a sua vontade para que terceiros escolham, ao fim, a vontade nacional?*

Manoel Gonçalves³¹ afirmou que “[...] as exigências que, no texto em exame, condicionam a propositura popular de leis, tornam difícil, portanto, improvável, que tal ocorra efetivamente”. Diferentemente da Constituição Espanhola, a nossa não exigiu um número fixo de eleitores³², mas sim o percentual de um por cento, variável de acordo com a alistabilidade e que hoje é de aproximadamente um pouco mais de 1,4 milhão de eleitores³³. Outros requisitos formais ainda constam da Lei nº 9.709/98:

Art. 13.

[...]

§ 1º O projeto de lei de iniciativa popular deverá circunscrever-se a um só assunto.

§ 2º O projeto de lei de iniciativa popular não poderá ser rejeitado por vício de forma, cabendo à Câmara dos Deputados, por seu órgão competente, providenciar a correção de eventuais impropriedades de técnica legislativa ou de redação.

Art. 14. A Câmara dos Deputados, verificando o cumprimento das exigências estabelecidas no art. 13 e respectivos parágrafos, dará seguimento à iniciativa popular, consoante as normas do Regimento Interno.

Em regra, tais exigências parecem razoáveis, haja vista que, em última análise, realmente não haveria sentido em se rejeitar um projeto de lei por problemas de forma, e não de fundo, se ao povo não é exigido (como nunca poderia ser) deter conhecimentos específicos sobre o processo legislativo.

No que toca ao assunto único, a intenção, louvável, foi facilitar, para a população, a manifestação de sua vontade, bem como facilitar, no âmbito legislativo, a discussão e votação do projeto, sem prejuízo de que caso a

31 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2000, p. 384.

32 Verbis: *Artículo 87. nº 3*. Una ley orgánica regulará las formas de ejercicio y requisitos de la iniciativa popular para la presentación de proposiciones de ley. En todo caso se exigirán no menos de 500.000 firmas acreditadas. Disponível em: <<http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

33 Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2014/Maio/justica-eleitoral-registra-aumento-do-numero-de-eleitores-em-2014>>. Acesso em: 09 jan. 2016.

vontade popular seja referente a mais de um tema, a própria Câmara cinda o projeto em quantos forem³⁴ necessários ao prosseguimento da análise.

Não se pode negar, entretanto, que a exigência para a apresentação de um projeto articulado, ou seja, uma efetiva proposta, pode representar, por si só, um entrave ao seu exercício. Desse modo, melhor seria a adoção do modelo suíço, no qual basta a apresentação, à casa iniciadora, do tema (e não de um efetivo projeto de lei) a ser deliberado e votado.³⁵

Em síntese, basta a manifestação popular, nos quantitativos mínimos exigidos, em favor de determinada proposta de projeto, desde que não se refira às emendas constitucionais³⁶, projetos de lei com iniciativa privativa ou exclusiva, bem como aqueles que malfiram as cláusulas pétreas dispostas no artigo 60, parágrafo 4º, da Constituição Federal³⁷.

A timidez na regulamentação do tema, em todas as instâncias, é evidente: a Constituição Federal, após determinar dificultosos requisitos para serem cumpridos, remete-os a uma lei que, por sua vez, encaminha, expressamente, ao regimento interno da Câmara dos Deputados.

Não faz sentido. Parece, ao fim e ao cabo, que ninguém quer tratar do assunto, pois relegar a eficácia de tamanho direito fundamental, cujo fundamento último encontra guarida na cidadania, um dos fundamentos

34 Resolução nº 17, de 1989 (Regimento Interno da Câmara dos Deputados): Art. 252. [...] VIII – cada projeto de lei deverá circunscrever-se a um único assunto, podendo, caso contrário, ser desdobrado pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania em proposições autônomas, para tramitação em separado.

35 BENEVIDES, Maria Victória de Mesquita. *A Cidadania Ativa: Referendo, Plebiscito e Iniciativa Popular*. São Paulo: Ática, 1991, p. 180. *Apud*: RIBEIRO, Helcio. *A Iniciativa Popular como Instrumento da Democracia Participativa*, p. 22. Disponível em: <<http://www.mackenzie.br/fileadmin/Graduacao/Fdir/Artigos/helcioribeiro.pdf>>. Acesso em: 11 jan. 2016.

36 Minoritariamente, entretanto, José Afonso da Silva defende a possibilidade de apresentação de emendas constitucionais mediante a iniciativa popular, por analogia com o disposto no art. 61, §2º, da CF/88 (SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 64). Pedro Lenza concorda com o raciocínio, fundamentando, para tanto, em dois dispositivos constitucionais: art. 1º, parágrafo único, que permite o exercício do poder de forma direta pelo próprio povo e o art. 14, inc. III, que estabelece a soberania popular será exercida mediante, entre outros, a iniciativa popular. LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 22.

37 Apesar de o art. 60, § 4º da CF/88 apenas proibir, expressamente, a *deliberação de proposta, de modo que a iniciativa, fase inicial do processo legislativo, não estaria, em tese, vedada. Porém, nem do ponto de vista lógico, nem, também, jurídico, faz sentido a apresentação de uma iniciativa de projeto natimorta.*

constitucionais de nossa República Federativa³⁸, ao singelo regimento interno de uma das Casas Legislativas é amesquinhar, até perder de vista, o instituto.

E os efeitos deletérios dessa situação não demoraram a porvir. Em interessante matéria³⁹,

Desde que a Constituição de 1988 assegurou aos eleitores o direito de apresentar projetos de lei de iniciativa popular, em quatro ocasiões o Congresso converteu em norma uma proposta elaborada pela sociedade. Aprovado nesta quarta-feira (19) pelo Senado, o projeto Ficha Limpa foi o mais recente. [...] O Ficha Limpa encerrou um jejum de quase cinco anos sem que uma matéria de iniciativa popular fosse convertida em lei pelo Congresso Nacional. A última medida levada ao plenário do Legislativo Federal e convertida em norma legal foi publicada em 17 junho de 2005, e criou o Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social. [...] *Apesar de serem reconhecidos como projetos de iniciativa popular por terem sua origem em movimentos sociais, as matérias convertidas em lei precisaram ser “adotadas” por parlamentares ou até pelo próprio presidente da República para conseguirem tramitar no Congresso. Isso porque o próprio Legislativo admite não ter meios de conferir os mais de 1 milhão de números de títulos de eleitor e assinaturas que a lei exige de um projeto desse gênero.* (G.N.)

Verifica-se que desde a promulgação da Constituição de 1988 apenas 4 projetos de lei de iniciativa popular se transformaram em leis. Porém, todos, absolutamente a sua integralidade⁴⁰, tiveram como autores formalmente designados os deputados, e não o povo.

Colhe-se que o PLP 518/2009, originador da LC 135/2010, por exemplo, possuiu como autores mais de trinta deputados⁴¹, inobstante se

38 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania [...].

39 Disponível em: <<http://g1.globo.com/especiais/eleicoes-2010/noticia/2010/05/ficha-limpa-e-o-quarto-projeto-de-iniciativa-popular-se-tornar-lei.html>>. Acesso em: 04 jan. 2016.

40 Lei 8.930/1994: transforma o homicídio qualificado em crime hediondo, oriunda do PL 4146/1993, cujo autor foi o Poder Executivo; Lei 11.124/2005: cria o Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social, oriunda do PL 2710/1992, cujo autor foi o deputado Nilmário Miranda; e, Lei 9.840/1999: combate à compra de votos, oriunda do PL 1517/1999, cujo autor foi o deputado Albérico Cordeiro.

41 Cuja relação completa se encontra disponível em: <http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_autores.jsessionid=104C62102BFB46F592FA9D089B324D74.proposicoesWeb2?idProposicao=452953>. Acesso em: 13 jan. 2016.

tratar, como o próprio acrônimo diz, um projeto de lei popular (PLP). Ora, se popular é, não pode ter como autor um deputado, quanto mais trinta ou mesmo os quinhentos e treze: a sua autoria é o povo.

O regimento interno da Câmara dos Deputados (Resolução nº 17, de 1989), determina que:

Art. 252.

[...]]

X – a Mesa designará Deputado para exercer, em relação ao projeto de lei de iniciativa popular, os poderes ou atribuições conferidos por este Regimento ao Autor de proposição, devendo a escolha recair sobre quem tenha sido, com a sua anuência, previamente indicado com essa finalidade pelo primeiro signatário do projeto.

A Mesa da Câmara designará (obrigatoriamente) um deputado que será considerado, para todos os fins de direito, seu autor, desde que tenha sido indicado pelo primeiro signatário do projeto e, ainda, concorde com tal situação.

Partindo-se do pressuposto que a inviolabilidade dos parlamentares por suas opiniões, palavras e votos é mandamento constitucional⁴², obviamente esse direito não pode ser malferido pela Mesa ao determinar que alguém seja o autor de um projeto que não o deseja ser.

Cria-se um círculo vicioso, voltando-se sempre à estaca zero: caso nenhum deputado encampe o projeto, não haverá iniciativa popular. E se não houver iniciativa popular, a Constituição restará inobservada.

Os pragmáticos poderiam argumentar que a adoção do projeto por algum deputado é medida sempre necessária, haja vista que cada autor cuida pessoal e engajadamente do projeto de sua autoria então proposto, zelando para que se conceda um melhor andamento *interna corporis* bem como defendendo-o nas instâncias regimentais.

Esse argumento é verdadeiro: claro que o autor (no caso, o deputado) possui um engajamento muito maior em seus projetos em detrimento de

⁴² Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos.

outros (mesmo porque, na lógica hoje instalada, sempre algum projeto possuirá algum autor). É, porém, uma verdade que não pode subverter a lógica constitucional.

E, o melhor, a solução para a situação é simples. A Comissão de Legislação Participativa (CLP) da Câmara dos Deputados, criada em 2001 com o objetivo de facilitar a participação da sociedade no processo de elaboração legislativa, possui como principal atribuição receber propostas entregues pela sociedade civil organizada.

Atualmente, a referida comissão elabora facultativamente projetos de lei nascidos de propostas enviadas por qualquer cidadão brasileiro. De lege ferenda, portanto, basta o simples acréscimo em suas atribuições para que passe, doravante, a não mais apenas receber as propostas populares, mas, especificamente, que siga o mandamento constitucional ao obrigatoriamente defender os projetos de lei de origem popular então recebidos.

Foge-se das comissões temáticas hoje já existentes (o PL pode simplesmente não se referir ao tema que incumbe àquela comissão) bem como à Comissão de Constituição e Justiça, que necessariamente, no *iter processual*, deverá avaliar o referido projeto.

Logo, ao se potencializar o papel de uma comissão já existente consegue-se, satisfatoriamente, acabar com a contradição absurda de um projeto do povo não ter como autor o próprio povo. Na presente proposta, o povo será o autor das PLPs – Propostas de Leis Populares, que ficarão sob a responsabilidade da Comissão de Legislação Participativa – CLP.

E nem se alegue que aqui também haveria a intromissão na inviolabilidade parlamentar: o(s) deputado(s) designado(s) para a tarefa não agiria(m) em seu próprio nome, mas sim em nome da comissão. Situação análoga à existente no processo penal, quando o promotor, no exercício de suas funções, possui independência funcional⁴³.

Para tanto, basta uma simples modificação no regimento interno da Câmara, independentemente de qualquer alteração legislativa (que

⁴³ CPP, art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender. (G.N.)

possui um rito muito mais dificultoso, com aprovações em ambas as Casas e sanção do Executivo).

Ademais, é importante consignar que o problema por ora narrado acabou por gerar um outro: como a Câmara é a casa iniciadora (e, conforme visto, sempre haverá um autor formal para todos os projetos), o regimento interno do Senado Federal é absolutamente silente em relação à análise dos projetos de lei de iniciativa popular, justamente porque os projetos que chegam à casa revisora sempre possuem um prévio deputado, antes designado, que acaba por igualar a iniciativa popular às iniciativas parlamentares comuns.

Sendo assim, para que a solução aqui proposta possua eficácia prática, a opção defendida linhas acima também deverá ser por lá (*i.e.*, no Senado) adotada, criando-se, igualmente, uma Comissão de Participação Popular que possua as mesmas atribuições.

Apesar de tudo o que até aqui visto, não se nega que o real problema da iniciativa popular continua o mesmo: como averiguar as assinaturas dos cidadãos?

Seja com a atual designação de um autor para o projeto, seja, mesmo, com a criação de uma função específica para a Comissão de Legislação Participativa, tal qual por ora proposto, a verdade é que a Câmara dos Deputados continuará sem um meio hábil para atestar tanto a autenticidade das assinaturas quanto a qualidade dos que assinaram, que devem ser eleitores.

E essa é uma séria questão. Segundo Hércio Ribeiro,

Na Itália cabe ao Poder Judiciário conferir a autenticidade das assinaturas e nos Estados Unidos à Secretaria de Estado. Neste país as assinaturas são conferidas por amostragem e, em casos de dúvida, submete-se toda a lista a uma averiguação rigorosa, havendo casos de propostas que tiveram milhares de assinaturas anuladas.

A quem quer que compita a averiguação, enfim, percebe-se que ela existe (justamente porque deve existir) no direito comparado.

Nem se alegue que a expressa determinação constante no art. 219 do código civil⁴⁴ resolveria, em tese, o problema. Ora, para que a

⁴⁴ Art. 219. As declarações constantes de documentos assinados presumem-se verdadeiras em relação aos signatários. *Parágrafo único.* Não tendo relação direta, porém, com as disposições principais ou com a

assinatura seja presumidamente verdadeira relativamente ao seu autor, deve-se, aprioristicamente, ter certeza que o seu signatário é realmente aquele que afirma o ser.

É verdade, porém, que nenhum lugar exige-se que assinaturas devam ser autenticadas em Cartório (algo que, certamente inviabilizaria financeiramente o projeto) e o próprio o regimento interno da Câmara (acompanhado pelo formulário padrão de coleta⁴⁵) apenas exige a assinatura do eleitor acompanhada do nome completo, endereço e título eleitoral. Ademais, a qualificação de eleitor necessita que haja documento hábil a comprovar tal fato, não bastando, por certo, a simples afirmação do titular que ostenta tal qualidade.

Daí, justamente, a saída típica tupiniquim para o problema que por ora se propõe solucionar: diante da impossibilidade de se averiguar a autenticidade e os atributos do mais de milhão de assinaturas coletadas, basta um deputado assumir a autoria do projeto. A sincera dificuldade que existe nessa saída reside não apenas para o caso de nenhum deputado, conforme visto, desejar assumir esse encargo, mas, principalmente, porque essa forma nega a iniciativa popular constitucionalmente determinada.

A grandiosidade dos números impõe cautela, e é justamente sobre um novo modelo de coleta de assinaturas e qualificação dos cidadãos, que vise a otimizar e potencializar a iniciativa popular, que se propõe a tratar doravante.

3 A CERTIFICAÇÃO DIGITAL ICP-BRASIL

Vive-se em uma sociedade da informação. Expressão contemporânea, surgida no final do século passado – ou seja, há aproximadamente apenas 10 (dez) anos⁴⁶ – a sociedade da informação traduz inicialmente a ideia de seu constante movimento. A sociedade não é estática, mas dinâmica;

legitimidade das partes, as declarações enunciativas não eximem os interessados em sua veracidade do ônus de prová-las.

45 Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/participe/sua-proposta-pode-virar-lei/formulario_assinaturas>. Acesso em: 23 jan. 2016.

46 Em verdade, parece que a origem do termo “*sociedade da informação*” remonta à década de setenta, quando o sociólogo americano Daniel Bello cunhou-o em seu livro *O advento da sociedade pós-industrial*. São Paulo: Cultricolo, 1977. Afirma esse autor que a transformação da sociedade industrial em sociedade “*pós-industrial*” significa que “[...] é uma sociedade da informação, assim como a sociedade industrial é uma sociedade de produção de bens.” *Ibidem*, p. 516. Porém, tal expressão apenas recebeu a devida atenção no final da década de 90, com o desenvolvimento da telemática e microeletrônica.

seus processos de formação e conformação estão em contínua mutação, no qual o principal vetor dessa aparente (ou proposital) instabilidade é a tecnologia. Sem dúvida, é um novo modelo organizacional que permeia, ou tem a pretensão de permear, as sociedades ocidentais contemporâneas. Nas felizes palavras de Jorge Werthein:

A expressão “sociedade da informação” passou a ser utilizada, nos últimos anos desse século, como substituto para o conceito complexo de “sociedade pós-industrial” e como forma de transmitir o conteúdo específico do “novo paradigma técnico-econômico”.⁴⁷

Enfim, a informação, hoje, pode ser transmitida, armazenada e produzida sem qualquer limitação no que tange à distância, ao tempo ou volume⁴⁸. Passa-se de um modelo centralizado, onde poucos e caros meios de comunicação detinham seu monopólio, para um cânone democrático, de acesso plural e essencialmente barato.

E o Direito, que em uma de suas concepções mais clássicas é fato, valor e norma⁴⁹, não pode, por definição, ficar à parte do mundo dos fatos. Sendo assim – e por consequência necessária – se a tecnologia é uma realidade, cabe ao direito se adaptar a esse novo modelo, de forma que tanto o Estado quanto a sociedade continuem a ter a pretensão de se constituírem como uma realidade única. Em importante passagem, Ronaldo Lemos⁵⁰ afirma:

A relação entre direito e realidade sempre foi um tema central no pensamento jurídico. Com o desenvolvimento tecnológico, essa relação torna-se ainda mais importante, na medida em que a rápida mudança que presenciamos no plano dos fatos traz consigo o germe da transformação no plano do direito. Essa transformação se dá de duas formas: de modo indireto, quando as instituições jurídicas permanecem imutáveis ainda que os fatos subjacentes a elas se alterem profundamente; ou de modo direto, quando o direito se modifica efetivamente perante a mudança na realidade, em um esforço de promover novas soluções para os novos problemas. [...]. Em outras palavras, a questão começa a tornar-se relevante quando se inicia a partir do ponto em que a chave é se a

47 WERTHEIN, Jorge. A Sociedade da Informação e seus desafios. *Revista da Ciência da Informática*, v. 29, p. 75.

48 “A Europa e a sociedade global da informação – Recomendações ao Conselho Europeu”, *Bruzelas: Comissão Europeia*, de 26.05.94.

49 REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 59 et seq.

50 LEMOS, Ronaldo. *Direito, Tecnologia e Cultura*. Licença Creative Commons, passim.

nova realidade deve adaptar-se ao velho direito ou se o velho direito deve adaptar-se à nova realidade.

E justamente essa regulamentação a ser engendrada pelo direito, objeto de análise no presente artigo, não pode se constituir em uma promessa vazia, dotada de inconsistência técnica, sem a segurança necessária para a garantia de validade jurídica às manifestações eletrônicas.

A questão assume contornos bem claros: partindo-se da premissa que a evolução tecnológica é um marco inafastável da vida das pessoas, tal qual a máquina de escrever já foi um dia, deve-se garantir um modo de manifestação eletrônica segura, papel esse desempenhado, em nível mundial, pelos certificados digitais⁵¹.

Vale dizer: ao tratar de tecnologia, o direito não pode dotar de validade jurídica algo que não possua, intrínseca e tecnologicamente, segurança (tal ocorreria acaso se conferisse validade ao *login e senha*, por exemplo). Não à toa, a doutrina estrangeira define esse novo direito, o direito tecnológico, como um “*droit carrefour*”, um direito de encruzilhada. *Verbis*⁵²:

Por outro lado, certos institutos e princípios jurídicos tradicionais revelam-se incapazes, como já se aflorou, para abarcar algumas novas consequências daquela penetração horizontal da informática, sob pena de desfiguração desses institutos. Nessa medida, vai nascendo um conjunto de regras “*sui generis*”, ainda que por vezes não façam mais do que se adaptar a regulamentação que decorre de princípios vigentes de longa data. Se existe ou não um corpo autônomo de regras jurídicas como base do Direito da Informática pode ainda ser duvidoso. Do que não pode duvidar-se é de que existe já “um direito aplicado à informática”, cuja extensão as compilações documentam. Na sugestiva expressão de J. HUET e H. MAISL trata-se de um ‘*droit carrefour*’ um *direito de encruzilhada*, destinado a enquadrar os tratamentos automatizados da informação e necessariamente também ligado às regras aplicáveis às novas técnicas de comunicação. O que está a

51 A esse respeito, inclusive, a Uncitral (United Nations Commission on International Trade Law), órgão integrante da Organização das Nações Unidas – ONU, responsável pela uniformização das leis referentes ao comércio internacional, estabelece que o documento em meio eletrônico, para possuir o mesmo valor probatório dos documentos escritos, deva ter o mesmo grau de segurança que esses bem como esteja disponível para consultas posteriores.

52 MARQUES, J. A. Garcia; MARTINS, A. G. Lourenço. *Direito da Informática*. Coimbra: Almedina/ Instituto Jurídico da Comunicação, 2000, p. 65.

suceder com a difusão das redes pelas quais circula a informação não poderá ser matéria indiferente ao direito da informática.

A segurança da informação é de fundamental importância em um mundo binário, onde não se conhece as pessoas com quem se está lidando, ou, acaso conhecidas, não se tem certeza se realmente é quem se acredita ser, nem se a informação é exatamente aquela que a pessoa afirmou ter enviado ao seu destinatário⁵³.

Logo, antes de qualificar a manifestação eletrônica dos indivíduos como juridicamente válida, o direito brasileiro, seguindo modelos internacionais de acreditação, criou todo um aparato *administrativo-estruturante*, com vistas a, justamente, poder equiparar as assinaturas eletrônicas às manuscritas. Afinal,

A confiança é um elemento central da vida em sociedade e, em sentido amplo, é a base da atuação/ação organizada (geordneten Handelns) do indivíduo. Segundo Niklas Luhman, em uma sociedade hipercomplexa como a nossa, quando os mecanismos de interação pessoal ou institucional, para assegurar a confiança básica na atuação, não são mais suficientes, pode aparecer uma generalizada “crise de confiança” na efetividade do próprio direito. Em outras palavras, o Direito encontra legitimidade justamente no proteger das expectativas legítimas e da confiança (Vertrauen) dos indivíduos!⁵⁴

Nesse específico contexto surge a ICP-Brasil.

A Infraestrutura de Chaves Públicas⁵⁵ Brasileira, ou ICP-Brasil, é o sistema nacional de certificação digital, instituído pela Medida Provisória nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001, com vigência diferida pela Emenda Constitucional nº 32/01⁵⁶, para garantir três atributos ao documento

53 “Na internet o indivíduo se pergunta: aquele que se apresenta como um banco, é um banco, a página que diz ser de uma companhia de turismo pertence realmente a ela? A rede dilui a potencialidade dos processos de identificação e de autoria”. LORENZETTI, Ricardo L. *Comércio Eletrônico*. São Paulo: RT, 2004, p. 46.

54 MARQUES, Claudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor*: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: RT, 2004, p. 31.

55 Literal tradução do inglês *Public-Key Infrastructure*, cujo acrônimo é “PKI”.

56 Verbis: Art. 2º As medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação desta emenda continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional.

emitido em forma originariamente eletrônica: autenticidade, integridade e validade jurídica.

Trata-se de infraestrutura integrada por uma Autoridade Gestora de Políticas (Comitê Gestor da ICP-Brasil), uma Autoridade Certificadora Raiz (Instituto Nacional de Tecnologia da Informação – ITI), as Autoridades Certificadoras (incluídas, aqui, as Certificadoras do Tempo), as Autoridades de Registro, as entidades que prestam serviços a essas autoridades (chamadas de Prestadores de Serviço de Suporte – PSS) e, logicamente, os usuários de todo o sistema, aqueles que se utilizam dos certificados digitais emitidos no âmbito da ICP-Brasil.

Percebe-se que na ICP-Brasil cada entidade possui seu quadrante de atuação previamente delimitado: o Comitê Gestor normatiza, o ITI executa, as Autoridades Certificadoras emitem os certificados e as Autoridades de Registro identificam os usuários. Em linhas bastantes gerais, é esse o modelo.

A finalidade da ICP-Brasil é conferir validade jurídica às manifestações eletrônicas, assunto pertinente ao direito civil, cuja competência legislativa privativa é da União (CF/88, art. 22, inc. I)⁵⁷, assim como também o é dispor sobre informática e telecomunicações (CF/88, art. 22, inc. IV).

A certificação digital ICP-Brasil encontra-se baseada em um binômio (autenticidade e integridade) que permite o atingimento de sua finalidade maior, sua entelêquia: a presunção legal de eficácia das manifestações eletrônicas (validade jurídica).

Ou, em poucas palavras: o documento assinado digitalmente presume-se verdadeiro em relação ao seu signatário. Nesse sentido, a M.P. 2.200-2/01:

Art. 1º Fica instituída a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, para garantir a autenticidade, a integridade e a validade jurídica de documentos em forma eletrônica, das aplicações de suporte e das aplicações habilitadas que utilizem certificados digitais, bem como a realização de transações eletrônicas seguras.

57 Não se pode perder de vista que a validade é um modelo deôntico que pressupõe pertinência a todo o território brasileiro (haja vista a incongruência de se considerar um documento válido em um Estado da Federação e inválido em outro, por exemplo).

Os profissionais do direito não podem permanecer à margem das revoluções que se vêm operando na informática, sendo renitentes em uma dogmática no mais das vezes desatualizada, de modo a permanecer egoisticamente confinados em suas autorreferências normativas. Daí que Miguel Rodriguez acentua:

No mundo jurídico, com a utilização dos modernos meios técnicos, o Direito adquirirá precisão e clareza, tanto em sua compreensão como em sua aplicação, e as novas tecnologias associadas ao computador mudarão os métodos e a estrutura do pensamento do jurista. Por isto, devemos nos adaptar a estes novos métodos de forma que retomemos os antigos problemas sob uma ótica diferente e adequemos nossa atividade jurídica ao desenvolvimento tecnológico.⁵⁸

E todos ganhamos com isso.

Ganho esse, diga-se de passagem, não meramente abstrato ou difuso, mas facilmente perceptível: justamente pela segurança proporcionada. O advogado, por exemplo, não teria que se dirigir presencialmente a um protocolo de Tribunal até as 18 horas do último dia do prazo. Poder peticionar confortavelmente em seu escritório, até a meia-noite, é, sem dúvida nenhuma, uma clara diminuição de custos. A extinção do “tempo morto” processual, de modo a atingir o mandamento constitucional da razoável duração do processo (art. 5º, inciso LXXVIII), é outro inegável benefício desse novo modelo, pois o processo não fica mais parado, em determinada gaveta, aguardando os despachos ordinatórios ou decisões: estará continuamente disponível para consulta e impulso.

E tudo para não falar do básico: redução de custos (tanto para as partes quanto para o Estado), benefícios ao meio ambiente natural, e, também, mas não apenas, da possibilidade por ora analisada: incrementar novas e reais possibilidades à democracia que vivemos. Afinal, a revolução tecnológica é um caminho inafastável para o ser humano e suas criações.

4 UM PARCIAL CONCEITO DE DEMOCRACIA ELETRÔNICA

A democracia, em qualquer de suas formas, não vale como um *valor-fim*, mas como um instrumento para a realização dos valores essenciais de

58 DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel. *Manual de Derecho Informático*. Barcelona: Aranzadi, 2001, p. 22.

convivência humana.⁵⁹ Longe, portanto, de se constituir como um conceito abstrato e imutável, é estabelecida por um processo de afirmação do poder político de um povo e de garantia dos direitos alcançados.

Hoje, conforme ressaltado ao longo do trabalho, o regime político-democrático brasileiro é representativo, com poucas concessões (ou mesmo quase nenhuma) à direta. Daí, talvez, por si só, seja uma hipérbole alcunhá-lo como uma democracia semidireta.

E não há como negar que a democracia representativa apresenta um problema ontológico ao ideário de participação popular na formação da vontade nacional: a manifestação é esporádica – via de regra, de quatro em quatro anos – e, mesmo após eleitos, os representantes não possuem vinculação ao prometido durante a campanha.

Entretanto, a difusão em escala geométrica da internet mundial permitiu a criação de um novo marco teórico: a democracia eletrônica (ou, em inglês: e-democracy), que vem a traduzir uma reanálise do modelo democrático sob as novas óticas da tecnologia da informação, na qual a rede se torna a sua ferramenta de incentivo e fomento.

Daí o surgimento de interessantes iniciativas no direito comparado, tais como a Demoex sueca ou mesmo a Listapartecipata italiana, que visam a, justamente, aproximar o eleitor das tomadas de decisões que digam respeito à coletividade, por meio de votações eletrônicas constantes que permitam ao eleitorado manifestar suas opiniões⁶⁰. O questionamento de Canotilho é instigante⁶¹:

O problema (ou problemas) que se coloca aqui é o de saber se, através das modernas técnicas de comunicação, se podem aperfeiçoar os esquemas tradicionais da democracia (sobretudo da democracia participativa) ou se está em causa a emergência de um novo esquema de decisão e formação da vontade política.

59 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 126.

60 No Brasil, podem ser citadas algumas iniciativas, um tanto quanto tímidas. Disponível em: <http://www.democraciadireta.org/pd_001.htm>; <<http://debrasil.webnode.com//>>.

61 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Lisboa, 2004, p. 1418-1419.

E esse é justamente o campo de abrangência da democracia eletrônica: otimizar, reanalisar – e não propriamente superar⁶² – o modelo democrático então vigente. Não visa a substituir a democracia representativa, que pressupõe requisitos específicos (simultaneidade de eleições em todo o país; obrigatoriedade de voto para determinada parcela da população; comparecimento pessoal em uma seção eleitoral; cabine indevassável; etc.), mas sim potencializar a participação popular no contexto da democracia semidireta, permitindo o seu aprimoramento global.

Nesse sentido, a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, vulgarmente denominada como “Marco Civil da Internet”, definiu-a como essencial ao exercício da cidadania (art. 2º, inc. II), assegurados, dentre outros, os direitos à privacidade (art. 3º, inc. II) e à preservação da natureza participativa da rede (art. 3º inc. VII).

A título exemplificativo, a *e-democracy* permite que o representante eleito possa se manifestar no parlamento (votações, discussões) ou mesmo no poder executivo⁶³ de acordo com os resultados de votações *online* efetuadas perante seu eleitorado.

Porém, não se pode negar que é na iniciativa popular que essa aproximação possui uma sinergia ótima de desempenho.

62 Ao menos por ora, pois, na Alemanha, por exemplo, se admite a votação por carta. Como a votação pela internet supera, em todos aspectos, essa modalidade de manifestação, nada impede que em um futuro não muito distante se conceba a votação eletrônica. Sobre o tema: “Nas cidades alemãs, 30% dos eleitores optam, hoje em dia, pelo voto postal – nos grandes centros urbanos, esse índice é ainda maior”, diz Norbert Kersting, cientista político da Universidade de Marburg. E a tendência de votar por carta é crescente. “Isso tem a ver com o aumento do individualismo e com o fato de querermos a participação política com mais facilidade”, explica Kersting em entrevista à Deutsche Welle sobre a popularidade deste procedimento. “O voto por carta foi introduzido na Suíça nos anos 1990. Hoje, o índice de adeptos do mecanismo nesse país chega a 90%”, completa o cientista político.” Disponível em: <<http://www.dw.com/pt/voto-por-carta-%C3%A9-cada-vez-mais-popular-na-alemanha/a-17090373>>. Acesso em: 26 jan. 2016.

63 Ver sobre o tema em: <<http://g1.globo.com/ceara/noticia/2016/01/verba-do-carnaval-sera-usada-para-combater-o-aedes-em-cidade-do-ce.html>>. Acesso em: 1º fev. 2016. Na importante notícia consta que a população do município de Maranguape, no estado do Ceará, decidiu, por meio de votação eletrônica, que a verba do Carnaval seja utilizada para o combate do inseto *Aedes Aegypti*. É, a bem da verdade, uma experiência inicial, sem os requisitos mínimos de segurança eletrônica em uma *e-democracy*, mas não deixa de ser um caso paradigmático das possibilidades hoje – e cada vez mais – existentes da participação popular na tomada de decisões de interesse coletivo.

Ora, se a democracia se traduz, em regra, em uma forma⁶⁴ por meio da qual o povo participa do poder, a certificação digital, aliada à rede mundial de computadores, representa um poderoso instrumento potencializador das demandas, unindo-se o prático (a internet), a segurança (os certificados digitais) e o reconhecimento jurídico (a validade).

São instrumentos conjugados que permitem a releitura da democracia e, por via de consequência, a restauração de sua legitimidade.

Nos estreitos lindes deste excerto, não se possui a pretensão de fornecer um marco teórico da democracia direta no contexto da *e-democracy*, mas, apenas, de sugerir uma nova forma que permita a efetivação da iniciativa popular em projetos de lei, conforme mandamento da própria Constituição Federal.

Seja no contexto do governo (como uma das possibilidades do e-gov⁶⁵, p. ex), por intermédio da sociedade civil organizada, ou mesmo no Portal da Câmara dos Deputados⁶⁶, a manifestação eletrônica da vontade do cidadão no sentido de apoiar determinado projeto de lei, assinada com certificado digital ICP-Brasil, possuirá, *ipso facto*, validade jurídica, pois

64 Daí as tradicionais classificações acerca do tema: direta, representativa e semidireta. Ver, nesse sentido: SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 136.

65 Encontra-se no próprio site do governo eletrônico a seguinte explicação: “O desenvolvimento de programas de Governo Eletrônico tem como princípio a utilização das modernas tecnologias de informação e comunicação (TICs) para democratizar o acesso à informação, ampliar discussões e dinamizar a prestação de serviços públicos com foco na eficiência e efetividade das funções governamentais. No Brasil, a política de Governo Eletrônico segue um conjunto de diretrizes que atuam em três frentes fundamentais: Junto ao cidadão; Na melhoria da sua própria gestão interna; Na integração com parceiros e fornecedores. O que se pretende com o Programa de Governo Eletrônico brasileiro é a transformação das relações do Governo com os cidadãos, empresas e também entre os órgãos do próprio governo de forma a aprimorar a qualidade dos serviços prestados; promover a interação com empresas e indústrias; e fortalecer a participação cidadã por meio do acesso à informação e a uma administração mais eficiente”. Disponível em: <<http://www.governoeletronico.gov.br/o-gov-br>>. Acesso em: 26 jan. 2016. Ver, ainda, sobre o tema, interessante estudo efetuado pela Organização das Nações Unidas – ONU, cujo subtítulo é, em tradução livre, “O E-Gov para o futuro que nós queremos”. Nesse estudo, destaca-se que a e-participação pode ser compreendida em três fases: a) e-informação, na qual o Estado figura como um fornecedor de informações; b) e-consulta, na qual o Estado solicita a participação do cidadão acerca de projetos públicos; e c) e-tomada-de-decisão, onde o Estado permite aos cidadãos que não apenas sugiram, mas principalmente sejam co-autores de projetos públicos. Disponível em: <https://publicadministration.un.org/egovkb/portals/egovkb/documents/un/2014-survey/e-gov-complete_survey-2014.pdf>. Acesso em: 1º fev. 2016.

66 E tão bem analisadas na dissertação de Mestrado apresentada por Max Stabile à Universidade de Brasília, em 2012, sob o Título: *Democracia Eletrônica Para Quem? Quem são, o que querem e como os cidadãos avaliam o portal da Câmara dos Deputados*. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/12096>>. Acesso em: 26 jan. 2016.

garantirá, com presunção legal, que aquela pessoa é realmente quem afirma ser, bem como que aquela informação é íntegra.

E, ao possuir validade, resolve-se o problema já citado outrora: nenhuma assinatura precisará ser conferida pela Câmara dos Deputados, haja vista que todas desde já serão autênticas em relação aos seus signatários.

Ademais, a solução proposta não necessita de qualquer lei autorizativa, uma vez que já existente o arcabouço normativo para tanto. Logo, os projetos de lei nº 7005/13 e 2024/2011, que se referem, todos, à inserção, na Lei 9.709/98, da possibilidade de assinaturas digitais nas iniciativas populares, não possuem razão de existir e são fruto de desconhecimento legislativo: a Medida Provisória nº 2.200-2/01, art. 10, § 1º⁶⁷, já equipara a assinatura eletrônica com certificação digital ICP-Brasil às assinaturas manuscritas.

Viu-se, entretanto, que não basta a assinatura, mas deve-se também verificar se o signatário é cidadão, isto é, detentor de direitos políticos⁶⁸. Do ponto de vista operacional, a situação é bastante simples: à certeza da autoria – obtida pela assinatura digital – basta contrapor a base de dados do Tribunal Superior Eleitoral, que contém todos os eleitores do Brasil, por meio de um simples *web service* binário: sim, caso o titular seja cadastrado na referida base; não, em caso negativo.

Ademais, o próprio certificado digital já pode conter o número do título de eleitor do seu titular. Tudo feito de maneira eletrônica, simples, fácil, rápida e segura: se hoje o tempo de coleta de assinaturas pode demorar meses – ou até anos – nada impede que, por meio eletrônico, o número seja obtido em questão de horas, ou mesmo minutos.

Retoma-se, de certa forma, o aforismo antropocêntrico, porque o homem volta a ser a medida de todas as coisas: a democracia eletrônica prescinde de filiação partidária, não se limita ao voto e permite uma iteração difusa e permanente na formação da vontade nacional.

67 M.P. 2.200-2/01, art. 10. [...] § 1º As declarações constantes dos documentos em forma eletrônica produzidos com a utilização de processo de certificação disponibilizado pela ICP-Brasil presumem-se verdadeiros em relação aos signatários, na forma do art. 131 da Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 – Código Civil.

68 *Os direitos políticos positivos são definidos como “[...] condições para o exercício da cidadania política, compreendendo, como núcleo fundamental, as prerrogativas de votar e ser votado.”* CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 809.

5 CONCLUSÃO

Nenhuma tecnologia de comunicação é fonte de causação social. Qualquer mudança no *status quo* nasce da indignação, nas contradições e nos conflitos presentes nas sociedades. Na década de 1990, por exemplo, quando sequer se gestava a ideia de popularização de uma rede sem fio que conectaria, *real time*, as pessoas, houve a coleta de assinaturas em número bastante para aprovar três projetos de lei.

O papel da tecnologia, porém, é evidente, ao potencializar a comunicação entre os partícipes de modo a otimizar os rearranjos sociais. A chave para seu sucesso, segundo Castells⁶⁹, não é o anonimato, haja vista que as redes são construídas justamente para se *estar-com-outrem*. E uma condição básica para estar com alguém é primeiro se identificar como alguém.

E aqui se insere a certificação digital ICP-Brasil, no contexto da rede mundial de computadores.

Desde o momento em que se permita ao cidadão, confortavelmente em seu lar ou em qualquer outro lugar que possua acesso à rede mundial, participar ativamente da vida política por meio de manifestações seguras, a aproximação entre o titular do poder e o seu exercício estará otimizada. Em importante passagem, Martini é incisivo:

Dessa forma, a criptografia é um ato político, pois empodera o ciber-cidadão, como já afirmou Zimmermann. Deveríamos nos acostumar a isso. Usar uma assinatura digital equivale, hoje, seguramente, a um ato de cidadania-eletrônica, já que o seu concurso ajuda na existência de uma comunicação sem perturbações e um uso público da razão.⁷⁰

A ciência jurídica pode – e deve – passar a funcionar como indutora no desenvolvimento da sociedade, no amplo contexto que a palavra desenvolvimento comporta: não apenas como sinônimo de crescimento econômico, mas, principalmente, como expressão de tutela integral da pessoa humana⁷¹, por reconhecê-la como início e fim de qualquer ordenação social que se pretenda legítima.

69 CASTELLS, Manuel de. *Redes de Indignação e Esperança: movimentos sociais na era da Internet*. Rio de Janeiro: Zahar, 2013, p. 180.

70 MARTINI, Renato da Silveira. *Tecnologia e Cidadania Digital: ensaio sobre tecnologia, sociedade e segurança*. Rio de Janeiro: Brasport, 2008, p. 102.

71 No mesmo sentido Eros Grau, *in verbis*: “O desenvolvimento supõe não apenas crescimento econômico, mas sobretudo elevação do nível cultural-intelectual comunitário e um processo, ativo, de mudança social. Daí porque

Já se possui uma infraestrutura nacional ótima de emissão de certificados digitais; os números indicam que o acesso à internet em domicílios chegou a 85,6 milhões de brasileiros, o equivalente a 49,4% da população, segundo indica pesquisa divulgada pelo IBGE⁷², então, a real pergunta que se deve fazer é: porque ainda (ainda) não foi adotada uma real forma de democracia eletrônica?

Basta a criação de um sítio eletrônico próprio para tanto e pequenas adequações regimentais.

Àqueles, por fim, que alegam que essa tese ora defendida seja elitista, diante do fato de o certificado digital custar “caro”, a contraposição é evidente: seja pelo número atual de certificados digitais de pessoas físicas já emitidos (que ultrapassa a marca de milhão e podem ser utilizados para quaisquer fins de direito, inclusive, e talvez principalmente, para as assinaturas digitais agora propostas), seja, mesmo, pelo novo registro de identidade civil – RIC, regulamentado pelo Decreto 7.166/10, que já possuirá, desde a sua emissão, o certificado digital ICP-Brasil, nada justifica que não haja desde logo a implementação do modelo ora proposto⁷³.

O cidadão do século XXI não pode simplesmente ser aquele de outrora, entendido como a pessoa física dotada de capacidade eleitoral. A cidadania é muito mais que isso. É opinar, sugerir, se indignar, enfim, participar e, principalmente, ser ouvido.

Algo que hoje não ocorre, mas que mesmo hoje já possuímos plenas condições de superar.

a noção de crescimento pode ser tomada apenas e tão somente como uma parcela da noção de desenvolvimento. O desenvolvimento, como já apontava Schumpeter (*Teoría del Desarrollo Económico*, tradução de Jesús Prados Ararte, Fondo de Cultura Económica, México, 1967, p. 74), se realiza no surgimento de fenômenos econômicos qualitativamente novos – isto é, de inovação – consequentes à adoção de novas fontes de matéria-prima, de novas formas de tecnologia, de novas formas de administração da produção, etc. Já o crescimento é demonstrado pelo incremento da população e da riqueza; implica apenas mudança dos dados quantitativos” GRAU, Eros Roberto. *Elementos de Direito Econômico*. São Paulo: RT, 1981, p. 54–55.

72 Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/pesquisas/pesquisa_resultados.php?id_pesquisa=40>. Acesso em: 26 jan. 2016.

73 Sugestão essa perfeitamente extensiva ao apoio mínimo necessário para a criação de partidos políticos, de acordo com o parágrafo 1º do artigo 7º da Lei dos Partidos Políticos (Lei nº 9.096/1995), que exige a assinatura comprovada de eleitores correspondentes a, pelo menos, 0,5% dos votos válidos dados na última eleição geral para a Câmara dos Deputados, distribuídos por um terço, ou mais, dos Estados, com um mínimo de um décimo por cento do eleitorado que haja votado em cada um deles.

REFERÊNCIAS

- ARISTÓTELES. *A Política*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fortes, 1991.
- BELL, Daniel. *O advento da sociedade pós-industrial*. São Paulo: Cultricolo, 1977.
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. São Paulo: Malheiros, 2004.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Lisboa, 2004.
- CASTELLS, Manuel de. *Redes de Indignação e Esperança: movimentos sociais na era da Internet*. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2012.
- DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel. *Manual de Derecho Informático*. Barcelona: Aranzadi, 2001.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2000.
- GRAU, Eros Roberto. *Elementos de Direito Econômico*. São Paulo: RT, 1981.
- LEMOES, Ronaldo. *Direito, Tecnologia e Cultura*. Licença Creative Commons, 2005.
- LORENZETTI, Ricardo L. *Comércio Eletrônico*. São Paulo: RT, 2004.
- MARQUES, Claudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico*. São Paulo: RT, 2004.
- MARQUES, J. A. Garcia; MARTINS, A. G. Lourenço. *Direito da Informática*. Coimbra: Almedina/Instituto Jurídico da Comunicação, 2000.
- MARTINI, Renato da Silveira. *Tecnologia e Cidadania Digital: ensaio sobre tecnologia, sociedade e segurança*. Rio de Janeiro: Brasport, 2008.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O Espírito das Leis*. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 2000.

REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1994.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2005.

WALD, Arnold. As Novas Tendências do Direito Administrativo. In: *O Direito Contemporâneo em Portugal e no Brasil*. Coimbra: Almedina, 2003.

WERTHEIN, Jorge. A Sociedade da Informação e seus desafios. *Revista da Ciência da Informática*, v. 29.

O INMETRO E A REDE BRASILEIRA DE METROLOGIA LEGAL E QUALIDADE: PECULIARIDADES E A PROBLEMÁTICA DO CONTINGENCIAMENTO FEDERAL SOBRE SUAS DESPESAS OBRIGATÓRIAS

THE INMETRO AND THE BRAZILIAN NETWORK OF LEGAL METROLOGY AND QUALITY: PECULIARITIES AND PROBLEMS OF FEDERAL CONTINGENCY ON THEIR COMPULSORY EXPENDITURE

Daniel Almeida de Oliveira

Procurador Federal

Subprocurador-Chefe Nacional do INMETRO

Mestre em Direito pela UERJ

Doutor em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-Rio

SUMÁRIO: 1 Estrutura e modo de atuação do INMETRO; 2 A confusão entre convênio comum e o convênio de delegação de competência e o contingenciamento de recursos de outros entes federativos Conclusão; 3 A impossibilidade de contingenciamento de despesa com pessoal e encargos sociais – a peculiaridade dos convênios com a REDE; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O INMETRO possui um desenho institucional, baseado em convênios de delegação de competência com institutos estaduais e municipais, cujo regramento é distinto daquele dos convênios comuns, que está fazendo com que despesas obrigatórias suas e de outros entes da federação (IPEMs – estados/municípios) estejam sendo contingenciadas pelo Governo Federal. Resultado, as ações de contingenciamento atuais do Governo Federal não têm apenas restringido a atuação do INMETRO, mas também dificultado o adimplemento de obrigações legais básicas, como despesa de “pessoal e encargos sociais”, e contingenciado, no fim, recursos destinados a adimplir créditos estaduais/municipais, relativos aos IPEMs (autarquias estaduais e municipais).

PALAVRAS-CHAVE: Direito Administrativo. Direito Financeiro. Convênio. INMETRO. Rede Metrológica Brasileira.

ABSTRACT: INMETRO has an institutional design, based on delegation of powers agreements with state and municipal institutions, whose ruling is distinct from that of the common collaboration agreements, which are making their and other entities (IPEMs - states/municipalities) mandatory spending are being contingent by the Federal Government. Result, current contingency actions of the Federal Government have not only restricted the activities of INMETRO, but also hindered the due performance of basic legal obligations, as expenses of “personal and social charges”, and impound in the end financial resources due to state/municipal (state and municipal’s IPEMs).

KEYWORDS: Administrative Law. Financial Law. Collaboration Agreements. INMETRO. Brazilian Metrological Network.

1 ESTRUTURA E MODO DE ATUAÇÃO DO INMETRO

A metrologia legal no Brasil era exercida de modo esparso e sem coordenação central. Apenas em 1961, com a criação do Instituto Nacional de Pesos e Medidas (INPM), um instituto federal, centralizou-se definitivamente a política metrológica no Brasil – coube ao INPM a aplicação e controle desta política.

Abaixo, faço um breve histórico, para demonstrar a razão do atual desenho institucional do INMETRO.

O início do controle metrológico no Brasil, com a sua inserção no contexto internacional da metrologia legal, data de 1862, com a promulgação da Lei Imperial nº 1.157. Ela fixa o sistema métrico decimal como o sistema de unidades a ser utilizado pelo império brasileiro. Ocorre, então, uma forte centralização das atividades metrológicas e a aplicação de penas severas para ilícitos, na área do comércio, que envolvessem pesos e medidas.¹ A lei estabelecia prazo de 10 (dez) anos para a adesão completa ao sistema métrico decimal. Em 1872, é editado o Decreto 5.089, prevendo as regras transitórias para o novo sistema e punições pelo seu descumprimento, que incluía prisão – de 5 a 10 dias, se primário, e de 10 a 15 dias, além de elevadas multas, em caso de reincidência. Para se ter uma dimensão do impacto da imposição feita, no fim do prazo para o cumprimento da nova legislação, fixado pelo imperador Dom Pedro II (1 de julho de 1873), houve a “revolta do quebra-quilo”.²

A abrangência nacional do controle metrológico foi também uma preocupação da legislação citada. Previu que, nos municípios onde não houvesse aferidores competentes, seria nomeado pelo *presidente do município* um dos *professores públicos* para exercer tal função.

A primeira tentativa de centralizar a atividade metrológica no país, contudo, ocorre somente em 1938, no Estado Novo de Getúlio Vargas, com o Decreto-Lei nº 592/1938. Esta norma criou o Instituto Nacional de Tecnologia – INT, que teria a competência, dentre outras, de proteção dos padrões primários. O controle do padrão metrológico em todo território nacional seria garantido pela previsão de *delegação* de competência do INT a no máximo um órgão metrológico estadual, por estado (Art. 17).

1 DIAS, J. L. M. *Normalização e qualidade: aspectos da história da metrologia no Brasil*. Rio de Janeiro. 1998, 292 p.

2 Ibidem.

Contudo, a atividade metrológica acaba ficando restrita basicamente ao estado de São Paulo e à cidade do Rio de Janeiro, pela carência de material e pessoal especializado para fazer as aferições metrológicas. Outro motivo do insucesso do instituto foi o fato de mesclar metrologia científica com metrologia legal, delegando também a responsabilidade pela atividade científica aos órgãos estaduais.

Visando corrigir a inoperância do INT, é criado o Instituto Nacional de Pesos e Medidas (INPM), em 1961, pela Lei nº 4.048/1961, assumindo as atividades de metrologia legal do INT – suas atribuições consistiam em executar, orientar, coordenar, supervisionar e fiscalizar as atividades de metrologia legal. Com as alterações feitas pelo Decreto-Lei nº 240/1967, permitiu-se a expansão do sistema de controle metrológico a todo país, por meio da delegação de competência a órgãos regionais, seja estadual, seja municipal. O arcabouço legal para expandir o serviço metrológico a todo o país é completado pela indicação do meio pelo qual a delegação de competência do INPM seria feita: convênio. Vale a pena citar o Decreto-Lei nº 200/1967, uma das normas centrais do Direito Administrativo brasileiro até hoje:

Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.

§ 1º A descentralização será posta em prática em três planos principais:

- a) dentro dos quadros da Administração Federal, distinguindo-se claramente o nível de direção do de execução;
- b) da Administração Federal para a das unidades federadas, quando estejam devidamente aparelhadas e mediante convênio;

Cumprir observar que este normativo ainda está em vigor. Portanto, o modelo de delegação de competência mantém a observância do art. 10 do Decreto-Lei 200/1967, recepcionado pela Constituição Federal de 1988. De modo que ela ainda é feita por meio de convênio entre o INMETRO e os institutos de pesos e medidas (IPEM) estaduais e municipais.

A expansão foi garantida, ainda, pelo financiamento do aparelhamento, manutenção e custeio dos serviços metrológicos, pelo Fundo de Metrologia – FUMET, criado especialmente para este fim, pelo Decreto-Lei nº 240/1967.

Como se vê, diante do histórico das atividades de metrologia no país e visando uma estrutura moderna, enxuta em nível federal, reservou-

se à União a atuação (e o ente) central da política metrológica (INPM), deixando a cobertura de todo o território nacional, com atividades de controle e serviços metrológicos, nas mãos de órgãos regionais, estaduais ou municipais (IPEMs). São criados, portanto, IPEMs por todo o país, como o de São Paulo, em 24 de abril de 1967 (Decreto nº 47.927/1967), e o da Bahia, em 7 de junho de 1968 (Lei estadual nº 2.547/1968). Curioso notar que o fato destes institutos regionais existirem é justamente a delegação de competência pelo ente central, de tal maneira que previu o Decreto constitutivo do IPEM/SP, em seu art. 4º: *“Este decreto entrará em vigor simultaneamente com o Ato em que se der a delegação de que trata o artigo 1º”*.

A função do INPM, que era basicamente a de realizar a guarda e a disseminação dos padrões metrológicos para subsidiar as aferições realizadas pelos órgãos delegados estaduais e municipais, foi vista como insuficiente já na década de 1970. O Governo Federal teve claro que a metrologia legal de um país era responsável pelo seu desenvolvimento social e tecnológico, visto que presente em todo processo industrial e comercial, bem como em atividades ligadas a segurança e saúde – pex., cronotacógrafos, materiais de referência para a realização de exames de sangue etc. Além disso, começaram a se intensificar a imposição de barreiras técnicas por normas e regulamentos da Europa e Estados Unidos, especialmente. A necessidade de desenvolvimento tecnológico da metrologia legal do Brasil era premente, devendo ser equiparada às mais desenvolvidas do mundo, para permitir a competição/venda dos produtos nacionais no exterior. Pensou-se, então, na criação do INMETRO. Atualmente, com o advento da Lei nº 12.545/2011, o INMETRO é não só um instituto de metrologia, mas também de qualidade (ou conformidade) de produto e serviços, de ensino e pesquisa (é também um Instituto de Ciência e Tecnologia – ICT) e de tecnologia e inovação. O instituto possui laboratórios e equipamentos iguais ou similares aos melhores do mundo, além de pessoal técnico reconhecido internacionalmente. Outra curiosidade: o Inmetro detém atribuição de produzir e alienar material de referência – objetos padrão que servem de base para a produção confiável de produtos de medição, do metro à substância para medir o colesterol no sangue, e recipientes em toda a indústria nacional –, em compasso com os institutos de peso e medidas dos demais países acreditados internacionalmente.

A criação do Sistema Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial e do INMETRO, pela Lei 5.966/1973 (Arts. 1º e 4º, respectivamente), buscou aprimorar o controle metrológico, mas, também, o seu desenvolvimento tecnológico. Seu desenho institucional seguiu a lógica até então adotado no país: um ente central federal controlando e

auxiliando os entes estaduais/municipais, a fim de cobrir todo o território nacional com as atividades metrológicas. Desse modo, o INMETRO ficou com um quadro mínimo, necessário para as ações centrais, exercendo suas funções de controle e serviços metrológicos preferencialmente por meio dos IPEMs (autarquias estaduais e municipais), utilizando-se de servidores estaduais/municipais. Por esse motivo, quando a sociedade e o mercado veem o INMETRO atuando, prestando serviço e atuando por infrações cometidas, eles estão vendo, na verdade, em geral, servidores estaduais/municipais dos IPEMs atuando por delegação de competência do INMETRO.

Em razão da autonomia dos Estados, alguns não aceitaram desempenhar (por delegação) as atribuições atualmente do INMETRO. Por isso, em algumas unidades da federação o INMETRO precisou atuar diretamente, como no Rio Grande do Sul e em Goiás, ou contar com a atuação de IPEM de localidade diversa daquela em que executada a atividade metrológica e de fiscalização da conformidade.

Essa estrutura e modo de ação são legais e legítimos. A lei autoriza a delegação de competência do INMETRO aos IPEMs, bem como prevê o convênio como sendo o instrumento legal a ser adotado (art. 4º, § 1º e § 2º, da Lei 9.933/99 c/c art. 10, § 1º, alínea “b”). Note-se que os IPEMs desempenham atribuições do órgão metrológico federal, via delegação de competência. O desenho institucional da rede metrológica, portanto, é resultado de negociação da União com os estados e municípios à época da criação do sistema nacional de metrologia. Sem a delegação de competência, os IPEMs não teriam, praticamente, razão para existir, como foi mostrado acima, uma vez que a competência para o desempenho das atividades de metrologia legal e da qualidade (Lei 5.966/73 e Lei 9.933/99) é federal, compete, atualmente, ao INMETRO.

Inicialmente, os IPEMs exerciam a sua competência delegada e arrecadavam diretamente os resultados deste seu exercício (serviços metrológicos e poder de polícia metrológica), repassando ao INMETRO o percentual que caberia a ele, nos termos do convênio firmado. Depois, visando um maior controle pelo ente central (INMETRO), a arrecadação com as atividades dos IPEMs (serviços metrológicos e poder de polícia metrológica), exercidas por delegação do INMETRO, passaram a ser recolhidas na conta única do Tesouro Nacional (por meio de GRU), sendo repassado ao INMETRO e este, posteriormente, repassaria a parte que cabia a cada IPEM. Daí o problema enfrentado hoje com o contingenciamento feito pelo Governo Federal.

O Governo Federal, por via indireta, está contingenciando os créditos que caberiam aos IPEMs (estaduais e municipais, portanto) – recursos acordados, previamente, a serem repassados aos IPEMs. E pior, créditos estaduais e municipais cujo recurso é destinado a despesas obrigatórias – gastos com pessoal e encargos sociais – que, como se sabe, é vedado por lei. Os entes estaduais e municipais ficam alijados, contudo, da possibilidade de acionarem legalmente o INMETRO, principalmente em razão da previsão, no convênio firmados com eles, de que os repasses ocorrerão mediante disponibilidade orçamentária do INMETRO.

O IPEM da Bahia, por exemplo, já formalizou sua intenção de interromper suas atividades, devolvendo a competência prevista nas Lei 5.966/73 e 9.933/99 ao INMETRO. Como a competência é federal, a responsabilidade pela manutenção dessas atividades, que são essenciais, não passíveis de interrupção, é da União/INMETRO, não dos estados e municípios, como já dito.

2 A CONFUSÃO ENTRE CONVÊNIO COMUM E O CONVÊNIO DE DELEGAÇÃO DE COMPETÊNCIA E O CONTINGENCIAMENTO DE RECURSOS DE OUTROS ENTES FEDERATIVOS

Como se sabe, os entes federados, aí incluídos os estados, os municípios e suas autarquias, possuem autonomia política, tributária, orçamentária e financeira, nos termos do art. 18 da Constituição Federal. Cada um possui suas competências e fonte de recursos previstos na Constituição Federal, complementada pela legislação infraconstitucional e acordos (contratos, convênios etc.) que entre si celebram.

Os convênios da Rede Metrológica Brasileira – REDE delegam competência aos estados/municípios (IPEMs), legitimam a arrecadação pelos IPEMs de recursos em razão do exercício desta competência e preveem o percentual da arrecadação que cabe aos IPEMs e ao INMETRO – a grande parte dos recursos fica com os IPEMs, uma vez que usam pessoal e estrutura própria no desempenho da atividade de metrologia legal e serviços afins e na arrecadação, cabendo ao INMETRO a supervisão e auxílio, além de atuação pontual, como a cobrança judicial dos valores devidos a título de multa e taxas, nestas atividades.

Dito de outro modo, no caso específico do INMETRO (autarquia federal) e dos IPEMs (autarquias estaduais/municipais), há um convênio em que há delegação de competência aos IPEMs e, consequentemente, uma delegação para a arrecadação dos recursos derivados destas atividades

(serviço e poder de polícia). Nestes convênios está previsto que um percentual da arrecadação feita via IPEMs e demais integrantes da REDE (por GRU) será destinada ao INMETRO e aos IPEMs. Para fins de controle, e em virtude de a competência originária e as taxas relativas ao serviço/poder de polícia metrológico ser federal, toda a arrecadação é feita por meio de GRU, indo inicialmente para a conta única do Tesouro. Daí o problema gerado pelo contingenciamento do Governo Federal.

Quando se delega uma atividade, fica delegada, também, o meio de custear essa atividade. Delegada a polícia metrológica aos IPEMs, passam eles a poderem arrecadar as multas decorrentes desta delegação. Delegados os serviços metrológicos aos IPEMs, passam eles a poderem arrecadar as taxas e preços públicos decorrentes. Nos convênios em que essas atividades são delegadas, consta o percentual dos recursos arrecadados pelos IPEMs que caberia ao INMETRO e aos IPEMs. Ocorre que, pela sistemática permitida pela lei e adotada pelo INMETRO, todos os valores acima são recolhidos por meio de GRU, indo, primeiro, para a conta única da União. Só depois esses recursos são enviados ao INMETRO e, posteriormente, este repassa a parte que cabe aos IPEMs.

Infelizmente, o sistema de contingenciamento promovido pelo Governo Federal não é capaz, atualmente, de detectar a especificidade do caso do INMETRO, tratando os convênios da Rede Metrológica Brasileira - REDE como se fossem um convênio normal de repasse de recursos federais ou um contrato de prestação de serviço. E não são. São convênios de delegação de competência com receita compartilhada.

É comum confundirem o convênio firmado pelo INMETRO com os IPEMs (Decreto-Lei 200/67, art. 10) como sendo o convênio comum, em que se exige o comprometimento de recursos por todos os convenientes, atualmente regulamentado pela Portaria Interministerial CGU/MF/MP nº 507/2011. Esta norma, inclusive, afirma textualmente que não é aplicável aos convênios de delegação de competência. Veja:

Art. 2º Não se aplicam as exigências desta Portaria:

I - aos convênios:

[...]

d) que tenham por objeto a delegação de competência ou a autorização a órgãos ou entidades de outras esferas de governo para a execução de

atribuições determinadas em lei, regulamento ou regimento interno, com geração de receita compartilhada; e

[...]

Não obstante a clareza da norma acima, não é rara a impugnação do convênio com a REDE por parte de órgãos de controle, que o confundem com o convênio comum. Não raro exigem o empenho financeiro do conveniente (IPEMs) e cadastro do convênio no SICONV. Um maior controle, especialmente por meio eletrônico, é salutar. Mas diante da peculiaridade do convênio com a REDE (convênio de delegação de competência), não seria exigível aporte financeiro por parte do conveniente no convênio, uma vez que os recursos advirão justamente da atividade delegada, bem como o preenchimento das exigências contidas no SICONV.

Talvez a principal causa seja o tratamento do tema convênio feito por livros e artigos especializados de Direito. Geralmente, nestes textos, é firmada apenas uma definição de convênio, dando a impressão de que haveria apenas um tipo de convênio ou, se mais de um, todos com requisitos iguais ou semelhantes. De maneira que o estudante e o profissional do Direito acabam ficando com apenas uma ideia de convênio, atrelando a esta figura os requisitos gerais para a confecção de todas as suas espécies, tendo dificuldade em identificar um convênio de delegação de competência e suas nuances específicas.

Os convênios da Rede Metrológica Brasileira - REDE possuem ao menos três peculiaridades, que os distinguem dos convênios comuns: (i) envolvem “repasses”, pela União, de recursos de créditos auferidos mediante atividade estadual/municipal (trata-se, na verdade, de repasse de recursos, pela União, aos estados/municípios, semelhante ao valor devido ao contratado após prestar um serviço ao INMETRO), o percentual da arrecadação previsto para serem repassados aos IPEMs seria um crédito estadual/municipal; (ii) contabilizam gastos com pessoal e encargos sociais públicos (servidores do IPEM) e; (iii) preveem “repasses” de serviço/atividade já executado e estrutura já existente, não custeiam, apenas, atividade futura, tendo em vista que compreendem percentual de multas aplicadas pelos IPEMs e de recolhimento, por GRU, de pagamentos por serviços prestados pelos IPEMs aos agentes econômicos.

Para exemplificar, o agente econômico recolhe a taxa metrológica (GRU), o IPEM presta o serviço. O recurso vai para a conta única do Tesouro Nacional, que contingencia o valor. O INMETRO fica sem recursos

suficientes para repassar aos IPEMs, na forma acordada nos convênios da REDE, que não conseguem adimplir suas despesas obrigatórias, como pessoal e encargos sociais, ou, para fazê-lo, deixam de desempenhar atividades metrológicas essenciais.

Não teria como ser diferente, caso mantida a sistemática de ter uma conta única (federal) para todo o valor arrecadado e um controle central das atividades e gastos das atividades metrológicas em todo o território nacional, necessário para se definir um percentual justo de distribuição dos recursos arrecadados pelos IPEMs via GRU – entre os IPEMs e entre os IPEMs e o INMETRO – e para se verificar o adimplemento do convênio pelos IPEMs.

O percentual da arrecadação prevista no convênio fixado como sendo dos IPEMs deve ser visto, na pior das hipóteses (pelo ângulo dos entes estaduais/municipais), como uma contraprestação do INMETRO pelo serviço prestado pelos IPEMs. É crédito devido aos IPEMs. Não devem ser contingenciados pela União. O que se poderia fazer é uma repactuação dos convênios, diminuindo a parte que caberia aos IPEMs, mas nunca contingenciar a parte que cabe aos IPEMs, de modo a constranger até mesmo o pagamento de despesas obrigatórias. Numa comparação mais simples, seria como, num contrato de vigilância, após a prestação do serviço pela contratada pelo INMETRO, a União fazer contingenciamento do valor do pagamento, recebendo a contratada, por exemplo, apenas 70% (setenta por cento) do valor que lhe era devido e continuar exigindo o cumprimento do contrato pela contratada. Não é difícil enxergar o locupletamento ilícito da União, que, para fazer caixa, simplesmente ficou com o dinheiro da empresa contratada.

Não seria possível argumentar nem mesmo que o contingenciamento é feito no repasse global feito ao INMETRO e que, portanto, não estaria a União, especificamente, ficando com recursos que caberiam aos IPEMs, devendo ao INMETRO retirar de seu orçamento diminuto o valor devido aos IPEMs. Isto porque o valor devido aos IPEMs, na verdade os recursos da REDE, é a maior parte da receita do INMETRO, o orçamento do INMETRO. A parte que cabe aos IPEMs corresponde a mais de 70% (setenta por cento) do orçamento do INMETRO (Fonte: DIRAF/INMETRO).

Nem se o instituto quisesse, conseguiria adimplir inteiramente o pactuado com a REDE tendo seus recursos contingenciados pela União. Ou seja, ainda que o contingenciamento sobre o orçamento do INMETRO fosse pequeno (e não é), dificilmente não irá atingir gravemente os recursos que

caberiam os IPEMs. Sendo elevado este contingenciamento, o INMETRO não consegue repassar aos IPEMs nem mesmo os recursos necessários para as suas despesas obrigatórias.

3 A IMPOSSIBILIDADE DE CONTINGENCIAMENTO DE DESPESA COM PESSOAL E ENCARGOS SOCIAIS – A PECULIARIDADE DOS CONVÊNIOS COM A REDE

Não há dúvida de que o Governo Federal não pode contingenciar as despesas obrigatórias. Dentre elas as despesas com “pessoal e encargos sociais”, nos termos do item 26 do Anexo III da LDO/2015.

Entretanto, diante da especificidade do caso do INMETRO, que desempenha a maior parte das suas atividades presenciais junto à sociedade por meio de convênios de delegação de competência com receita compartilhada com os IPEMs, o Governo Federal tem contingenciado despesas obrigatórias do INMETRO/IPEMs.

Os convênios da REDE dificultam a percepção imediata de se tratar de repasse ou adimplemento de créditos estaduais/municipais (receita compartilhada) – o percentual da arrecadação cabível ao IPEM por força do convênio seria um crédito estadual/municipal e não, propriamente, repasse de recursos federais a autarquia estadual/municipal. Repasse de recurso ou adimplemento de obrigação, inclusive, de serviço/atividade já prestado (pelos IPEMs) e não de serviço/atividade a ser desempenhado, apenas.

Os convênios da REDE dificultam também que se perceba de plano que os valores ali tratados, na maioria absoluta dos casos, constituam a totalidade ou a quase totalidade dos recursos dos IPEMs, inclusive para o pagamento dos seus servidores (estaduais/municipais). Correspondem de 95% (noventa e cinco por cento) a 100% (cem por cento) do orçamento (das receitas) dos IPEMs (Fonte: CORED/INMETRO).

Deve-se observar que, não fosse o desenho de atuação escolhido para a REDE, as atividades metrológicas de campo seriam desempenhadas por servidores federais (do INMETRO), não por servidores estaduais/municipais dos IPEMs. Neste caso, o contingenciamento não atingiria os gastos com pessoal e encargos sociais, uma vez que seriam automaticamente detectados pelo Tesouro Nacional.

A situação do INMETRO (e dos IPEMs), diante do contingenciamento do Governo Federal atual, portanto, pode tornar insustentável as atividades

de fiscalização e de serviços metrológicos. A disfunção apontada tem gerado outras, como o custeamento parcial dos servidores de alguns estados diretamente pelos próprios estados – verificando a imprescindibilidade das atividades e a inconsistência no repasse dos recursos aos IPEMs pelo INMETRO, alguns estados têm se sensibilizado e destinado parcela do orçamento próprio para custear o seu IPEM, não obstante o IPEM ser autossustentável e haver recursos suficientes para o seu custeio. Veja-se: no fim, o Governo Federal está se locupletando de recurso que caberiam ao IPEM, ao contingenciar recurso do INMETRO (incluindo o convênio da REDE) sem respeitar o percentual que caberia aos IPEMs, que acaba tendo que ser desembolsado pelo Estado a que o IPEM está vinculado, a fim de que a despesa obrigatória (pessoal e encargos sociais) seja adimplida. Ou seja, o Estado paga duas vezes ao servidor do IPEM, por ação do Governo Federal.

Desse modo, o Governo Federal está contingenciando despesa obrigatória (despesas com “pessoal e encargos sociais” públicos), por via transversa, penalizando sobremaneira a REDE.

4 CONCLUSÃO

A atual sistemática de atuação do INMETRO, em que suas atividades de campo (serviços e poder de polícia metrológicos) são desempenhadas por autarquias estaduais e municipais (IPEMs) e cuja arrecadação é dirigida à conta única do Tesouro Nacional para posterior repasse aos IPEMs pelo INMETRO – que retém a parte que lhe cabe, conforme previsto no convênio – tem gerado um contingenciamento ao INMETRO em muito superior ao que foi fixado pelo Governo Federal e uma apropriação indevida de créditos estaduais/municipais pelo Tesouro Nacional (previstas em convênio de delegação de competência com receita compartilhada, entre INMETRO e IPEMs).

O caso do INMETRO é peculiar. Deve ser tratado de forma especial pelo Governo Federal. Não para que o contingenciamento financeiro do INMETRO seja menor do que o dos demais entes federais, mas para que deixe de ser em muito superior aos destes e para que recursos devidos a estados e municípios não sejam apropriados pelo Tesouro Nacional – o que acaba ocorrendo, uma vez que o INMETRO não tem como, *a posteriori*, repactuar os convênios no montante do contingenciamento fixado pelo Governo Federal, nem predizer em quanto será o contingenciamento que virá e, pior, simplesmente dispensar as atividades metrológicas de campo, uma vez que obrigatórias, essenciais.

Este último ponto é especialmente relevante: no convênio está fixado o percentual da arrecadação efetuada pelo IPEM, em razão da atividade delegada que exerce (serviços e poder de polícia), que cabe a cada um dos partícipes (INMETRO e IPEM). Ao contingenciar linearmente os recursos do INMETRO, o Tesouro acaba por, indiretamente, alterar o convênio firmado entre o INMETRO e os IPEMs, diminuindo drasticamente o percentual de recursos que caberia aos IPEMs – por atividades já desempenhadas –, e se apropriar de recurso referente a crédito estadual/municipal, indevidamente, além de contingenciar, de maneira indireta, despesa obrigatória (gastos com pessoal e encargos sociais dos IPEMs).

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição/Constituição.htm>. Acesso em: 15 mar 2016.

_____. Lei Imperial nº 1.157/1862.

_____. Decreto Imperial nº 5.089/1872.

_____. Decreto-Lei nº 592/1938.

_____. Lei nº 4.048/1961.

_____. Decreto-Lei nº 240/1967.

_____. Decreto-Lei nº 200/1967.

_____. Estado de São Paulo. Decreto nº 47.927/1967.

_____. Estado da Bahia. Lei estadual nº 2.547/1968.

_____. Lei 5.966/73.

_____. Lei 9.933/99.

_____. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inc. XXI, da CF, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 17 mar 2016.

_____. *Decreto 6.170, de 25 de julho de 2007*. Dispõe sobre as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6170.htm>. Acesso em: 17 out 2015.

_____. *Decreto 93.872, de 23 de dezembro de 1986*. Dispõe sobre a unificação dos recursos de caixa do Tesouro Nacional, atualiza e consolida a legislação pertinente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d93872.htm>. Acesso em: 17 abr 2016.

_____. Secretaria do Tesouro Nacional. *Instrução Normativa nº 01, de 15 de janeiro de 1997*. Disciplina a celebração de convênios de natureza financeira que tenham por objeto a execução de projetos ou realização de eventos e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 31 jan. 1997. Seção I, p. 1887. Cf. também a Instrução Normativa nº 03/03, que deu nova reação ao art. 27 da IN nº 01/1997.

_____. Supremo Tribunal Federal. *MS 21.644/DF*. Rel. Min. Néri da Silveira, julgamento: 4/11/1993, Tribunal pleno, D.J. de 8/11/1993, p. 43.204.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 27/2004 - Segunda Câmara. Ministro Relator: Ubiratan Aguiar. Sessão: 22 jan 2004. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 30 jan 2004. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 18 abr 2016.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1.542/2008-Plenário. Ministro Relator: Augusto Sherman Cavalcanti. Sessão: 6 ago 2008. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 8 ago 2008. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 18 abr 2016.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 875/2007-Segunda Câmara. Ministro Relator: Augusto Sherman Cavalcanti. Sessão: 24 abr 2007. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 26 abr 2007. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 18 abr 2016.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2.569/2010-Plenário. Ministro Relator: Marcos Bemquerer. Sessão: 18 maio 2010. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 21 mai 2010. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 18 abr 2016.

_____. *Lei nº 12.545/2011*.

_____. LDO/2015.

COUTO, Anderson Rubens de Oliveira et all. *A contratação na Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Administrativo*. Revisada e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

DIAS, J. L. M. *Normalização e qualidade: aspectos da história da metrologia no Brasil*. Rio de Janeiro: 1998.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo*. 13. ed. revista, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.



PADRONIZAÇÃO DE ASPECTOS DA NOVAÇÃO DAS OBRIGAÇÕES ASSUMIDAS PELOS BOLSISTAS DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU DO CNPQ NO EXTERIOR

***STANDARDIZATION OF THE ASPECTS OF NOVATION OF THE
OBLIGATIONS ASSUMED BY GRADUATE FELLOWS SENSU CNPQ
ABROAD***

José Tavares dos Santos

*Procurador Federal, lotado na Procuradoria Federal junto ao CNPq - Conselho
Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico, fundação pública vinculada
ao Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações – MCTIC*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Da natureza contratual e da legitimidade de estipulação da obrigação originária; 2 Da Prescrição; 3 Do critério objetivo para a novação; 4 Da oportunidade para propor a novação; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: A prerrogativa para, invocando estipulação legal expressa ou contando com a aquiescência da outra parte, modificar as condições do contrato é, em regra, consectário natural do exercício da capacidade para contratar. Tendo a Administração maiores restrições que o particular para firmar contratos, deduz-se que a substituição de obrigações pelo gestor público seja praticamente inviável. As agências federais de fomento possuem, entretanto, disciplinamento para a novação da obrigação de retorno e permanência temporária no Brasil pelos seus ex-bolsistas de mestrado e doutorado no exterior. Aqui serão abordados os critérios para esta peculiar novação.

PALAVRAS-CHAVE: Novação. Bolsa de Estudo. Titulação no Exterior. Pós-Graduação. Doutorado. Mestrado.

ABSTRACT: The prerogative for invoking express legal stipulation or counting on the acquiescence of the other party, modify the conditions of the contract is, as a rule, natural prerogative the exercise of capacity to contract. Having the largest administration restrictions that particular to firm contracts', it follows that the substitution of obligations by the public manager is almost impossible. Federal funding agencies have, however, disciplining for the novation of the obligation of return and temporary stay in Brazil for its alumni of master's and doctorate abroad. Here the criteria for this peculiar novation will be addressed.

KEYWORDS: Novation. Scholarship. Titration Abroad. Postgraduate Studies. Doctorate Degree. Master.

INTRODUÇÃO

Elucidam os artigos 360 usque 367 do Código Civil, Lei nº 10.460, de 10 de janeiro de 2002¹ que a novação é modalidade de alteração contratual que opera a substituição da obrigação vigente ou do responsável pelo seu adimplemento, ou, ainda, ambos, extinguindo, de regra, os acessórios e garantias da dívida. Daí se depreende que a utilização do instituto nos pactos envolvendo a Administração e o particular seja bastante restrita, considerando que, embora a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 contemple a aplicação subsidiária dos princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado aos contratos administrativos (art. 54), assevera a vinculação às condições postas no edital de licitação ou no ato que a dispensou ou declarou sua inexigibilidade, bem como nas condições da proposta da Administração, além de enumerar as hipóteses motivadoras das modificações contratuais e lhes definir os limites, sem cogitar a mudança do objeto (Art. 65)².

1 Art. 360. Dá-se a novação:

I - quando o devedor contrai com o credor nova dívida para extinguir e substituir a anterior;

II - quando novo devedor sucede ao antigo, ficando este quite com o credor;

III - quando, em virtude de obrigação nova, outro credor é substituído ao antigo, ficando o devedor quite com este.

Art. 361. Não havendo ânimo de novar, expresso ou tácito mas inequívoco, a segunda obrigação confirma simplesmente a primeira.

Art. 362. A novação por substituição do devedor pode ser efetuada independentemente de consentimento deste.

Art. 363. Se o novo devedor for insolvente, não tem o credor, que o aceitou, ação regressiva contra o primeiro, salvo se este obteve por má-fé a substituição.

Art. 364. A novação extingue os acessórios e garantias da dívida, sempre que não houver estipulação em contrário. Não aproveitará, contudo, ao credor ressaltar o penhor, a hipoteca ou a anticrese, se os bens dados em garantia pertencerem a terceiro que não foi parte na novação.

Art. 365. Operada a novação entre o credor e um dos devedores solidários, somente sobre os bens do que contrair a nova obrigação subsistem as preferências e garantias do crédito novado. Os outros devedores solidários ficam por esse fato exonerados.

Art. 366. Importa exoneração do fiador a novação feita sem seu consentimento com o devedor principal.

Art. 367. Salvo as obrigações simplesmente anuláveis, não podem ser objeto de novação obrigações nulas ou extintas.

2 Seção III

Da Alteração dos Contratos

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

I - unilateralmente pela Administração:

a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;

b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei;

II - por acordo das partes:

a) quando conveniente a substituição da garantia de execução;

Este quadro de estreita aplicabilidade tem repercutido, com proporcionalidade direta, no interesse que o estudo do tema desperta nos Advogados Públicos. Não obstante, no âmbito da Ciência, Tecnologia e Inovação viceja uma forma peculiar de novação, derivada da *verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários*, à qual alude o artigo 55, Inciso II, alínea “b”, da Lei de licitações, em que pese a modificação do pacto não esteja cingida ao *regime de execução da obra ou serviço*, expressamente contemplado pela Lei.

O propósito deste texto é compartilhar a prática que vem sendo adotada nas entidades federais de fomento à pós-graduação *stricto sensu* no exterior, particularmente no CNPq, e incitar ao debate sobre a legalidade da novação das obrigações de ex-bolsistas de doutorado e mestrado, com vistas à oferta de alternativas para, se for o caso, o aprimoramento do procedimento aos gestores públicos.

Nesta perspectiva, a compatibilidade das obrigações impostas aos bolsistas com a natureza alimentar das bolsas de estudo, inerente à sua destinação, bem como o seu caráter de doação, reconhecido para fins de isenção tributária, pelo artigo 26, da Lei no 9.250 de 26 de dezembro

b) quando necessária a modificação do regime de execução da obra ou serviço, bem como do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários;

c) quando necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado, vedada a antecipação do pagamento, com relação ao cronograma financeiro fixado, sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço;

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.

§ 2º Nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder os limites estabelecidos no parágrafo anterior, salvo: (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

I - (VETADO) (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

II - as supressões resultantes de acordo celebrado entre os contratantes. (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

§ 3º Se no contrato não houverem sido contemplados preços unitários para obras ou serviços, esses serão fixados mediante acordo entre as partes, respeitados os limites estabelecidos no § 1º deste artigo.

§ 4º No caso de supressão de obras, bens ou serviços, se o contratado já houver adquirido os materiais e posto no local dos trabalhos, estes deverão ser pagos pela Administração pelos custos de aquisição regularmente comprovados e monetariamente corrigidos, podendo caber indenização por outros danos eventualmente decorrentes da supressão, desde que regularmente comprovados.

§ 5º Quaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso.

§ 6º Em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial.

§ 7º (VETADO)

§ 8º A variação do valor contratual para fazer face ao reajuste de preços previsto no próprio contrato, as atualizações, compensações ou penalizações financeiras decorrentes das condições de pagamento nele previstas, bem como o empenho de dotações orçamentárias suplementares até o limite do seu valor corrigido, não caracterizam alteração do mesmo, podendo ser registrados por simples apostila, dispensando a celebração de aditamento.

de 1995³, e reafirmado expressamente no § 4º, do artigo 9º, da Lei de Inovação⁴, a Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004, recentemente reformulada pela Lei nº 13.243, de 11 de janeiro de 2016, não será objeto de contestação nesta abordagem. O pressuposto da novação das obrigações do ex-bolsista no exterior, em harmonia com a prescrição do art. 367, do Código Civil, é que a obrigação de retornar ao Brasil e permanecer no país por prazo não inferior ao de duração da bolsa que lhe foi concedida, estipulado no Termo de Compromisso, ou documento análogo, esteja revestida de certeza e liquidez.

Se submete, portanto, à validação jurídica, a legitimidade da uniformização de critérios objetivos de admissibilidade, negociação e formalização do pacto, enfim, a padronização possível, vez que a excepcionalidade da substituição obrigacional, a diversidade das Áreas, a amplitude e a imprevisibilidade da descoberta científica e da inovação tecnológica delineiam um quadro de atributos não padronizáveis, de difícil aferição em parâmetros financeiros, especialmente monetários e, no qual é preponderante a avaliação técnica altamente especializada, reservando-se estreita faixa de atuação à Advocacia Pública.

1 DA NATUREZA CONTRATUAL E DA LEGITIMIDADE DE ESTIPULAÇÃO DA OBRIGAÇÃO ORIGINÁRIA.

Com o propósito de simplificar a rotina de concessão de bolsas no exterior, suprimindo-se a assinatura do representante do CNPq e das testemunhas no ato firmado pelo bolsista selecionado, foi negada na entidade, em passado recente, a natureza contratual das obrigações assumidas pelos pós-graduandos no exterior. Sustentou-se que *a concessão de bolsa ou auxílio consistiria em ato administrativo unilateral declaratório*, na dicção do Parecer nº 0031/2011/FJ/PROJUR/CNPq, especialmente em

3 Art. 26. Ficam isentas do imposto de renda as bolsas de estudo e de pesquisa caracterizadas como doação, quando recebidas exclusivamente para proceder a estudos ou pesquisas e desde que os resultados dessas atividades não representem vantagem para o doador, nem importem contraprestação de serviços.

Parágrafo único. Não caracterizam contraprestação de serviços nem vantagem para o doador, para efeito da isenção referida no caput, as bolsas de estudo recebidas pelos médicos residentes, nem as bolsas recebidas pelos servidores das redes públicas de educação profissional, científica e tecnológica que participem das atividades do Pronatec, nos termos do § 1º do art. 9º da Lei nº 12.513, de 26 de outubro de 2011. (Redação dada pela Lei nº 12.816, de 2013)

4 § 4º A bolsa concedida nos termos deste artigo caracteriza-se como doação, não configura vínculo empregatício, não caracteriza contraprestação de serviços nem vantagem para o doador, para efeitos do disposto no art. 26 da Lei nº 9.250, de 26 de dezembro de 1995, e não integra a base de cálculo da contribuição previdenciária, aplicando-se o disposto neste parágrafo a fato pretérito, como previsto no inciso I do art. 106 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. (Incluído pela Lei nº 13.243, de 2016).

seu tópico 13⁵. O aludido Parecer recomendou que fossem renomeados os termos de concessão e aceitação, para termos de concessão, firmados apenas pelo beneficiário da bolsa ou auxílio. A denominação adotada findou por demonstrar incongruência, pois, a concessão não é procedida pelo beneficiário, que se situa no outro polo da relação.

Não parece preponderante para explicitar a natureza do ato a aposição de assinaturas em um único documento. As manifestações de vontade podem validamente ser apresentadas em documentos diversos, sem prejuízo para a produção dos esperados efeitos jurídicos. No caso, se não poderia cogitar de uma alteração contratual se não preexistisse um contrato, embora, sem amparo em disposição específica nas normas de Direito Público.

Ora, quando há regras padronizadas, reservando à outra parte somente a possibilidade de aceitar o pacto sem debate das condições, tem-se o contrato de adesão, ao qual se referem os artigos 423 e 424, do Código Civil, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. A aceitação expressa por assinatura em termo firmado apenas pelo beneficiário não acarreta, contudo, a perda da natureza contratual.

Lembra-se que a Constituição Federal consagra entre os direitos individuais que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5º, inciso II) e não há Lei criando a obrigação de restrição temporária ao direito de ir e vir cominada aos pesquisadores, limitando o direito insculpido no inciso XV, do mesmo artigo constitucional. Tampouco há autorização legal expressa para que as agências de fomento a estipulem.

Não supre a comentada falta de estipulação a disposição encontrada no artigo 95, § 2º, da Lei nº 8.112, de 11/12/1990, o Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Federais. Ali se cuida de relação funcional, não extensível aos acadêmicos e pesquisadores não sujeitos ao RJU. Registre-se, ainda, que as bolsas de estudo não integram a remuneração, não sendo listada entre as indenizações abordadas pelo artigo 51, da referida Lei. Dispõe o artigo 95, de modo que o crédito da bolsa de estudo não parece compreendido na *despesa havida com o afastamento* e consequente ressarcimento:

5 13. São nesses instrumentos que se explicitam os compromissos do Estado. A concessão de auxílio ou bolsa é, pois, manifestação unilateral da Administração sujeita apenas à concordância do beneficiário quanto às regras constitucionais de prestar contas e demais exigências constantes dos dispositivos normativos do CNPq.

Do Afastamento para Estudo ou Missão no Exterior

Art. 95. O servidor não poderá ausentar-se do País para estudo ou missão oficial, sem autorização do Presidente da República, Presidente dos Órgãos do Poder Legislativo e Presidente do Supremo Tribunal Federal.

§ 1º A ausência não excederá a 4 (quatro) anos, e finda a missão ou estudo, somente decorrido igual período, será permitida nova ausência.

§ 2º Ao servidor beneficiado pelo disposto neste artigo não será concedida exoneração ou licença para tratar de interesse particular antes de decorrido período igual ao do afastamento, ressalvada a hipótese de ressarcimento da despesa havida com seu afastamento.

§ 3º O disposto neste artigo não se aplica aos servidores da carreira diplomática.

§ 4º As hipóteses, condições e formas para a autorização de que trata este artigo, inclusive no que se refere à remuneração do servidor, serão disciplinadas em regulamento. (Incluído pela Lei nº 9.527, de 10/12/97)

À minguada de Lei, comporta questionamento a legitimação do CNPq para baixar ato administrativo unilateral impondo restrição tão severa ao cidadão, a despeito do nobre propósito de trazer à sociedade a compensação pelo investimento feito no estudo ou pesquisa. Necessário se faz o consentimento, partindo da premissa que o contrato faz lei entre as partes, em que pese, o risco de interpretação favorável ao aderente, em caso de debate judicial.

Esta linha de pensamento se opõe à mudança de denominação e não exige ampliação da rotina de assinatura do termo de aceitação, indicada pelo Parecer nº 0031/2011/FJ/PROJUR/CNPq. A conjunção de vontades se opera naturalmente quando o CNPq apresenta a proposta, mediante divulgação de Edital ou qualquer outro instrumento com a mesma finalidade. O cidadão acorre à convocação e, selecionado, aquiesce às condições, firmando o termo de aceitação.

Registra-se que a Advocacia Geral da União manifestou contrariedade à estipulação das obrigações em estudo. Com efeito, o PARECER Nº AGU/LS-04/97, de 30 de outubro de 1997, da lavra do Consultor da União, Dr. L.A. PARANHOS SAMPAIO, aprovado pelo Parecer nº GQ – 142, de 18

de março de 1998, que mereceu aprovação do Presidente da República, em 18 de março de 1998. (Publicado na íntegra no Diário Oficial de 20 de março de 1998, p.4).

Embora a AGU tenha analisado a obrigação criada onerando docente de Universidade Federal com a obrigação de se manter na IFES por tempo igual ao do afastamento para titulação no Brasil. Os argumentos tecidos sinalizam para a aplicação também ao Comprometimento exigido pelo CNPq dos bolsistas no exterior, como se vê:

15. A lei em comento, isto é, a 8.112/90, cuida, apenas, do afastamento de servidor para estudo ou missão oficial no exterior, desde que autorizado pelo Presidente da República, Presidente dos Órgãos do Poder Legislativo e Presidente do Supremo Tribunal Federal (cf. o art. 95, caput).

16. [...]

18. Ora, se a lei regente dos agentes públicos (*lato sensu*) não fala em ressarcimento da despesa havida com os afastamentos levados a efeito no território nacional, pretender criar regras nesse sentido, sem amparo legal, a mim me parece uma tomada de posição contra legem.

19. Como se patenteia uma interpretação do art. 95, da Lei 8.112/90, com o objetivo de aplicá-lo aos afastamentos de servidores públicos para realizar estudos dentro do País, é disparatada e inconcebível.

20. [...]

24. Não importa se admitir, como admite o Sr. Dr. Ozorio José de Menezes Fonseca, Diretor do INPA, a existência de um Termo de Compromisso e Responsabilidade, assinado em 11 de julho de 1990, pelo favorecido, constituindo-se o documento numa espécie de contrato de adesão.

25. [...]

27. Então, na falta de lei que o autorize, um órgão ou entidade pública não poderá celebrar compromissos de responsabilidade *intuitu personae* com seus servidores, como nas relações de um emprego privado; se o fizer estará criando uma situação ímpar, e a Administração Pública, na sua latitude e em obediência ao princípio da legalidade (cf. o art.

37, da Constituição) não pode celebrar compromissos *contra legem*, muito menos o que a lei proíbe (*contra legem facit quod lex prohibet* (faz contra a lei quem faz o que a lei proíbe).

Ora, a prevalecer esta compreensão, não seriam válidos os referidos compromissos de retorno e, conseqüentemente, impossível seria abordar a novação, por não haver obrigação a ser substituída. Ponderou-se, contudo, que deixar de exigir a contraprestação ao Brasil é ainda necessária porque não se verificou ainda a consolidação de nossa Ciência, Tecnologia e Inovação. Ademais, a própria AGU tem promovido execuções fiscais para recuperar os ressarcimentos não pagos voluntariamente por quem deixou de cumprir a obrigação pactuada, tendo o Tribunal de Contas da União condenado, reiteradamente, ao ressarcimento, os investimentos feitos para titulação no exterior, os acadêmicos e pesquisadores submetidos às Tomadas de Contas Especiais.

Deduz-se então que a orientação extraída do Parecer nº AGU/LS-04/97 esteja tacitamente superada, sobretudo quando se observa que a AGU tem laborado para obter decisões judiciais como a proferida pelo TRF da 2ª Região, na Apelação nº 0008618-42.2012.4.02.5101, acolhendo sem divergência o voto do ilustre Relator, o Desembargador Federal Guilherme Couto de Castro, e corroborando a compreensão do TCU sobre a matéria⁶. Contudo, sob a ótica da legalidade estrita, não pode ser desprezado o risco da invalidade da obrigação vir a ser consagrado nos

6 EMENTA

ADMINISTRATIVO. UNIÃO. CNPQ. BOLSA DE ESTUDO. DOUTORADO NO EXTERIOR. AUSÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE DIPLOMA. PRESTAÇÃO DE CONTAS. TCU. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO.

Não cabe ao Judiciário atuar como revisor das decisões do Tribunal de Contas da União, órgão dotado de autonomia constitucional. Quando as decisões de tal Corte seguem linha técnica e razoável, pretender invadi-la seria ferir a função que se lhe destinou a Lei Maior. Apelante que alega, de outro lado, que o procedimento perante o TCU não observou o *due process of law* e, citando precedente do Supremo, assinala que a substância de sua defesa não foi apreciada. Rejeição de tal linha, pois os argumentos foram apreciados e até acatados na primeira apreciação e, em voto vencido, no bojo do recurso de reconsideração. Condenou-se o autor a devolver ao erário os valores por ele recebidos a título de bolsa de estudo para o doutorado no exterior. Descumprimento do Termo de Compromisso, assinado pelo autor, quando da concessão da bolsa. Devido processo legal, ampla defesa e contraditório observados, no bojo dos procedimentos administrativos instaurados pelo CNPq e TCU. Apelo desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a 6ª Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, por unanimidade, na forma do voto do relator, negar provimento à apelação.

Rio de Janeiro, 22 de julho de 2013.

GUILHERME COUTO DE CASTRO

Desembargador Federal - Relator

Tribunais Superiores, sob os mesmos fundamentos do aludido Parecer da AGU. Desejável, portanto, que sejam adotadas medidas para que a obrigação venha a ter sede legal. A Lei da Inovação é silente sobre a exigência do compromisso.

Acatada a natureza contratual da obrigação, a Novação tem fundamento no artigo 360, do Código Civil.

Não descurou o CNPq da possibilidade legal de substituição do ex-bolsista por uma instituição de pesquisa estrangeira, por exemplo, permitindo a vinculação direta da entidade interessada em receber o cientista. Mas, ponderou que haverá um número ínfimo de casos em que tal interesse fosse verificado e a probabilidade da tentativa de imposição de regras que não se enquadrariam nas previsões das normas do CNPq desencorajaram o colegiado. Assim, a Novação disciplinada pelo Item 2, da RN-019/2015, do CNPq, na redação introduzida pela RN-013/2016, se restringe à prevista no inciso I, do artigo 360, do Código Civil como já ocorria no regramento anterior.

2 DA PRESCRIÇÃO

A inocorrência da prescrição não se constitui em requisito objetivo da novação. O CNPq estipulou entre os requisitos de admissibilidade do pedido de novação a confissão da dívida, criando novo *dies a quo* para a prescrição. Deste modo, celebrada ou não a novação os eventuais efeitos prescricionais se exaurem. Releva, entretanto, comentar brevemente o entendimento dos Tribunais sobre a incidência da prescrição na obrigação assumida pelo bolsista no exterior, pois o instituto corrobora a natureza negocial da concessão da bolsa ao acadêmico. Nesta linha, é o entendimento da terceira Turma do STJ, pronunciado no Agravo Regimental 2209/0125495-0, no REsp 1123411/SP⁷ tendo como precedentes as Decisões nos REsp 1188933-RS e 1139030-RJ.

7 AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PESQUISA CIENTÍFICA. TERMO DE OUTORGA E ACEITAÇÃO DE BOLSA DE ESTUDOS. DESUCUMPRIMENTO PELO OUTORGADO. PRAZO PRESCRICIONAL APLICÁVEL. ART. 206, § 5º, I, DO CÓDIGO CIVIL. DÍVIDA LÍQUIDA CONSTANTE DE INSTRUMENTO PÚBLICO OU PARTICULAR. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA.

1. O prazo prescricional aplicável à ação de cobrança de dívida líquida contratualmente assumida em instrumento de concessão de bolsa de estudos é de 5 (cinco anos), conforme previsão contida no artigo 206, § 5º, I, do Código Civil, contados, no caso concreto, em conformidade com a regra de transição estabelecida em seu artigo 2.028, a partir de sua entrada em vigor. Precedentes.
2. Esta Corte consagrou o entendimento de que a expressão 'dívida' líquida constante do aludido dispositivo legal deve ser compreendida como obrigação certa, com prestação determinada.

Pontua-se que na sessão do dia 16 de junho de 2016, em decisão unânime, o Plenário STF rejeitou os embargos de declaração opostos pela Procuradoria Geral da República (PGR) e manteve o julgado no Recurso Extraordinário (RE) 669069, no qual foi firmada a tese de repercussão geral no sentido de que “é prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil”. O relator do recurso, ministro Teori Zavascki, salientou não existir omissão, obscuridade ou riscos à segurança jurídica apontados pela PGR para justificar a reforma do acórdão. O Voto condutor da decisão parece corroborar a tese da imprescritibilidade das obrigações objeto da novação aqui tratada⁸.

3 DO CRITÉRIO OBJETIVO PARA A NOVAÇÃO

Na formulação do regramento, entendeu o CNPq que seria improvável a atuação isolada e consistente de um pesquisador brasileiro no exterior, embora se tenha notícia que há pesquisas financiadas por instituições privadas que contratam diretamente o cientista para buscar a solução para determinado problema de seu interesse ou aprimoramento de algo em sua atividade e/ou produtos. Assim, trilhou o caminho que a vinculação à entidade renomada de pesquisa e inovação na área da formação do ex-beneficiário e a possibilidade real dele concorrer para a transferência de tecnologia e inovação para o Brasil e/ou contribuir na formação altamente qualificada de outros brasileiros.

Neste ponto se salienta a vantagem que a Administração obtém ao celebrar a novação: Substitui a aleatória probabilidade de contribuição efetiva do pesquisador para o desenvolvimento da Ciência, Tecnologia e Inovação,

Nesse contexto, definida a obrigação em instrumento contratual e fixado o valor da bolsa, o crédito mostra-se líquido, podendo ser apurado por meio de simples operação aritmética.

- 8 3. Nos debates travados na oportunidade do julgamento ficou clara a opção do Tribunal de considerar como ilícito civil os de natureza semelhante à do caso concreto em exame, a saber: ilícitos decorrentes de acidente de trânsito. O conceito, sob esse aspecto, deve ser buscado pelo método de exclusão: não se consideram ilícitos civis, de um modo geral, os que decorrem de infrações ao direito público, como os de natureza penal, os decorrentes de atos de improbidade e assim por diante. Ficou expresso nesses debates, reproduzidos no acórdão embargado, que a prescritibilidade ou não em relação a esses outros ilícitos seria examinada em julgamento próprio. Por isso mesmo, recentemente, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral de dois temas relacionados à prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário: (a) Tema 897 – “Prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário em face de agentes públicos por ato de improbidade administrativa”; e (b) Tema 899 – “Prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas”. Desse modo, se dúvidas ainda houvesse, é evidente que as pretensões de ressarcimento decorrentes de atos tipificados como ilícitos de improbidade administrativa, assim como aquelas fundadas em decisões das Cortes de Contas, não foram abrangidas pela tese fixada no julgado embargado. ...

resultante da permanência no Brasil, que seria a obrigação originária, pela contribuição concreta e objetiva estipulada na nova obrigação.

4 DA OPORTUNIDADE PARA PROPOR A NOVAÇÃO

O CNPq cogitou inicialmente que a oportunidade de novação não deveria ser assegurada por prazo indeterminado, devendo a proposta até noventa dias, contados do término do prazo estipulado para retorno ao Brasil. Interagindo com a área técnica da Capes constatou que aquela agência tencionava deixar aberto o prazo para a proposição.

Após ponderações das agências e preservando o interesse de não criar normas díspares para situações idênticas, houve consenso em limitá-la ao fim do processo interno de cobrança, porque seria contraproducente interromper uma Tomada de Contas Especial, por exemplo, para acolher pedido de quem se manteve inerte, diante das inúmeras notificações e intimações que precedem a conclusão da cobrança administrativa.

Consoante a estipulação de prazo incluída no disciplinamento, a hipótese de um ex-beneficiário de bolsa que tenha retornado ao Brasil e aqui permanecido por algum tempo, antes de receber uma proposta para atuar no exterior, poderia, obviamente, nesta oportunidade, propor novação, pois não teria chegado a ser instaurado processo de cobrança contra ele.

5 CONCLUSÃO

O Diário Oficial de 21/06/2016 publicou na Seção 1, página 4, a RN-013/2016 que alterou as disposições da RN-019/2015, a qual disciplina os ressarcimentos de bolsas e auxílios concedidos aos pesquisadores, trazendo novo regramento para a novação da obrigação de retorno e permanência no Brasil. Destaca-se da motivação para a edição das normas o reconhecimento de parte dos membros do Grupo de Trabalho que as elaborou que a abolição da obrigação imposta aos bolsistas no exterior poderia ser providência mais efetiva que a prática da novação, diante do custo do controle da atuação dos egressos e da ineficácia da cobrança do ressarcimento. Entretanto, não há consolidação científica no País compatível com a extinção da obrigação, ainda que ela viesse a ser considerada de natureza moral.

Noutra linha, se sugeriu, como mecanismo para ampliar o número de titulados, em face do menor custo das bolsas e fixar o titulado no País que fossem priorizadas titulações na modalidade sanduíche – regime de

titulação em que o pós-graduando inicia o doutorado ou mestrado no Brasil, desenvolve parte das atividades em instituição estrangeira e retorna ao país para a conclusão do curso – Assim, ainda que laborando em regime de dupla titulação, ao final do programa de estudo o pesquisador estaria no Brasil.

Ponderou-se também que ao financiar pós-doutorados, nada impediria a exigência de avalistas domiciliados no Brasil, devedores solidários para a hipótese de descumprimento da obrigação de retorno e consequente ressarcimento. Mas, se entendeu que o condicionamento da concessão seria censurado, mereceria a pecha de elitista, de entrave ao acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística (art. 208, Inciso V, da Constituição). A censura não me parece justificável, pois este nível de estudo é precedido do amadurecimento profissional, da superação do preparo para o exercício laboral e do pleno da cidadania.

É fato que a novação possibilita que o Brasil obtenha algum retorno ao investimento feito na qualificação de pesquisadores que não voltam ao Brasil para aqui aplicar os conhecimentos científicos, tecnológicos e/ou de inovação, tampouco possuem recursos para restituírem pecuniariamente as despesas suportadas pelo Tesouro, sendo remotas as possibilidades de êxito das eventuais onerosas ações de cobrança no exterior. O desafio de quantificar e avaliar as atividades representativas desse retorno está circunscrito ao mérito administrativo. A Procuradoria Federal junto ao CNPq se ocupou de coordenar a formulação da Resolução Normativa, oferecendo a fundamentação legal e a orientação dos balizamentos que ela encerra, os quais foram percorridos ao longo deste texto.

Parece imprescindível e inadiável para ampliar a segurança jurídica que se adotem medidas para a edição de Lei tratando das diversas bolsas concedidas pelas agências federais de fomento, prescrevendo os critérios gerais para a concessão; a obrigação de retorno ao país; eventuais substituições da obrigação; hipóteses de exoneração da obrigação (caso fortuito, força maior) e outros aspectos da gestão do investimento federal, em consonância com a exigência feita pela literalidade do artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal, considerando que a função legiferante não é genuína do Executivo⁹.

9 Leciona José dos Santos Carvalho Filho que: *Na teoria do Estado moderno, há duas funções básicas: a de criar a lei (legislação) e a de executar a lei (administração e jurisdição). Esta última pressupõe o exercício da primeira, de modo que só se pode conceber a atividade administrativa diante dos parâmetros já instituídos pela atividade legiferante. Por isso é que administrar é função subjacente à de legislar. O princípio da legalidade denota exatamente esta relação: só é legítima a atividade do administrador público se estiver condizente com o disposto na lei.*

Contudo, as regras da novação expressas pela RN-013/2016 atendem à requisição de transparência e tratamento igualitário, oferecendo ao gestor público uma alternativa para recuperação de investimento, fundada na tradição normativa das agências federais de fomento e na prerrogativa de modificar bilateralmente os contratos celebrados.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição Federal*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 02 de agosto de 2016.

_____. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 02 de agosto de 2016.

_____. Advocacia-Geral da União. Procuradoria-Geral Federal. *Parecer nº 7/2013/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU*. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/atos/detalhe/idato/8321>>. Acesso em: 02 de agosto de 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental 2209/0125495-0, no REsp 1123411/SP*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 02 de agosto de 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 669069*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em: 02 agos. 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual do Direito Administrativo*. 26. ed. revista, ampliada e atualizada. até 31-12-2012. São Paulo: Atlas, 2013.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. revista e ampliada. Até 27-11-2012. São Paulo: Malheiros, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 15 ed. atualizada. até 15-12-2010. São Paulo: Dialética, 2012.

A NATUREZA JURÍDICA DAS CHAMADAS PÚBLICAS ENVOLVENDO PESQUISA, CIÊNCIA, TECNOLOGIA E INOVAÇÃO – PCT&I

LEGAL NATURE OF BRAZILIAN PUBLIC CALLS RELATED TO RESEARCH, SCIENCE, TECHNOLOGY AND INOVATION – PCT&I

Leopoldo Gomes Muraro¹
Procurador Federal

SUMÁRIO: Introdução; 1 Aspectos constitucionais e legais. Ausência de diploma legal específico que trate das Chamadas Públicas no campo da PCT&I; 2 Chamadas Públicas lançadas no campo da PCT&I e sua importância; 3 Chamadas Públicas tratadas em Leis diversas da CT&I. Inexistência de definição uníssona acerca da natureza jurídica; 4 Natureza jurídica mista: Procedimento Administrativo e Edital; 5 Conclusão; Referências.

¹ Atualmente é Procurador-Chefe da Procuradoria Federal junto Conselho Nacional do Desenvolvimento Científico e Tecnológico - CNPq e Membro da Câmara Permanente de Convênios e Demais Ajustes Congêneres da Procuradoria-Geral Federal – PGF/AGU. Especialista em Direito Público pela Universidade de Brasília -UnB e MBA em Gestão Pública pela Fundação Getúlio Vargas - FGV. As teses aqui sustentadas constituem opinião pessoal do autor e não coincidem, necessariamente, com aquelas da Advocacia-Geral União, observadas no desempenho das atribuições institucionais.

RESUMO: O presente artigo pretende identificar a natureza jurídica das chamadas públicas que o Estado Brasileiro utiliza reiteradamente para desenvolver e fomentar as atividades relacionadas com pesquisa, ciência, tecnologia e inovação – PCT&I. A partir de uma análise constitucional e fática do campo da PCT&I, fundado na legislação vigente, pretende-se demonstrar que, devido à peculiaridade da área, a natureza jurídica das chamadas públicas é dúplice, sendo tanto um procedimento administrativo como uma figura jurídica análoga ao edital.

PALAVRAS-CHAVE: Chamada Pública. Natureza Jurídica Dúplice. Procedimento Administrativo e Edital.

ABSTRACT: The present article aims to identify the legal nature of Brazilian public calls that are frequently used to develop and promote activities related to research, science, technology and innovation – RST&I. From a constitutional and factual analysis in the RST&I field, based on legislation in force, it intends to demonstrate that, because of the area peculiarity, the legal nature of the public calls is dual, being both an administrative procedure as a public bidding.

KEYWORDS: Public Call. Dual Legal Nature. Administrative Procedure and Public Bidding.

INTRODUÇÃO

O Estado Brasileiro, por intermédio das instituições que o apresenta e representa, continuamente, convoca a comunidade acadêmica, científica e empresarial a participar da execução de programas e ações envolvendo interesses educacionais, científicos, tecnológicos e de inovação.

Cada um destes programas e ações possui interesses e finalidades próprias, contando com atores diferentes na sua realização e assumindo especificidades que os caracterizam e visam alcançar os objetivos e metas propostos.

A chamada pública é a forma mais utilizada para dar publicidade e permitir a execução das ações relativas às políticas a serem desenvolvidas em várias áreas do interesse público. Este instrumento define objetos e estabelece as regras que orientam e que, por consequência, influenciarão os resultados que se buscam alcançar.

Para atingir as finalidades e resultados que lhe são legalmente previstos, as agências estatais de fomento à pesquisa científica, tecnológica e de inovação, utilizam da Chamada Pública para convocar interessados e realizar pesquisas e outras atividades correlatas. Contudo, este instituto carece de definição legal expressa acerca do seu conceito e de sua natureza jurídica.

Afinal, o que são as Chamadas Públicas? Qual é a sua importância? Qual é a sua natureza jurídica? ... e, por consequência..., que regime jurídico deve ser aplicado para esta espécie de instrumento?

A finalidade deste artigo é verificar em nosso ordenamento jurídico, auxiliado pela integração do direito, qual a natureza jurídica das Chamadas Públicas na área de pesquisa, ciência, tecnologia e inovação – PCT&I, permitindo uma melhor compreensão do instituto e a sua devida aplicação e efetividade.

1 ASPECTOS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS. AUSÊNCIA DE DIPLOMA LEGAL ESPECÍFICO QUE TRATE DAS CHAMADAS PÚBLICAS NO CAMPO DA PCT&I

A Constituição Federal, ao tratar no Título VIII da Ordem Social, reservou no Capítulo IV um espaço normativo e programático à Ciência, à Tecnologia e à Inovação – PCT&I, nos seguintes termos:

CAPÍTULO IV - A CIÊNCIA, TECNOLOGIA E INOVAÇÃO

Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação.

§ 1º A pesquisa científica básica e tecnológica receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso da ciência, tecnologia e inovação.

§ 2º A pesquisa tecnológica voltar-se-á preponderantemente para a solução dos problemas brasileiros e para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional.

§ 3º O Estado apoiará a formação de recursos humanos nas áreas de ciência, pesquisa, tecnologia e inovação, inclusive por meio do apoio às atividades de extensão tecnológica, e concederá aos que delas se ocupem meios e condições especiais de trabalho.

§ 4º A lei apoiará e estimulará as empresas que invistam em pesquisa, criação de tecnologia adequada ao País, formação e aperfeiçoamento de seus recursos humanos e que pratiquem sistemas de remuneração que assegurem ao empregado, desvinculada do salário, participação nos ganhos econômicos resultantes da produtividade de seu trabalho.

§ 5º É facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular parcela de sua receita orçamentária a entidades públicas de fomento ao ensino e à pesquisa científica e tecnológica.

§ 6º O Estado, na execução das atividades previstas no caput, estimulará a articulação entre entes, tanto públicos quanto privados, nas diversas esferas de governo.

§ 7º O Estado promoverá e incentivará a atuação no exterior das instituições públicas de ciência, tecnologia e inovação, com vistas à execução das atividades previstas no caput.

Art. 219. O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal.

Parágrafo único. O Estado estimulará a formação e o fortalecimento da inovação nas empresas, bem como nos demais entes, públicos ou privados, a constituição e a manutenção de parques e polos tecnológicos e de demais ambientes promotores da inovação, a atuação dos inventores independentes e a criação, absorção, difusão e transferência de tecnologia.

Art. 219-A. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão firmar instrumentos de cooperação com órgãos e entidades públicos e com entidades privadas, inclusive para o compartilhamento de recursos humanos especializados e capacidade instalada, para a execução de projetos de pesquisa, de desenvolvimento científico e tecnológico e de inovação, mediante contrapartida financeira ou não financeira assumida pelo ente beneficiário, na forma da lei.

Art. 219-B. O Sistema Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação (SNCTI) será organizado em regime de colaboração entre entes, tanto públicos quanto privados, com vistas a promover o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação.

§ 1º Lei federal disporá sobre as normas gerais do SNCTI.

§ 2º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios legislarão concorrentemente sobre suas peculiaridades.

Pela leitura do texto constitucional, pode-se constar que os dispositivos relacionados com CT&I não apresentam definições expressas ou ações predeterminadas, mas estabelecem diretrizes e apontam escopos a serem almejados por todos os membros da sociedade.

De fato, o capítulo reservado à CT&I não prescreve formas pelas quais as ações serão desenvolvidas, muito menos descreve de antemão quais serão os programas, uma vez que se trata de um campo dinâmico e heterogêneo, com constantes alterações de interesse nos objetos das pesquisas. A pesquisa de uma doença pode possuir relevância em certo período em que está ocorrendo a epidemia, mas perder significado e interesse após o surto ou a descoberta de algum medicamento ou tratamento. Por tal razão, deve-se criar estruturas e garantir a execução de pesquisas nas mais diversas áreas, mas a definição dos objetos e das finalidades dependerá do interesse em algum período futuro que é incerto, cabendo aos gestores públicos, juntamente com setores civis, acadêmicos e empresariais, identificar o que deve ser pesquisado e de que forma serão realizadas as pesquisas.

Vale elucidar que nos dispositivos constitucionais que regem a CT&I há tanto normas impositivas e autoaplicáveis como outras que possuem contornos de normas programáticas. Estas últimas determinam que as atividades na área tenham eficiência e eficácia na atuação dos poderes e órgãos públicos, mas principalmente servem de fundamento e de diretriz para a atividade legislativa subsequente. Segundo Pontes de Miranda²:

[...] regras jurídicas programáticas são aquelas que o legislador, constituinte ou não, em vez de editar regra jurídica de aplicação concreta, apenas traça linhas diretoras, pelas quais se hão de orientar os poderes públicos. A legislação, a execução e a própria justiça ficam sujeitas a esses ditames, que são como programas dados à função legislativa.

Desta forma, a recente reforma promovida pela Emenda Constitucional nº 18, de 26 de fevereiro de 2016, dentre outras disposições, inseriu o termo *inovação* no texto constitucional e determina que tanto o Congresso Nacional como os Poderes Judiciário e Executivo atuem, dentro de suas respectivas competências, considerando as atividades estatais relacionadas com a produção de novos conhecimentos, métodos e produtos como prioritários para o Estado Brasileiro. E outra razão não havia por ser, devido à inegável geração de riqueza econômica que as atividades de pesquisas científicas e tecnológicas trazem a qualquer nação no mundo, quando focadas na inovação. Além do ganho direto com o recebimento de *royalties*, há um incremento nos meios produtivos do país, gerando mais empregos, desenvolvimento e qualidade de vida.

Como no campo da CT&I o legislador pátrio tradicionalmente opta por não determinar de forma reta e incondicional condutas e atos, como ocorre em outros ramos jurídicos (penal, tributário ou civil), devem os atores dos mandamentos constitucionais, ou seja, pesquisadores, empresários, agentes públicos, gestores e políticos pautarem suas ações com fundamento em diretrizes constitucionais tais como prioridade de atuação, ações conjuntas entre entes públicos e privados, foco na inovação e o incentivo irrestrito à pesquisa.

Neste contexto, aplicando este arcabouço constitucional ao objeto deste artigo, resta elucidar que, muito embora a Constituição Federal não tenha tratado expressamente sobre chamadas públicas, há elementos essenciais que deverão sempre e de forma incondicional estar presentes

2 PONTES DE MIRANDA, apud Pimenta, 1999, p. 136.

nos textos das *chamadas* e na atuação dos entes públicos, privados e pesquisadores que irão atuar na área de CT&I. Por tal razão, sempre que uma agência de fomento ou Instituição Científica, Tecnológica e de Inovação (ICT)³ for lançar um Chamada Pública deverá observar todos os preceitos constitucionais, garantindo legitimidade para os procedimentos futuros e o desenvolvimento e o progresso científico, tecnológico e da inovação em nosso País.

Na seara infraconstitucional, vale destacar a edição recente do marco legal da CT&I pela Lei nº 13.243, de 11 de janeiro de 2016, criando-se disposições e alterando 9 (nove) Leis Federais, principalmente a Lei de Inovação (Lei nº 10.973/04), para formar um arcabouço jurídico na área. O objeto deste artigo não é adentrar na análise desta Lei, o que será feito em momento oportuno, mas as seguintes considerações devem ser pontuadas.

A Lei nº 13.243/16 não trouxe em seu campo normativo nenhum dispositivo que verse especificamente sobre as chamadas públicas. Inclusive, o texto legal não contém sequer o termo *chamada pública* em sua redação. Todavia, há diretrizes e regras na referida Lei que são fundamentais para contextualizar a utilização das *chamadas* pelos agentes e instituições públicos e privados.

Como o objetivo deste artigo não é dissecar a análise da Lei nº 13.243/16, sintetizaremos este ponto na alteração promovida no artigo 3º da Lei de Inovação, considerado como o espírito das recentes alterações legislativas no campo da CT&I:

Art. 3º. A União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e as respectivas agências de fomento poderão estimular e apoiar a constituição de alianças estratégicas e o desenvolvimento de projetos de cooperação envolvendo empresas, ICTs e entidades privadas sem fins lucrativos voltados para atividades de pesquisa e desenvolvimento, que objetivem a geração de produtos, processos e serviços inovadores e a transferência e a difusão de tecnologia.

Neste dispositivo legal, encontram-se os dois pontos essenciais trazidos pelo novo marco legal da CT&I, podendo-se afirmar que ambos

3 O conceito de ICT encontra-se no inciso V do artigo 2º da Lei nº 10.973/04, com o seguinte teor: “Instituição Científica, Tecnológica e de Inovação (ICT): órgão ou entidade da administração pública direta ou indireta ou pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos legalmente constituída sob as leis brasileiras, com sede e foro no País, que inclua em sua missão institucional ou em seu objetivo social ou estatutário a pesquisa básica ou aplicada de caráter científico ou tecnológico ou o desenvolvimento de novos produtos, serviços ou processos”.

promovem uma mudança de paradigma na atual conjuntura da pesquisa em nosso País. A primeira mudança relaciona-se com a necessária aproximação entre os entes públicos e privados como vetores de impulso do desenvolvimento científico e tecnológico nacionais. Em outras palavras, deve existir uma aproximação da Universidade, dos institutos de pesquisa e da classe empresarial. Os professores universitários devem romper as barreiras de suas instituições, os pesquisadores procurar novos desafios e os empresários dispendem recursos financeiros, matérias e humanos para, de forma conjunta e integrada por alianças estratégicas, gerar resultados científicos e tecnológicos para a sociedade. Esta união é essencial e já deveria ter sido estimulada há muito tempo.

A segunda mudança refere-se ao foco que as pesquisas devem ter na inovação. Aqui não se decretou o fim da pesquisa acadêmica e científica pura, mas exige-se dos pesquisadores e entidades ligadas à pesquisa uma atuação no sentido de gerar produtos, processos e serviços inovadores, ou seja, que a criatividade aliada à ciência promova riqueza material e imaterial para o Brasil. Os resultados e o impacto da ciência e da tecnologia devem ser reais e mensurados, garantindo desenvolvimento, ganhos econômicos para pessoas e entidades, incremento no conhecimento e, ao mesmo tempo, justificando os recursos públicos e privados dispendidos nestas atividades.

Estes dois conceitos essenciais devem estar presentes no momento de elaboração das *chamadas públicas* pelos gestores incumbidos de promovê-las, bem como na execução pelos atores públicos e privados. Revelam-se como objetivos almejados pela sociedade brasileira e que devem nortear as decisões e ações.

2 CHAMADAS PÚBLICAS LANÇADAS NO CAMPO DA PCT&I E SUA IMPORTÂNCIA

No contexto apresentado até este ponto, o Estado Brasileiro tem o dever constitucional de promover o desenvolvimento científico, tecnológico e de inovação concretizada na necessidade latente pela pesquisa e obtenção de novos conhecimentos e produtos no seio de nossa sociedade, ou seja, tanto no aspecto formal-normativo como na seara material-concreta clama-se por ações efetivas e eficazes nesta área.

Encontra-se aqui a gênese e a necessidade de utilização das chamadas públicas pelos entes estatais incumbidos, nas mais diversas esferas governamentais, de promover o fomento à PCT&I, o que já vem sendo feito há anos, mas de que forma e por quem? Como ponto de referência,

será realizada uma análise de chamadas públicas editadas e lançadas por três agências federais: o CNPq, a CAPES e a FINEP e pelas Fundações Estaduais de Amparo à Pesquisa - FAPs.

A *Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior*- CAPES é uma fundação de direito público, vinculada do Ministério da Educação (MEC), e desempenha papel fundamental na expansão e consolidação da pós-graduação *stricto sensu* (mestrado e doutorado) em todos os estados da Federação. Entre as suas principais atividades, destacam-se: investimentos na formação de recursos de alto nível no país e exterior; promoção da cooperação científica internacional, indução e fomento da formação inicial e continuada de professores para a educação básica nos formatos presencial e a distância.⁴

A *Financiadora de Estudos e Projetos* – FINEP é uma empresa pública vinculada ao Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação – MCTI e tem por missão *promover o desenvolvimento econômico e social do Brasil por meio do fomento público à Ciência, Tecnologia e Inovação em empresas, universidades, institutos tecnológicos e outras instituições públicas ou privadas*.⁵ Nos termos do Decreto nº 1.808/96, compete à FINEP a Secretaria-Executiva do Fundo Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - FNDCT.

O CNPq, criado em 1951 com o nome *Conselho Nacional de Pesquisa* e, com o advento da Lei nº 6.129/74, denominado *Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico* (mas preservando a sigla original), possui natureza jurídica de fundação pública federal, vinculado ao Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação (MCTI) e possui como principais atribuições fomentar a pesquisa científica, tecnológica e a inovação, além de incentivar a formação de pesquisadores brasileiros. Ao longo de sua trajetória, entre outras competências, credencia e impulsiona programas de pós-graduação; reconhece novas áreas de conhecimento e fomenta a investigação de novos objetos de estudo; incentiva o intercâmbio de pesquisadores e instituições, ampara publicações especializadas, equipa laboratórios e universidades, financia expedições, fortalece as agências estaduais de fomento e amplia o acesso da sociedade brasileira à cultura científica.⁶

4 Disponível em: <<http://www.capes.gov.br/sobre-a-capes/historia-e-missao>>. Acesso em 20 maio 2014.

5 Disponível em: <http://www.finep.gov.br/pagina.asp?pag=institucional_empresa>. Acesso em: 20 maio 2014.

6 Disponível em: <<http://www.cnpq.br>>. Acesso em: 20 maio 2014.

As Fundações de Amparo à Pesquisa – FAPs são entidades criadas pelos Estados para fomentar e consolidar a CT&I em seus respectivos territórios. Atualmente existem 26 FAPs em nosso País, somente o Estado de Roraima não possui, criadas sob a natureza jurídica de Fundação, sendo que, com exceção da Fundação Araucária do Paraná que é privada, todas as demais são Públicas.⁷

Na persecução de suas funções precípua, além de convênios, contratos administrativos e acordos internacionais, que são comuns aos demais órgãos públicos, as chamadas publicadas pelas agências de fomento à pesquisa possibilitam que as atividades finalísticas desses entes se concretizem. As chamadas públicas trazem em seu texto o objeto, os objetivos e metas, a finalidade, os prazos, os cronogramas, os recursos orçamentários e financeiros, enfim as regras que irão regulamentar a escolha dos bolsistas, pesquisadores, coordenadores ou projetos nacionais e internacionais financiados pelas entidades de fomento à PCT&I.

As chamadas possuem grande alcance e funcionam como o principal instrumento jurídico que viabiliza as políticas públicas fomentadas pelas instituições. Como exemplo, pode-se citar a *Chamada Pública Universal* para o apoio a projetos de pesquisa em diversas áreas do conhecimento científico, cujo aporte de recursos em 2013 foi no *valor global estimado de R\$ 170.000.000,00 para itens de capital, custeio e bolsas*, além da “*distribuição de 1.500 Bolsas de Iniciação Científica e 1.000 Bolsas de Apoio Técnico*”. O CNPq recebe em média por ano 17.000 propostas, os Comitês de julgamento aprovam no mérito cerca de 10.000 propostas e os recursos permitem financiar cerca de 3.500 propostas.⁸

Merece destaque as chamadas públicas lançadas para execução do extinto *Programa Ciência sem Fronteiras – PCsF*, cujo escopo consistia na “*consolidação, expansão e internacionalização da ciência e tecnologia, da inovação e da competitividade brasileira por meio do intercâmbio e da mobilidade internacional*”. O PCsF foi criado pelo Decreto nº 7.642, de 13/12/2011⁹, e teve a audaciosa meta de conceder, mediante a convocação por chamadas

7 O Conselho Nacional das Fundações Estaduais de Amparo à Pesquisa CONFAP é uma organização sem fins lucrativos que tem por objetivo melhor articular os interesses das agências estaduais de fomento à pesquisa. No portal da entidade há dados sobre as FAPs, seus representantes e informações adicionais. Disponível em: <www.confap.org.br>. Acesso em: 30 jun. 2016.

8 Disponível em: <http://www.cnpq.br/documents/10157/1184955/Relatorio_de_Gestao_2012.pdf>. Acesso em: 05 maio 2014.

9 Nos termos do Decreto nº 7.642/11, o PCsF tem como objetivo “*propiciar a formação e capacitação de pessoas com elevada qualificação em universidades, instituições de educação profissional e tecnológica, e*

públicas, “até 101 mil bolsas em quatro anos para promover intercâmbio, de forma que alunos de graduação e pós-graduação façam [...] no exterior com a finalidade de manter contato com sistemas educacionais competitivos em relação à tecnologia e inovação”.¹⁰

As chamadas do Programa Ciência sem Fronteiras foram lançadas pelo CNPq e pela CAPES, conforme distribuição por País de destino dos bolsistas e pesquisadores, além de atrair cientistas para o Brasil. Pode-se citar as Chamadas Públicas nºs 149/2013 e 153/2013 para o Canadá; nº 150/2013 para Coreia do Sul, nº 151/2013 para o Reino Unido, nº 153/13 para a Austrália, nº 156/13 para os Estados Unidos, nº 157/13 para a Alemanha, nº 159/13 para a Itália, nº 163/13 para a China.¹¹

No que tange à importância do investimento público para realização de ações e programas do Estado por intermédio de suas entidades de fomento à pesquisa, vale transcrever a conclusão elaborada pelo pesquisador José Eduardo Cassiolato em estudo comparativo entre Brasil, Rússia, Índia e China, publicado pelo Centro de Gestão e Estudos Estratégicos – CGEE, entidade participante do sistema de CT&I do Ministério de Ciência, Tecnologia e Inovação - MCTI¹²:

Aqui no Brasil ainda estamos relativamente presos à visão liberalista que prega que as relações do mercado levam à competitividade. O que percebemos nesse estudo foi justamente uma tendência ao contrário: feitas várias comparações setoriais – telecomunicações, software e indústria da defesa, por exemplo – os melhores resultados de inovação estão nos países em que o estado tem sido mais presente, formulando políticas públicas para fomentar o desenvolvimento.

Constata-se, portanto, que deve haver políticas de Estado estabelecidas e com garantias orçamentárias e financeiras para promover o avanço necessário para o desenvolvimento tecnológico em nosso País. Tal afirmação não significa que somente o Estado deve investir, muito pelo contrário, pois no Brasil o setor privado produtivo (principalmente as indústrias) investe muito pouco em CT&I, principalmente quando

centros de pesquisa estrangeiros de excelência, além de atrair para o Brasil jovens talentos e pesquisadores estrangeiros de elevada qualificação, em áreas de conhecimento definidas como prioritárias”

10 Disponível em: <<http://www.cienciasemfronteiras.gov.br>>. Acesso em: 29 maio 2014.

11 Disponível em: <<http://www.cienciasemfronteiras.gov.br/web/csf/inscricoes-resultados>>. Acesso em: 29 maio 2014.

12 Disponível em: <http://www.cgee.org.br/noticias/viewBoletim.php?in_news=669&boletim=10>. Acesso em: 29 maio 2014.

comparado com países desenvolvidos. Defende-se aqui que o Estado invista e garanta recursos a longo prazo e, ao mesmo tempo, estimule as entidades privadas de pesquisa e as empresas a também investir, compondo um quadro de mútua cooperação e realização de pesquisas conjuntas para aprimoramento e ascensão do patamar nacional de CT&I.

Para uma melhor visualização do campo de abrangência e importância no desenvolvimento científico, tecnológico e de inovação no Brasil, apresenta-se as seguintes Chamadas Públicas lançadas em nosso País nos últimos anos:

Chamada CNPq nº 04/2016 - Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC): que visa selecionar propostas para concessão de cotas de bolsas de Iniciação Científica (IC) para instituições interessadas em participar do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC). As chamadas de IC procuram estimular a pesquisa no ambiente estudantil e acadêmico para formar os cientistas do amanhã;

Chamada MCTI/CNPq/FINEP Nº 03/2016 – Auxílio à promoção de eventos científicos, tecnológicos e/ou inovação - ARC: cujo escopo é selecionar propostas para apoio financeiro a realização, no Brasil, de congressos, simpósios, workshops, seminários, ciclos de conferências e outros eventos similares, de abrangência nacional ou internacional. Esta chamada possui escopo secundário, mas serve de apoio à pesquisa, possibilitando maior participação de pesquisadores em eventos, divulgação das pesquisas que estão sendo realizadas e de resultados já encontrados;

Chamada UNIVERSAL MCTI/CNPQ nº 01/2016: selecionar propostas para apoio financeiro a projetos que visem contribuir significativamente para o desenvolvimento científico e tecnológico e inovação do País, em qualquer área do conhecimento. Esta Chamada é a maior do País no que diz respeito ao número efetivo de pesquisadores participantes e de áreas do conhecimento atendidas. O julgamento é realizado pelos próprios pares (expertos das respectivas áreas) divididos em Comitês de Assessoramento (CAs) que auxiliam o CNPq a decidir quais projetos possuem maior qualidade e relevância científica;¹³

Chamada CNPQ/MCTI/SEPIN 12/2014 - Programa Start-Up Brasil (Programa Nacional de Aceleração de Startups): cujo escopo é apoiar

¹³ Informações sobre Chamadas lançadas pelo CNPq obtidas em 30/06/2016 no site: <<http://www.cnpq.br>>.

projetos de Pesquisa, Desenvolvimento Tecnológico e Inovação de empresas emergentes, com até 4 (quatro) anos de constituição, doravante determinadas startups, que desenvolvam software, hardware e serviços de tecnologias da informação ou ainda que se proponham a utilizar software, hardware e/ou serviços de TI como elementos do seu esforço de inovação;¹⁴

Chamada Pública MCTI/SETEC/CNPq N° 54/2013 – Programa RHAIE – Pesquisador na Empresa: visava a inserção de mestres ou doutores em empresas privadas (micro, pequenas, médias e grandes empresas privadas com sede e administração no Brasil), atendendo aos objetivos da Estratégia Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação 2012-2015 e às prioridades da política industrial - Plano Brasil Maior. Devido aos recentes problemas orçamentários e financeiros este programa encontra-se prejudicado e sem lançamento de novas chamadas. Vale ressaltar que a EC n° 85/15 determina que os setores público e privado formem alianças no intuito de promover a CT&I em nosso País, sendo o programa RHAIE um instrumento já consolidado e efetivo na concretização deste mandamento constitucional;

Chamada MCTI/CNPq/FAPs n° 34/2012 – Pesquisa Ecológica de Longa Duração – PELD. O PELD foi lançado em 1997, com rodadas em 2001, 2009 e 2012, sendo que em agosto de 2016 contará com o lançamento de uma nova chamada. Trata-se de estudos na área ecológica com pesquisas em nossos principais ecossistemas (cerrado, caatinga, pantanal, Amazônia, Mata Atlântica, dentre vários outros), incluindo áreas preservadas e não-preservadas, com estudos desenvolvidos nos *mais diversos temas da Ecologia, desde longas séries temporais de dados sobre os ecossistemas e suas biotas associadas, até pesquisas temáticas de menor duração.*

Chamada MCTI/CNPq/CAPES/FAPs n° 16/2014 – Institutos Nacionais de Ciência e Tecnologia INCT: esta Chamada possui valor inicial de aproximadamente 600 milhões de reais e apoiará projetos de até 10 milhões de reais. O INCT é um programa ambicioso e abrangente e visa *mobilizar e agregar, de forma articulada, os melhores grupos de pesquisa em áreas de fronteira da ciência e em áreas estratégicas para o desenvolvimento sustentável do país; impulsionar a pesquisa científica básica e fundamental competitiva internacionalmente; estimular o desenvolvimento de pesquisa científica e tecnológica de ponta associada a aplicações para promover a inovação e o espírito empreendedor; em estreita articulação com empresas inovadoras.* Atualmente, existem INCTs já consolidados por chamadas anteriores nas áreas da

14 Disponível em: <<http://startupbrasil.org.br>>. Acesso em: 29 jun. 2016.

saúde, nanotecnologia, humanas e sociais, engenharia, ecologia e meio ambiente, tecnologia da informação, exatas e naturais.¹⁵

Diante deste quadro, que inclui várias outras chamadas em temas diversos, pode-se constatar a extrema importância deste instituto no desenvolvimento, aprimoramento e consolidação da CT&I no Brasil. O estímulo cada vez maior à pesquisa passa necessariamente pela efetividade que as chamadas públicas poderão ter, sendo de responsabilidade dos Governos Federal, Estaduais e Municipais garantir recursos, estrutura e material humano, bem como das empresas e instituições privadas sem fins lucrativos para atuar, investir e formar alianças.

O esforço conjunto é essencial e o planejamento estratégico a longo prazo com segurança de aplicação contínua de recursos orçamentários e financeiros possibilitarão ganhos sociais e econômicos, conforme bem esposado nos desafios apontados pela pesquisadora Maria Sueli Soares Felipe (1997)¹⁶ em artigo redigido para o Centro Brasileiro de Análise e Planejamento - CEBRAP:

O desenvolvimento tecnológico e a inovação de um país dependem, em grande parte, da formação de recursos humanos capacitados, bem como de investimentos consistentes, contínuos, de longo prazo e de porte. O Brasil adotou a estratégia de que a pesquisa acadêmica geraria conhecimento que naturalmente se transformaria em inovações tecnológicas, o que não está refletindo a realidade do setor no país. [...] Tanto que o Brasil tem apenas 1,3% de contribuições científicas em revistas internacionais.

Pode-se verificar que há uma expectativa da nação brasileira tanto no seu aprimoramento tecnológico interno como na sua colocação científica no cenário mundial, devendo o Estado, as instituições de ensino e pesquisa e as empresas promoverem, nas mais diversas dimensões, os avanços e investimentos necessários para alcançar os patamares almejados.

Em uma sociedade marcada pela presença da PCT&I é indispensável que todos estejam preparados para compreender os impactos que essas produzem em suas vidas e como utilizá-las corretamente (FOUREZ,

15 Para garantir publicidade e transparência nas ações dos INCTs, foi criado o portal <<http://inct.cnpq.br>> com a veiculação dos dados consolidados, pesquisas realizadas e resultados obtidos dos programas passados, bem como divulgação da atual rodada de proposta. Dados extraídos do portal. Acesso em: 30 jun. 2016.

16 FELIPE, 1997, p. 11-14.

1997)¹⁷. Assim, deve a sociedade produzir indivíduos hábeis, capacitados com conhecimentos específicos e principalmente com interesse e motivação para pesquisar e descobrir.

Os novos paradigmas decorrentes das transformações humanas, sociais e institucionais pressupõem processos criativos que precisam ser incentivados e garantidos, cabendo ao Estado, estimulando a participação das comunidades acadêmica e científica e de empresas, fomentar e manter atividades desde a pesquisa básica até o processo de inovação.

Uma política estatal voltada para a produção de novos conhecimentos e novos produtos requer a ampliação da ocorrência de processos criativos e inovadores que facilitem a compreensão das mudanças, garantindo a permanência deste processo mediante ações estratégicas com investimentos contínuos e crescentes (IPEA, 2009)¹⁸.

3 CHAMADAS PÚBLICAS TRATADAS EM LEIS DIVERSAS DA CT&I. INEXISTÊNCIA DE DEFINIÇÃO UNÍSSONA ACERCA DA NATUREZA JURÍDICA

Conforme demonstrado, o Estado Brasileiro, por intermédio de suas agências estatais de fomento à PCT&I, reiteradamente utiliza as chamadas públicas para conclamar as comunidades acadêmica e científica, e de forma crescente a empresarial, a participar de ações e programas de interesse público, tendo tais instrumentos a função de regulamentar as regras básicas a serem observadas pelas partes, tais como requisitos, prazos, cronogramas, critérios de avaliação, valores, entre outros.

Ocorre, todavia, como já elucidado, que não há nenhuma Lei Federal ou Decreto que defina o que é a chamada pública ou indique qual a sua

17 “Para ser um indivíduo autônomo e um cidadão participativo em uma sociedade tecnizada deve-se ser científica e tecnologicamente ‘alfabetizados’. Sem certas representações que permitem apreender o que está em jogo no discurso dos especialistas, as pessoas arriscam-se a se verem tão indefesas quanto os analfabetos em uma sociedade onde reina a escrita.” (FOUREZ, 1997, p.222).

18 “Trata-se de tema cada vez mais presente na agenda de políticas públicas no Brasil, tendo em vista o amplo reconhecimento da associação entre a inovação e o desenvolvimento econômico e social. Com efeito, uma das metas do Plano Brasil Maior – fixada em conjunto com a Estratégia Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação 2011-2014 (ENCTI) – prevê a elevação do dispêndio empresarial em pesquisa e desenvolvimento (P&D) no Brasil de um valor estimado de 0,59% do produto interno bruto (PIB), em 2010, para 0,90%, em 2014. A fixação de metas como estas não diverge das práticas que têm sido adotadas, por exemplo, em países da União Europeia que, em linha com a Agenda de Lisboa, estabeleceram metas de gastos em P&D em relação ao PIB”. Radar: tecnologia, produção e comércio exterior. Brasília: Ipea, 2009.

natureza jurídica, possibilitando, desta forma, identificar o regime jurídico que lhe será aplicado.

Assim, no exercício da integração da norma jurídica imposta ao exegeta, mister se faz procurar no ordenamento jurídico pátrio alguma legislação correlata que aborde o instrumento da chamada pública em seu campo de incidência. Nesta busca, foram identificadas as seguintes normas que tratam do assunto.

Inicialmente, em pesquisa sobre possíveis conceitos do termo, identificou-se a definição inserida no inciso II do artigo 2º da Lei nº 11.909, de 4 de março de 2009¹⁹, que dispõe sobre as atividades relativas ao processamento, estocagem, liquefação, transporte e comercialização de gás natural:

Art. 2º [...]

VII - Chamada Pública: procedimento, com garantia de acesso a todos os interessados, que tem por finalidade a contratação de capacidade de transporte em dutos existentes, a serem construídos ou ampliados;

De forma similar, na legislação infralegal, tratando da principal premissa da PCT&I que é a educação, foi editada pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE a Resolução/CD/FNDE nº 26, de 17 de junho de 2013, que *dispõe sobre o atendimento da alimentação escolar aos alunos da educação básica no âmbito do Programa Nacional de Alimentação Escolar – PNAE*²⁰, trazendo no artigo 20, §2º, o seguinte conceito de chamada pública:

Art. 20 [...]

§2º Considera-se chamada pública o procedimento administrativo voltado à seleção de proposta específica para aquisição de gêneros alimentícios provenientes da Agricultura Familiar e/ou Empreendedores Familiares Rurais ou suas organizações.

No que tange à legislação que regula o regime jurídico relacionado com as chamadas públicas, no artigo 19 da Lei nº 12.188, de 11 de janeiro de

19 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/111909.htm>. Acesso em: 04 maio 2014.

20 Disponível em: <<http://www.fnde.gov.br/fnde/legislacao/resolucoes/item/4620-resolucao-cd-fnde-n-26,-de-17-de-junho-de-2013>>. Acesso em: 27 maio 2014.

2010, que institui a *Política Nacional de Assistência Técnica e Extensão Rural para a Agricultura Familiar e Reforma Agrária - PNATER* e o *Programa Nacional de Assistência Técnica e Extensão Rural na Agricultura Familiar e na Reforma Agrária - PRONATER*, foram apresentados os seguintes requisitos e características da chamada pública:

Art. 19. A contratação de serviços de Ater será realizada por meio de chamada pública, que conterá, pelo menos:

I - o objeto a ser contratado, descrito de forma clara, precisa e sucinta;

II - a qualificação e a quantificação do público beneficiário;

III - a área geográfica da prestação dos serviços;

IV - o prazo de execução dos serviços;

V - os valores para contratação dos serviços;

VI - a qualificação técnica exigida dos profissionais, dentro das áreas de especialidade em que serão prestados os serviços;

VII - a exigência de especificação pela entidade que atender à chamada pública do número de profissionais que executarão os serviços, com suas respectivas qualificações técnico-profissionais;

VIII - os critérios objetivos para a seleção da Entidade Executora.

Por fim, o Decreto nº 8.038, de 4 de julho de 2013²¹, que *regulamenta o Programa Nacional de Apoio à Captação de Água de Chuva e Outras Tecnologias Sociais de Acesso à Água - Programa Cisternas*, em seu artigo 4º prevê que o edital da chamada pública deverá conter os elementos nele previstos:

Art. 4º O edital da chamada pública a que se refere o art. 9º da Medida Provisória no 619, de 2013, destinada a selecionar as entidades credenciadas pelo Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome para a execução do Programa Cisternas, deverá conter:

I - o objeto a ser contratado, descrito de forma clara, precisa e sucinta;

21 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/Decreto/D8038.htm>. Acesso em: 20 maio 2014.

II - as metas e os Municípios a serem atendidos, agrupados em lotes;

III - o prazo de execução do objeto;

IV - os valores para a contratação; e

V - os critérios de seleção.

Pela leitura dos dispositivos legais transcritos, pode-se chegar a algumas conclusões, merecendo destaque as que se expõem a seguir.

Em primeiro, não há nenhuma lei ou norma infralegal que descreva de forma geral e abstrata o conceito e a natureza jurídica das chamadas públicas, havendo uma lacuna em nosso ordenamento jurídico a ser preenchida neste ponto.

Em segundo, foram editadas leis específicas que versam sobre chamadas públicas em outras áreas de atuação estatal (gás natural, educação alimentar, desenvolvimento agrícola e assistência social), todavia, não há nestas legislações uniformidade conceitual quanto à definição e à natureza jurídica das chamadas.

Em terceiro, não há nenhuma lei ou decreto que discipline especificamente as chamadas públicas de PCT&I. Por assim ser, resta ao intérprete o exercício da integração do direito, utilizando-se dos institutos da analógica, dos princípios gerais do direito e da equidade, este último aplicado pelas Procuradorias incumbidas da representação judicial dos entes públicos, no sentido de viabilizar as políticas de fomento das atividades de PCT&I no Estado Brasileiro. O fato de não haver uma Lei específica não pode significar inatividade e inexecução, muito pelo contrário, há várias formas de se aplicar os preceitos constitucionais e legais existentes em nosso ordenamento jurídico.

Em quarto, e como principal conclusão, que servirá de substrato lógico para o próximo capítulo, as normas existentes em nosso ordenamento jurídico pátrio enquadram a chamada pública ora como procedimento administrativo ora como edital, restando imperioso dirimir ou conciliar este impasse.

4 NATUREZA JURÍDICA MISTA: PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO E EDITAL

Nos termos da legislação vigente, pela exegese das normas apresentadas, as chamadas públicas foram previstas tanto na figura de editais como na de procedimentos administrativos. Deve-se, portanto, no primeiro momento, diferenciar e definir estes institutos.

O *procedimento administrativo* pode ser conceituado como uma sequência de atividades da Administração Pública, “*interligadas entre si, que visa a alcançar determinado efeito final previsto em lei*”. Conclui-se, portanto, que não se trata de um ato instantâneo, mas sim de atividade contínua, com atos e operações ordenadas em prol de um objetivo predeterminado²².

Importante frisar, como bem alerta Celso Antônio Bandeira de Mello²³ que *entre “a lei e o ato administrativo existe um intervalo, pois o ato não surge como um passe de mágica”*. De fato, para que uma norma abstrata e geral, criada em cenários legislativos, passe a ter efetividade no mundo real, há necessidade de que, por intermédio de um intercalado de atos administrativos preordenados, passe para o “*campo da concretização*.”

Além disso, é pelo *modus operandi* e na sua estrita observação ao devido processo legal que *residem as garantias dos indivíduos e dos grupos sociais*” no intuito de se atingir as finalidades públicas, permitindo-se que sejam “*ouvidos os interessados, analisadas razões postas em cotejo, apurados fatos, consultados órgãos técnicos e expendidas as considerações administrativas*”.²⁴

Nestes termos, mostra-se adequada e correta a conceituação legal das chamadas públicas como procedimento administrativo, pois a partir do lançamento delas os interessados poderão apresentar seus projetos que serão analisados e julgados pelos entes competentes, com direito a ampla defesa e contraditório e, ao final, regular a forma pela qual as atividades de interesse público serão conduzidas.

Por outro viés, as chamadas públicas também são definidas como espécie do *edital*, figura administrativa amplamente normatizada no campo das licitações e contratos, com previsão geral e específica na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.²⁵

²² CARVALHO FILHO, op. cit., 2013, p. 152.

²³ MELLO, op. cit., 2004, p. 454/455.

²⁴ Ibid., p. 456/457.

²⁵ Merece destaque o artigo 40 da Lei n. 8.666/93: “*Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte [...]*”. A partir deste momento, há dezessete incisos, vários com alíneas, discriminado de forma sucinta as características e elementos que devem compor o edital, havendo ainda na referida lei outros artigos disciplinando o instituto.

O edital revela-se como o ato administrativo “*unilateral, de forma escrita, que define o objeto da licitação e as cláusulas do futuro contrato e disciplina o procedimento licitatório, inclusive com a fixação das condições de participação e dos critérios de julgamento*”²⁶, devendo ser “*claro e explícito acerca de todas as exigências necessárias*”, sendo recomendável que seja organizado “*de modo sistemático, agrupando logicamente os itens pertinentes a cada tema*”.²⁷

Vale aqui frisar a ressalva apontada pelo administrativista Marçal Justen Filho de que a “*maioria dos problemas práticos ocorridos em licitações deriva da equivocada elaboração do ato convocatório*”, podendo-se afirmar que “*os erros na elaboração dos editais constituem-se em fatores [...] prejudiciais*” gerando conflitos, exclusões indevidas de participantes e desclassificações de propostas idôneas.²⁸

Constata-se, portanto, que o edital tanto serve de marco inicial para o processo administrativo que lhe será consequente como traz em seu bojo as regras que irão disciplinar os atos praticados pelas partes envolvidas, sendo, justamente neste sentido, que a legislação, mais uma vez de forma acertada, configurou as chamadas como uma espécie do gênero edital, aplicando suas especificidades normativas, quando cabíveis, por analogia.

Mas quais fatores levaram o legislador a diferenciar a chamada pública do edital ao invés de simplesmente enquadrá-la diretamente?

O *fator de discrimen* que levou o legislador a praticar a diferenciação possivelmente se encontra na natureza de cada um dos instrumentos que o Estado pretende utilizar para finalidades distintas.

A figura do edital decorre da previsão insculpida no artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal²⁹, o qual “*determina que os contratos administrativos sejam precedidos de licitação*”, bem como do artigo 175, também

²⁶ JUSTEN FILHO, op. cit., 2013, p. 507.

²⁷ JUSTEN FILHO, op. cit., 2012, p. 607/608.

²⁸ Ibidem, p. 608.

²⁹ CF. “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.”

de nossa Carta Magna, “ao tratar das outorgas de concessões e de permissões”³⁰ (JUSTEN FILHO, 2013)³¹. No caso específico da licitação ainda há que destacar sua estrita observância pelos *Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios* na contratação de obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações.³²

Eis aqui a razão pela qual surgiu a necessidade de se distinguir a chamada pública do edital. A chamada pública não visa contratar uma obra ou serviço, muito menos alienar ou locar, bem como suas atividades não significarão algum tipo de outorga de concessão ou permissão. Em outras palavras, as chamadas públicas são *sui generis* e, justamente por assim ser, exigiu que os legisladores e administradores previssessem um regime jurídico peculiar.

De fato, ao conceder uma bolsa de estudo para um aluno do ensino médio ou superior; ao patrocinar o mestrado, doutorado ou pós-doutorado; ao trazer para o Brasil cientistas de renome internacional ou ainda ao financiar pesquisas simples ou complexas com despesas de custeio e capital, como a busca pela cura do câncer, pesquisas atômicas ou com nanotecnologia, o Estado não está diante de um processo licitatório previsto nas legislações que lhe são próprias, muito pelo contrário, encontra-se diante de um regime jurídico específico e que necessita de instrumentos singulares. Além disso, as obrigações constantes nas *chamadas públicas* não são de *resultado*, mas sim de *meio*, o que significa dizer que não é esperado do pesquisador a efetiva obtenção do objeto pesquisado, mas sim que ele se utilize das ferramentas e instrumentos adequados e possíveis para exercer suas atividades de pesquisa. De fato, não há como exigir do cientista que ele apresente a cura da doença pesquisada, porém é exigido que ele seja diligente, execute as ações previstas no projeto de pesquisa e no plano de trabalho e preste contas dos recursos dispendidos e resultados obtidos.

Por tal razão as chamadas públicas possuem esta natureza jurídica dúplice.

Ao mesmo tempo que traz em si um elemento estático com a elaboração e lançamento de um documento escrito contendo as regras,

30 CF. “Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.”

31 JUSTEN FILHO, op. cit., 2013, p. 493/494.

32 Lei nº 8.666/93. “Art.1º Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

objetivos, metas e finalidades da ação ou programa a ser desenvolvido (edital), servirá, como elemento dinâmico, de todo procedimento que irá conduzir as atividades estatais e privadas com escopo no desenvolvimento, incremento e consolidação da pesquisa, da ciência, da tecnologia e da inovação em nosso País.

5 CONCLUSÃO

O Estado Brasileiro, por determinação de preceitos constitucionais e legais, tem o dever de incentivar e fomentar o campo da pesquisa, ciência, tecnologia e inovação - PCT&I, fato este corroborado pela atual realidade fática observada tanto na seara interna, necessidade de capacitar recursos humanos, aumentar investimentos, formar alianças estratégicas e gerar resultados; como na externa, elevar o patamar nacional do País ao das nações desenvolvidas.

Neste intuito, as agências de fomento, com destaque para a FINEP, a CAPES, o CNPq e as FAPs, há anos utilizam-se reiteradamente do instrumento jurídico denominado *chamadas públicas* para conclamar as comunidades acadêmica, científica e empresarial a participar, nas mais diferentes esferas organizacionais e campos do conhecimento, de ações e programas no campo da PCT&I. As *chamadas* são utilizadas para descrever as regras e procedimentos que irão conduzir o processo administrativo que será formado e permitir a avaliação, o monitoramento e a execução.

O arcabouço jurídico atual determina que as *chamadas públicas* sejam elaboradas com foco na realização de parcerias e na mútua colaboração entre entes públicos e privados, bem como na busca constante por *inovação*, gerando produtos, processos e serviços inovadores e permitindo que a criatividade aliada à ciência promova riqueza material e imaterial para o Brasil

Ocorre, contudo, que o ordenamento jurídico pátrio não conceitua de forma expressa o que são as chamadas públicas nem define sua natureza jurídica, publicando leis específicas tratando unicamente do campo de incidência que lhe é correlato. A ausência de normas específicas disciplinando o instituto de forma uniforme dificulta a identificação da natureza jurídica, causando dúvidas acerca do regime jurídico que lhe será aplicado.

Após pesquisa na legislação vigente e se utilizando do instituto da integração do direito, constatou-se que as leis e normas infralegais existentes definem as chamadas públicas ora como *procedimento administrativo*, ora como instrumento jurídico análogo ao *edital*.

Estas duas esferas, uma estática (editais) e a outra dinâmica (procedimento administrativo), de fato, acabam demonstrando a real dimensão das chamadas públicas, pois estas tanto iniciam e regulam as atividades de fomento à PCT&I como servem de norte para a efetivação concreta desta área de relevante interesse nacional.

REFERÊNCIAS

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

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

CASSIOLATO, José Eduardo. *Brasil, Rússia, Índia e China Sistemas nacionais de inovação são foco de estudo internacional*. Disponível em: <http://www.cgee.org.br/noticias/view-Boletim.php?in_news=669&boletim=10>. Acesso em: 29 maio 2014.

CNPq – Conselho Nacional do Desenvolvimento Científico e Tecnológico. *Relatório de Gestão Institucional do Exercício de 2012*. Disponível em: <http://www.cnpq.br/documents/-10157/1184955/Relatorio_de_Gestao_2012.pdf>. Acesso em: 05 maio 2014,

FELIPE, Maria Sueli Soares. *Desenvolvimento tecnológico e inovação no Brasil – desafios na área de biotecnologia*. Novos estudos CEBRAP, 78, publicado em julho de 1997, pag. 11-14. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/nec/n78/02>.pdf>>. Acesso em: 13 abr. 2014.

FOUREZ, G., et al. *Alfabetización Científica y Tecnológica. Acerca de las finalidades de la enseñanza de las ciencias*. Tradução: Elsa Gómez de Sarriá. Buenos Aires: Ediciones Colihue, 1997.

FNDE - Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação. *Resolução/CD/FNDE nº 26, de 17 de junho de 2013*. Disponível em: <<http://www.fnde.gov.br/fnde/legislacao/resolucoes/item/4620-resolucao-cd-fnde-nº-26,-de-17-de-junho-de-2013>>. Acessado em: 27/07/2014>.

IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *Radar: tecnologia, produção e comércio exterior*. Diretoria de Estudos e Políticas Setoriais, de Inovação, Regulação e Infraestrutura. - n. 1 (abr. 2009). Brasília: Ipea, 2009. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/radar/111108_radar16_3.pdf#page=20>. Acesso em: 20 nov. 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15 ed. São Paulo: Dialética, 2012.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas*. São Paulo: Max Limonad.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

REQUISITOS DE PATENTEABILIDADE

CRITERIA FOR PATENTABILITY

Loris Baena Cunha Neto

Procurador-Chefe da Procuradoria Federal Especializada junto ao INPI, Master of Laws in International Law pela Universidade de Heidelberg, Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina

SUMÁRIO: Introdução; 1 Aplicação Industrial; 2 Novidade; 3 Atividade Inventiva; 4 Invenção; 5 Invenções não patenteáveis; 6 Conclusão; Referências.

RESUMO: Este artigo aborda os requisitos de patenteabilidade e outros conceitos concernentes ao direito patentário. O objetivo deste trabalho é esclarecer alguns aspectos do exame do pedido de patente e contribuir à defesa judicial do INPI.

PALAVRAS-CHAVE: Patente. Invenção. Aplicação Industrial. Novidade. Atividade Inventiva.

ABSTRACT: This article surveys the patentability requirements and other concepts relating to patent law. The aim of this work is to clarify some aspects of the patent examination processes and to contribute judicial defense of the INPI.

KEYWORDS: Patent. Invention. Industrial Application. Novelty. Inventive Step.

INTRODUÇÃO

A compreensão das ações de nulidade de atos concessórios de patente perpassa pelo estudo dos requisitos de patenteabilidade. Trata-se também de tema relevante à atuação da Procuradoria Federal em uma série de outras ações judiciais, tais como aquelas que discutem o instituto da prévia anuência.

A aferição dos requisitos de patenteabilidade é realizada no âmbito do exame técnico do pedido de patentes. O processo administrativo que resulta na concessão de uma patente não é um mero *check-list* de requisitos.

O exame técnico do pedido de patente é classificado como multilateral e dialogal.¹ Diz-se que ele é multilateral porque todos os interessados podem participar do processo de concessão de uma patente. Nesse sentido, cabe chamar a atenção para o art. 31 da Lei nº 9.279/96 (Lei de Propriedade Industrial, LPI), o qual prevê a faculdade dos interessados de apresentar documentos e informações para subsidiar o exame.²

Classifica-se como dialogal o exame técnico do pedido de patente porque o depositante tem a oportunidade de apresentar argumentos contrários ao parecer elaborado pelo examinador e assim convencê-lo do preenchimento das condições para a concessão pretendida.

Existe um diálogo entre o examinador de patentes e o depositante do pedido. Esse diálogo é público e passível de acompanhamento por terceiros, posto que a Revista da Propriedade Industrial (RPI) publica despachos que noticiam as etapas do processo administrativo.

O pedido de patente apresentado pelo depositante sofre transformações no curso do processo administrativo. O parecer técnico do examinador de patentes é publicado, por força do art. 36 da Lei 9.279/96.³ Da publicação do parecer, abre-se o prazo de noventa dias para o depositante manifestar-se.

1 “O exame técnico do pedido, realizado pelo INPI, procurará avaliar a satisfação dos requisitos legais para a concessão da patente. O procedimento é multilateral e dialogal, importando em participação de todos interessados, e cooperação recíproca entre o órgão público e o depositante.” BARBOSA, Denis Borges. *Usucapião de Patentes e Outros Estudos de Propriedade Industrial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 355.

2 Lei nº 9.279/96, art. 31. Publicado o pedido de patente e até o final do exame, será facultada a apresentação, pelos interessados, de documentos e informações para subsidiarem o exame.

3 Lei nº 9.279/96, art. 36. Quando o parecer for pela não patenteabilidade ou pelo não enquadramento do pedido na natureza reivindicada ou formular qualquer exigência, o depositante será intimado para manifestar-se no prazo de 90 (noventa) dias.

O depositante possui a oportunidade, então, de apresentar argumentos técnicos contrários àqueles expostos no parecer do examinador. Observando esses aspectos do processo administrativo de concessão de patente, reconhece-se que ele é dialogal.

O diálogo existente no curso do processo administrativo de concessão de patente, entre o examinador e o depositante, compreende aspectos relativos aos requisitos de patenteabilidade.

Os requisitos de patenteabilidade são examinados na seguinte ordem: aplicação industrial, novidade e atividade inventiva. Na hipótese do pedido de patente não preencher o requisito antecedente, desnecessário prosseguir com o exame em relação ao requisito posterior.⁴

A ordem de aferição dos requisitos é adotada neste estudo. Por isso, o primeiro capítulo é dedicado à aplicação industrial. Os capítulos 2 e 3 abordam os conceitos de novidade e atividade inventiva, respectivamente.

Antes do exame dos requisitos, o examinador verifica se a matéria reivindicada constitui uma invenção, o que justifica abordar esse conceito no capítulo 4. Nem toda invenção é patenteável. A Lei nº 9.279/96 reconhece algumas matérias como não-patenteáveis, conforme se verifica no capítulo 5.

A presente exposição talvez sirva como subsídio aos órgãos de execução da Procuradoria-Geral Federal com atribuição para a defesa judicial do INPI (Instituto Nacional da Propriedade Industrial). Nesse particular, recomenda-se aos Procuradores Federais a utilização das diretrizes de exame de pedidos de patente como referencial para identificar o procedimento adequado concernente ao exame.

Os conceitos abordados neste estudo refletem o conteúdo das Diretrizes de Exame de Pedidos de Patentes – bloco II (doravante, Diretrizes de exame), publicadas em julho de 2016.⁵

4 As Diretrizes de exame de pedido de patente – bloco II reconhecem situações nas quais o examinador entenda conveniente exaurir o exame da invenção como um todo, o que significa examinar todos os requisitos posteriores, ainda que o requisito antecedente não seja preenchido.

5 INPI. Diretrizes de exame de pedidos de patente, bloco II, patenteabilidade. Resolução INPI/PR nº 169/2016. Publicada na RPI nº 2377, de 26.07.2016. Disponível em: <<http://www.inpi.gov.br>>. Acesso em: 26 jul. 2016.

1 APLICAÇÃO INDUSTRIAL

Dos três requisitos de patenteabilidade previstos no art. 8º da Lei nº 9.279/96, o primeiro analisado pelo examinador de patentes é a aplicação industrial.

Por aplicação industrial, entende-se a qualidade da invenção que a torna suscetível de uso ou produção em qualquer tipo de indústria. Trata-se de um conceito exposto no art. 15 da LPI.⁶ A invenção passível de reprodução, isto é, dotada de uma natureza que possibilita a sua repetição, é um dos aspectos observados para se aferir o preenchimento do requisito de aplicação industrial.

Para aferição do requisito em comento, adota-se o conceito amplo de indústria, correspondente à atividade econômica com caráter técnico. Incluem-se, portanto, as indústrias agrícolas e extrativas.

A invenção passível de reprodução, mas que depende da atuação personalizada de um determinado indivíduo, não possui a natureza de repetibilidade. As Diretrizes de exame citam como exemplo o método para arremessar uma bola de basquete por um indivíduo. Esse método, ainda que eficiente, depende da atuação personalizada do indivíduo, o que afasta o requisito de aplicação industrial.

A invenção para preencher o requisito da aplicação industrial precisa possuir uma utilidade, em razão do seguinte raciocínio: a indústria não reproduz algo desprovido de finalidade. Nessa linha de raciocínio, uma concepção puramente abstrata carece de aplicação industrial.

Uma invenção cuja utilidade é a conversão de uma forma de energia em outra preenche o requisito de aplicação industrial, ainda que ela não seja utilizada no uso de uma máquina, ou na manufatura de um bem.

Um método de teste de produtos industriais também é passível de preencher o requisito de aplicação industrial. O mesmo ocorre com métodos para determinar a poluição do ar ou da água.

6 Lei nº 9.279/96, art. 15. A invenção e o modelo de utilidade são considerados suscetíveis de aplicação industrial quando possam ser utilizados ou produzidos em qualquer tipo de indústria.

2 NOVIDADE

O conceito legal de novidade remete ao que não está compreendido no estado da técnica.⁷ Quando se reconhece uma matéria reivindicada como inserida no estado da técnica, admite-se o não-preenchimento do requisito de novidade.

O conceito de novidade decorre de uma ideia negativa. Novo é aquilo que não está no estado da técnica. A novidade é descaracterizada quando se identifica a disponibilidade da invenção para o público ao do depósito do pedido de patente, ressalvada algumas hipóteses. A divulgação da invenção antes do depósito do pedido de patente é conhecida como anterioridade.⁸

Adota-se no Brasil o princípio da novidade absoluta, que se contrapõe ao da novidade relativa. De acordo com o princípio da novidade absoluta, a inserção da tecnologia no estado da técnica, independentemente do país no qual isso ocorreu, constitui um óbice ao preenchimento do requisito em estudo.⁹

De vez em quando, um usuário de boa fé, sem conhecimento do sistema de propriedade industrial, tem o seu pedido de patente indeferido porque o examinador identifica que a invenção pretendida já se encontrava no estado da técnica. Para fundamentar o indeferimento, o examinador cita no parecer informações estrangeiras anteriores ao depósito do pedido de patente no Brasil.

O usuário não compreende que o estado da técnica é avaliado levando em consideração não apenas as informações disponíveis no Brasil, e procura os órgãos de controle externo. Inicia-se um procedimento no qual o INPI precisa esclarecer que o estado da técnica não é avaliado com informações circunscritas ao espaço geográfico do Brasil.

7 Lei nº 9.279/96, art. 11. A invenção e o modelo de utilidade são considerados novos quando não compreendidos no estado da técnica.

8 “[...] admite-se que a novidade é destruída por qualquer facto que tenha por consequência colocar a invenção à disposição do público: é o que se designa por anterioridade. A anterioridade resulta de uma publicidade da invenção feita antes do depósito do pedido de patente.” MAIA, José Mota. *Propriedade Industrial*. v. I. Coimbra: Almedina, 2003, p. 55.

9 BARBOSA, Denis Borges. *Uma Introdução à Propriedade Industrial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 366.

As Diretrizes de exame explicam a inexistência de restrições geográficas ou de idiomas na investigação do estado da técnica.¹⁰

O princípio da novidade absoluta comporta exceções. Uma dessas exceções reside no princípio da prioridade unionista, segundo o qual um pedido depositado em um país membro da Convenção da União de Paris possui o prazo de 12 meses para depósito em outro país membro.¹¹

A avaliação da novidade compreende três etapas, sendo que a primeira delas é a identificação dos elementos contidos na reivindicação.¹² Na segunda etapa, cabe ao examinador determinar se o documento em apreço insere-se no estado da técnica.

Quando o examinador de patente alcança a terceira etapa, cabe concluir se todos os elementos da reivindicação foram combinados no documento, sob a perspectiva de um técnico no assunto. Essa perspectiva leva em conta a possibilidade do técnico antecipar a reivindicação.

Avalia-se a novidade para cada reivindicação do pedido de patente. Vale perceber uma particularidade envolvendo a reivindicação independente.¹³ Uma reivindicação independente dotada de novidade

10 INPI. Diretrizes de exame de pedidos de patente, bloco II, patenteabilidade: “3.2 Não há restrições geográficas, de idiomas ou meios pelos quais a informação relevante foi tornada acessível ao público, bem como nenhum limite de tempo é estipulado para os documentos ou outras fontes de informação.”

11 O Procurador Federal Ricardo Luiz Sichel assim explica o princípio da novidade absoluta: “[...] o conceito de novidade absoluta não encontra limites no território onde se busca a proteção patentária, uma vez que leva em conta qualquer publicação havida, em data anterior ao pedido de privilégio. Esta tem uma série de exceções, sendo a mais conhecida aquela decorrente do princípio da prioridade unionista, que confere a um pedido depositado em um país membro da Convenção da União de Paris o prazo de 12 meses para depositá-lo em algum Estado membro, valendo a data do primeiro depósito para fins de aferição de novidade.” SICHEL, Ricardo Luiz. *Propriedade Intelectual: uma política de Estado*. Rio de Janeiro: GZ, 2014, p. 19.

12 A reivindicação de um pedido de patente é a descrição técnica da invenção.

13 As reivindicações classificam-se em dependente e independente. A reivindicação independente compreende as características técnicas consideradas essenciais e específicas da invenção. A reivindicação dependente compreende as características técnicas da reivindicação anterior, e explicita os seus detalhes, ou acrescenta características adicionais. Reproduz-se a seguir os conceitos de reivindicações independentes e dependentes, contidos nas Diretrizes de exame de pedidos de patente, bloco I: “Reivindicações independentes são aquelas que visam a proteção de características técnicas essenciais e específicas da invenção em seu conceito integral. [...] As reivindicações dependentes são aquelas que incluem todas as características de outra(s) reivindicação(ões) anterior(es) e definem detalhamentos dessas características e/ou características adicionais que não sejam consideradas características essenciais da invenção, devendo conter uma indicação de dependência a essa(s) reivindicação(ões) e a expressão ‘caracterizado por’;” INPI. *Diretrizes de exame de pedidos de patente, bloco I*: título, relatório descritivo, quadro reivindicatório, desenhos e resumo. Resolução INPI/PR nº 124/2013. Publicada na RPI nº 2241, de 17.12.2013. Disponível em: <<http://www.inpi.gov.br>>. Acesso em: 05 mar. 2016.

dispensa o exame do mesmo requisito nas respectivas reivindicações dependentes, porquanto estas também preencherão o requisito em comento.

No entanto, é possível que a reivindicação independente não seja dotada de novidade, mas as suas respectivas reivindicações dependentes o sejam. Por isso, cabe verificar o preenchimento do requisito de novidade das reivindicações dependentes de uma reivindicação independente, ainda que esta seja desprovida de novidade.

Os documentos encontrados na busca de anterioridade podem indicar a ausência de novidade da invenção. No entanto, essa conclusão não decorre de uma análise hipotética, na qual se cogita possibilidades ou especulações formuladas com base na matéria revelada na anterioridade.

Para aferir a presença de novidade, o examinador compara o documento encontrado na busca de anterioridade e o relatório descritivo do pedido de patente. O critério é de identidade estrita entre os dois documentos para se concluir pela ausência de novidade.

Desse modo, um único documento encontrado na busca de anterioridade precisa compreender cada elemento da reivindicação descrita no pedido de patente, seja explicitamente ou de forma inerente. Se não houver essa identidade estrita, o pedido preenche o requisito de novidade.

Sobre a comparação entre o documento encontrado na busca de anterioridade (matéria revelada na anterioridade) e o pedido de patente (matéria reivindicada), cabe discorrer sobre o uso de termos específico e genérico.

Imagina-se a hipótese de um documento de anterioridade descrever o produto como “feito de cobre” (termo específico). Esse documento será comparado com a matéria reivindicada no pedido de patente, a qual descreve o produto como “feito de metal” (termo genérico). O documento de anterioridade contendo o termo específico afeta a novidade da invenção descrita com um termo genérico? Sim.

Cabe agora comentar a hipótese contrária, isto é, quando o documento de anterioridade descreve o produto com termo genérico (por exemplo, “feito de metal”), diferentemente do pedido de patente descrito com termo específico (por exemplo, “feito de cobre”). No caso, o documento de anterioridade não afeta a novidade da invenção.

Como restaria a aferição de novidade se o documento de anterioridade e o do pedido de patente descrevessem o produto com metais diferentes? Nesse caso, a novidade da invenção não é afetada. A descrição do produto com um determinado metal (termo específico) no documento de anterioridade coexiste com a descrição do invento com outro metal (termo específico), sem que a novidade deste seja prejudicada pela descrição do primeiro.

3 ATIVIDADE INVENTIVA

A definição de atividade inventiva decorre do disposto no art. 13 da Lei nº 9.279/96.¹⁴ A atividade inventiva é a conclusão a qual a invenção não decorre de maneira evidente ou óbvia do estado da técnica, partindo da perspectiva de um técnico no assunto.

O requisito de atividade inventiva não se confunde com o da novidade, embora ambos sejam semelhantes. Uma invenção dotada de atividade inventiva possui novidade. Entretanto, nem toda invenção dotada de novidade preenche o requisito de atividade inventiva.

Qualifica-se a invenção como óbvia quando o técnico no assunto puder alcançá-la tão-somente por análise lógica. Nesse caso, a invenção é desprovida de solução técnica inesperada e o pedido de patente não preenche o requisito de atividade inventiva.

Pontes de Miranda ao abordar o conceito de invenção, explica a atividade inventiva de forma correspondente à compreensão hoje existente sobre o requisito previsto no art. 13 da Lei nº 9.279/96, *in verbis*:

O que importa é que a atividade inventiva ultrapasse o que o técnico da especialidade podia, tal como estava a técnica no momento, achar. O que todos os técnicos da especialidade, no momento, podiam achar não é invenção: não inventa o que diz ter inventado o que qualquer técnico da especialidade acharia. Porque tal achado estaria dentro da técnica do momento, sem qualquer *quid novum*.¹⁵

A invenção dotada de atividade inventiva resulta de uma criação intelectual, e não uma mera conclusão lógica a partir do conhecimento

¹⁴ Lei nº 9.279/96, art. 13. A invenção é dotada de atividade inventiva sempre que, para um técnico no assunto, não decorra de maneira evidente ou óbvia do estado da técnica.

¹⁵ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Parte Especial. Tomo XVI. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956, p. 273.

disponível. Dos três requisitos de patenteabilidade, a atividade inventiva possui uma carga subjetiva maior.¹⁶

A definição do técnico no assunto é idêntica para efeitos de atividade inventiva e para avaliação de suficiência descritiva. O técnico no assunto é aquele detentor do conhecimento mediano da técnica considerando a data de depósito do pedido de patente. O técnico no assunto possui conhecimento técnico-científico ou operacional do objeto.

Determinadas tecnologias avançadas, como a nanotecnologia, demandam uma abordagem diferente no que se refere ao técnico no assunto. No caso, o técnico no assunto não é considerado um indivíduo isolado, detentor do conhecimento técnico, mas sim uma equipe de pesquisa ou de produção.

Quando se avalia a atividade inventiva, a aferição não se restringe a identificar a solução técnica em si. *Mister* avaliar também três outros aspectos: (i) o campo técnico no qual a invenção pertence; (ii) o problema técnico solucionado; (iii) os efeitos técnicos produzidos pela invenção.

4 INVENÇÃO

A invenção é o resultado da criação intelectual em um setor tecnológico, com a finalidade de solucionar um problema técnico. Dois elementos costumam aparecer nas definições de invenção, a saber, criação intelectual e solução de um problema técnico.¹⁷

A invenção compreende os seguintes elementos: (i) insere-se em um setor tecnológico; (ii) resolve um problema técnico; (iii) possui efeito técnico. Nesse diapasão, a formulação do pedido de patente há de destacar o caráter técnico do problema, bem como a resolução do mesmo alcançada pela invenção.

16 Di Blasi explica a subjetividade da atividade inventiva nos seguintes termos: “A subjetividade do requisito de atividade inventiva pode ser constatada, por exemplo, quando a obtenção de uma substância ativa – fundamental para a produção de alimentos, medicamentos etc. – depende mais da criatividade do que da mera aplicação de técnicas e conhecimentos convencionais. Neste caso, observa-se um grau de inventividade e, portanto, o profissional especializado no assunto, após verificação, atestará que a invenção possui atividade inventiva.” DI BLASI, Gabriel. *A Propriedade Industrial*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 225, 226.

17 “A invenção, pela sua origem, caracteriza-se como uma criação intelectual, como o resultado da atividade inventiva do espírito humano; pelo modo de sua realização, classifica-se como uma criação de ordem técnica; e, pelos seus fins, constitui um meio de satisfazer às exigências e necessidades práticas do homem.” CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado da Propriedade Industrial*. v. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 152.

A mera identificação de uma propriedade em um produto não caracteriza o ato inventivo. A identificação de uma propriedade é uma descoberta, que não se confunde com invenção. A aplicação prática da propriedade de um produto é um fator determinante para a caracterização da invenção.

O art. 10 da LPI enumera as matérias não consideradas como invenção, ou mesmo modelo de utilidade.¹⁸

Os métodos matemáticos não são invenções, porquanto eles não resolvem um problema técnico. Por outra senda, há métodos que compreendem conceitos matemáticos, os quais servem para resolver problemas técnicos. Nesse caso, o método é considerado invenção.

O primeiro exemplo fornecido pelas Diretrizes de exame ilustra a diferença entre método matemático e método que compreende conceitos matemáticos. O exemplo refere-se ao método rápido de divisão, que não é revestido da natureza de invenção. No entanto, a máquina de calcular, que utiliza um método rápido de divisão, é considerada invenção.

As concepções puramente abstratas carecem de viabilidade prática, posto que existem no plano das idéias. Por esse motivo, elas não são invenções. A concepção deixa de ser puramente abstrata quando se elabora um método que compreenda uma sequência de ações dedicadas à solução de um problema técnico; nesse caso, esse método é considerado invenção.

O inciso III do art. 10 da LPI refere-se aos esquemas, planos, princípios ou métodos comerciais, contábeis, financeiros, educativos, publicitários, de sorteio e de fiscalização. Um método contábil, por exemplo, pode possuir uma utilidade prática. No entanto, isso não basta para considerá-lo como invenção.

É possível que um método aplicável à área financeira não se qualifique como método financeiro. O mesmo se verifica em relação às demais áreas de conhecimento mencionadas no inciso III do art. 10 da Lei nº 9.279/96.

18 Lei nº 9.279/96, art. 10. Não se considera invenção nem modelo de utilidade: I - descobertas, teorias científicas e métodos matemáticos; II - concepções puramente abstratas; III - esquemas, planos, princípios ou métodos comerciais, contábeis, financeiros, educativos, publicitários, de sorteio e de fiscalização; IV - as obras literárias, arquitetônicas, artísticas e científicas ou qualquer criação estética; V - programas de computador em si; VI - apresentação de informações; VII - regras de jogo; VIII - técnicas e métodos operatórios ou cirúrgicos, bem como métodos terapêuticos ou de diagnóstico, para aplicação no corpo humano ou animal; e IX - o todo ou parte de seres vivos naturais e materiais biológicos encontrados na natureza, ou ainda que dela isolados, inclusive o genoma ou germoplasma de qualquer ser vivo natural e os processos biológicos naturais.

O exemplo oferecido pelas Diretrizes de exame elucida essa questão do método aplicável à área financeira, que não se qualifica como método financeiro. O método apto a identificar uma nota bancária pelo padrão de imagens, cores e textos é aplicável à área financeira. Ele não constitui um método financeiro. Esse método resolve um problema técnico relacionado à identificação e contagem de objetos. É possível considerá-lo como invenção.

O inciso IV do art. 10 da LPI exclui as obras literárias, arquitetônicas, artísticas e científicas ou qualquer criação estética do conceito de invenção ou modelo de utilidade. Quando se avalia uma invenção, não é levado em consideração o efeito estético de um produto. Por outro lado, os meios para se obter um efeito estético são considerados como invenção.

Uma escultura não é invenção, nos termos do art. 10, IV, da LPI. Diferentemente, um processo de encadernação, ou colagem de livro, é uma invenção. O processo de encadernação é um meio para obtenção de um determinado efeito estético.

O programa de computador em si não é passível de patenteamento, em razão do art. 10, V, da Lei nº 9.279/96. O Programa de computador em si compreende os elementos literais da criação, particularmente, o código fonte. Trata-se de um conjunto organizado de instruções, descrito em linguagem natural ou codificada. O programa de computador em si compreende.

Distingue-se “programa de computador em si” (não-patenteável) e “invenção implementada por programa de computador” (patenteável). Esse é um tema que suscita polêmicas, notadamente porque muitos dos críticos do INPI não compreendem que a invenção implementada por programa de computador não se confunde com o programa de computador em si.

A invenção implementada por programa de computador resolve um problema técnico. A natureza técnica desse problema não se restringe ao código fonte.¹⁹

A apresentação de informações não é considerada invenção, ou modelo de utilidade, consoante o art. 10, VI, da LPI. Bula de remédio, por exemplo, enquadra-se na vedação legal em comento. Os aspectos

19 “De fundamental importância para o reconhecimento de uma invenção, portanto, é a identificação da natureza do problema que está sendo resolvido, que deve se encontrar num campo não incluído nos incisos do artigo 10 da LPI.” ABRANTES, Antônio Carlos Souza de. Desmistificando as patentes de software. *Revista da ABPI*, Rio de Janeiro, nº 73, p. 9-23, nov./dez. 2004, p. 19.

relativos à informação em interfaces gráficas com o usuário, utilizadas em computadores, não são patenteáveis. Os métodos associados aos aspectos funcionais das interfaces gráficas são passíveis de serem compreendidos como invenção.

As regras de jogo não são consideradas invenções, posto que elas não solucionam um problema técnico. Um método de solução de palavras cruzadas, ainda que automatizado, não é patenteável, pela vedação do art. 10, VII, da LPI.

Jogos de tabuleiros podem ser patenteáveis se a invenção referir-se à solução técnica de um problema. As Diretrizes de exame oferecem o exemplo do tabuleiro cujos pés se adaptam para uso em uma praia. Em tese, essa disposição é patenteável, mas não a regra do jogo do tabuleiro, por expressa vedação legal.

O inciso VIII do art. 10 da Lei nº 9.279/96 desqualifica como invenção as técnicas e os métodos operatórios ou cirúrgicos, os terapêuticos e os de diagnóstico, quando aplicáveis no corpo humano ou em animais. Por exemplo, não são invenções os seguintes métodos de tratamento: (i) contra ectoparasitas (piolhos, por exemplo); (ii) de retina por meio de laser; e (iii) de paciente mediante diálise extracorpórea.

As Diretrizes de exame trazem dois exemplos de métodos de tratamento que não são de caráter terapêutico, e portanto, são passíveis de serem compreendidos como invenções. O primeiro exemplo é o método para aumentar a produção de lã caracterizada por administrar um determinado composto a ovelhas.

O segundo exemplo refere-se ao método para hidratar a pele humana, o qual é caracterizado pela aplicação de uma composição à pele humana, com a finalidade de alcançar um efeito estético. Não havendo indicativo na descrição do pedido que o método de hidratação constitui um tratamento dermatológico, ele pode qualificar-se como invenção.

Situação mais complexa ocorre quando o método tem uma finalidade terapêutica e não-terapêutica. O método não será considerado invenção quando o efeito não-terapêutico for indissociável do efeito terapêutico. Por exemplo, método para remoção da placa dental. Esse método possui um efeito cosmético relacionado à aparência dos dentes. No caso, o efeito terapêutico é indissociável ao cosmético (não-terapêutico). Consequentemente, o método para remoção de placa dental possui seu patenteamento vedado pelo inciso VIII do art. 10 da LPI.

A chave para compreender o art. 10, IX, da Lei nº 9.279/96, está no conceito de processo biológico natural. Não são considerados como invenção o todo ou parte dos seres vivos naturais e materiais biológicos encontrados na natureza, ou ainda que dela isolados, inclusive, o genoma e o germoplasma de qualquer ser vivo natural, quando se referem a processos biológicos naturais.

O processo reivindicado é considerado invenção quando envolve um material encontrado na natureza, no qual tenha havido intervenção humana, isto é, dissociado do processo biológico natural.²⁰

5 INVENÇÕES NÃO PATENTEÁVEIS

O art. 18 da LPI estabelece o que não é patenteável.²¹ A primeira vedação refere-se ao que é contrário à moral, aos bons costumes e à segurança. O dispositivo não se aplica em função da mera possibilidade de abuso de uma invenção. Caso a invenção possa ser explorada em observância à ordem pública, não há de se falar de indeferimento do pedido de patente.

Imagina-se, por exemplo, uma máquina de fotocópias com precisão aperfeiçoada. O uso dessa invenção é passível de desvirtuamento, posto que ela possibilita a falsificação de dinheiro. A mera hipótese de uso contrário à ordem pública não obsta a concessão do pedido patentário, com fulcro no art. 18, I, da Lei nº 9.279/96. Observa-se que a invenção em comento não é destinada a falsificar dinheiro.

A proibição de exploração comercial de um produto não representa uma hipótese de exclusão de patenteabilidade, como explica o Dr. Luiz

20 INPI. Diretrizes de exame de pedidos de patente, bloco II: patenteabilidade, 1.44: “[...] Quando o processo reivindicado envolve todo ou parte de seres vivos naturais e materiais biológicos encontrados na natureza, inclusive o genoma ou germoplasma, mas não consiste em um processo biológico natural, não há nenhum impedimento para a sua patenteabilidade de acordo com o disposto no inciso IX do artigo 10 da LPI. Dessa forma, o processo que utiliza um produto natural representa o resultado de uma intervenção humana e é considerado invenção.”

21 Lei nº 9.279/96, art. 18. Não são patenteáveis: I - o que for contrário à moral, aos bons costumes e à segurança, à ordem e à saúde públicas; II - as substâncias, matérias, misturas, elementos ou produtos e qualquer espécie, bem como a modificação de suas propriedades físico-químicas e os respectivos processos de obtenção ou modificação, quando resultantes de transformação do núcleo atômico; e III - o todo ou parte dos seres vivos, exceto os microorganismos transgênicos que atendam aos três requisitos de patenteabilidade - novidade, atividade inventiva e aplicação industrial - previstos no art. 8º e que não sejam mera descoberta. Parágrafo único. Para os fins desta Lei, microorganismos transgênicos são organismos, exceto o todo ou parte de plantas ou de animais, que expressem, mediante intervenção humana direta em sua composição genética, uma característica normalmente não alcançável pela espécie em condições naturais.

Otávio Pimentel no trecho a seguir transcrito: “[...] os casos que podem ser previstos de exclusão da patenteabilidade não podem resultar do mero fato de que a exploração esteja proibida pela legislação nacional ou regional de um Estado membro.”²²

Determinadas invenções na área de biotecnologia não são patenteáveis, posto que se enquadram na vedação do art. 18, I, da LPI. As Diretrizes de exame trazem como exemplo os seguintes processos: (i) clonagem do ser humano; (ii) modificação do genoma humano que altere a identidade genética de células germinativas humanas.

O art. 18, II, da LPI refere-se aos métodos de fissão ou fusão nuclear em si, e seus produtos. Esses métodos e produtos não são patenteáveis. Por outro lado, é patenteável o processo, ou o método, que envolva material radioativo, desde que não haja transformação do núcleo atômico. Tampouco os equipamentos associados à tecnologia nuclear enquadram-se na vedação do art. 18, II, da LPI.

O art. 18, III, da Lei nº 9.279/96 veda o patenteamento de todo ou parte dos seres vivos. O mesmo dispositivo permite o patenteamento de microrganismos transgênicos que atendam aos três requisitos de patenteabilidade (novidade, atividade inventiva e aplicação industrial), conquanto eles não decorram de mera descoberta.

A definição de microrganismo transgênico é oferecida pelo parágrafo único do art. 18 da LPI, a saber, organismo cuja composição genética tenha sido obtida por intermédio da ação humana direta e que preencha duas condições: (i) não sejam todo ou parte de plantas ou de animais; (ii) expressem uma característica não observada pela espécie em condições naturais.

Se na descrição do pedido patentário, o termo microrganismo compreender células animais e vegetais, incidirá a proibição do art. 18, III, da LPI, porquanto é vedado o patenteamento de todo ou parte de plantas ou animais. O todo ou parte de plantas ou animais, ainda que transgênicos, não são passíveis de patenteamento.

²² PIMENTEL, Luiz Otávio. *Direito Industrial: as funções do Direito de Patentes*. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 209.

6 CONCLUSÃO

À medida que um país aumenta a produção em ciência e tecnologia, reconhece-se a importância dos instrumentos de proteção da propriedade industrial.²³ A patente é um desses instrumentos, o que demonstra a posição estratégica que o INPI pode desempenhar no cenário nacional.

Nesse particular, o Procurador Federal Mauro Sodré Maia assim se pronuncia sobre o caráter estratégico da propriedade industrial:

É de se dizer que um país que pretenda se elevar à condição de uma economia desenvolvida, não poderá desconhecer, ignorar ou abrir mão de possuir um sistema de propriedade industrial bem estruturado, que, paralelamente a outras ações, estimule a inovação, e, conseqüentemente, o desenvolvimento tecnológico, econômico e social.²⁴

O INPI é amplamente criticado pela demora na concessão das patentes, problema conhecido como *backlog*. A instituição reconhece a premência de reduzir o tempo de tramitação do processo administrativo e empenha-se nesse sentido. Esses esforços não recebem igual divulgação. Tampouco a qualidade do exame técnico realizado pelo INPI costuma aparecer na imprensa.

Um dos critérios para se avaliar a qualidade do exame técnico é o número de ações judiciais que objetivam a nulidade do ato administrativo de deferimento ou indeferimento. O número de ações judiciais que impugnam o exame técnico do pedido de patente não alcança 1% do total de decisões administrativas publicadas que concluem o processo administrativo.

A conclusão do exame técnico resulta na publicação de um dos seguintes despachos: (i) despacho 9.2: indeferimento do pedido; (ii) despacho 11.2: arquivamento definitivo do pedido por falta de cumprimento da exigência formulada que informa o arquivamento definitivo do pedido por falta de cumprimento de exigência formulada; (iii) despacho 9.1: deferimento do pedido. O quadro abaixo apresenta o total de decisões concernentes ao deferimento e indeferimento dos pedidos de patente, bem como publicação do despacho 11.2, nos anos de 2015 e 2014.

23 HALL, Bronwyn H. Patents and patent policy. *Oxford Review of Economic Policy*, Oxford, v. 23, nº 04, p. 568-587, winter 2007, p. 568.

24 MAIA, Mauro Sodré. Propriedade Industrial e Patentes Farmacêuticas: um breve histórico e questões atuais. In: BOCCHINO, Leslie de Oliveira; NEIVA, Juliana Mayrink Vieira (Orgs.). *Propriedade Intelectual: conceitos e procedimentos* – v. 2, Brasília, n. 14, p. 89-125, jan. 2012, p. 92.

Decisões	2015	2014
Deferimento (9.1)	3749	3500
Indeferimento (9.2)	2864	2586
Arquivamento definitivo [não respondida a exigência técnica - art. 36 §1º da LPI (11.2)]	382	335

O Sistema de Controle das Ações da União (SICAU) indica o ajuizamento de 50 ações judiciais sobre patentes em face do INPI, no ano de 2014. Em 2015, foram ajuizadas aproximadamente 66 ações tendo o INPI como réu, na área de patentes. É um número pequeno considerando o total de exames técnicos concluídos.

A qualidade do exame técnico do INPI, defendida pelos órgãos de execução da Procuradoria-Geral Federal, indica que a autarquia está em condições de desempenhar um papel estratégico na área de ciência e tecnologia do País.

Afasta-se a idéia da autarquia como um mero órgão de concessão de patente, e de registro de outros bens imateriais. O conhecimento acumulado pelo INPI em todos os setores tecnológicos sugere que a autarquia encontra-se qualificada para contribuir na formulação das estratégias de desenvolvimento do sistema produtivo nacional.

REFERÊNCIAS

ABRANTES, Antônio Carlos Souza de. Desmistificando as patentes de software. *Revista da ABPI*, Rio de Janeiro, n. 73, p. 9-23, nov./dez. 2004.

BARBOSA, Denis Borges. *Usucapião de Patentes e Outros Estudos de Propriedade Industrial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

BARBOSA, Denis Borges. *Uma Introdução à Propriedade Industrial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BRASIL. *Lei 9.279, de 14 de maio de 1996*. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br>>. Acesso em: 05 mar. 2016.

CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado da Propriedade Industrial*. v. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DI BLASI, Gabriel. *A Propriedade Industrial*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

HALL, Bronwyn H. Patents and patent policy. *Oxford Review of Economic Policy*, Oxford, v. 23, n. 04, p. 568-587, winter 2007.

MAIA, José Mota. *Propriedade Industrial*. v. I. Coimbra: Almedina, 2003.

MAIA, Mauro Sodré. Propriedade Industrial e Patentes Farmacêuticas: um breve histórico e questões atuais. In: BOCCHINO, Leslie de Oliveira; NEIVA, Juliana Mayrink Vieira (Orgs.). *Propriedade Intelectual: conceitos e procedimentos*, Brasília, v. 2, n. 14, p. 89-125, jan. 2012.

INPI. *Diretrizes de exame de pedidos de patente, bloco II: patenteabilidade*. Resolução INPI/PR nº 169/2016. Publicada na RPI nº 2377, de 26.07.2016. Disponível em: <<http://www.inpi.gov.br>>. Acesso em: 26 jul. 2016.

INPI. *Diretrizes de exame de pedidos de patente, bloco I: título, relatório descritivo, quadro reivindicatório, desenhos e resumo*. Resolução INPI/PR nº 124/2013. Publicada na RPI nº 2241, de 17.12.2013. Disponível em: <<http://www.inpi.gov.br>>. Acesso em: 05 mar. 2016.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Parte Especial. Tomo XVI. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956.

PIMENTEL, Luiz Otávio. *Direito Industrial: as funções do Direito de Patentes*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

SICHEL, Ricardo Luiz. *Propriedade Intelectual: uma política de Estado*. Rio de Janeiro: GZ, 2014.

O RELACIONAMENTO DAS FUNDAÇÕES DE APOIO COM ÓRGÃOS DE ENSINO E PESQUISA PÚBLICOS COM APOORTE FINANCEIRO DE EMPRESA PRIVADA

*THE RELATIONSHIP OF FOUNDATIONS SUPPORT TO EDUCATION
AND PUBLIC RESEARCH AGENCIES WITH FINANCIAL
CONTRIBUTION OF PRIVATE COMPANY*

Marcos da Silva Couto¹
Procurador Federal

SUMÁRIO: Introdução; 1 Constituição e Registro;
2 Da Finalidade; 3 Do Instrumento; 4 Da Gestão
Financeira, do Controle e das Compras; 5 Conclusão;
Referências.

¹ Procurador Chefe do Instituto de Pesquisas Jardim Botânico do Rio de Janeiro. MBA em Direito
Econômico no IBEMEC – Rio de Janeiro

RESUMO: A Lei 8.958/94 veio dispor a respeito das relações entre as IFES e ICTs com as Fundações de Apoio. Todavia, com as alterações que foram sendo introduzidas na legislação podemos distinguir claramente três campos de normatização. O primeiro, previsto no artigo 1º, trata especificamente do relacionamento das entidades apoiadas com as fundações. Já no artigo 1º-A temos a previsão do relacionamento da FINEP, FNDCT, CNPq, agências financeiras oficiais de fomento e empresas públicas e sociedades de economia mista com as fundações de apoio, com o objetivo de dar apoio às IFES e ICTs. Por fim, o artigo 1º-B trata o relacionamento das organizações sociais e entidades privadas com as fundações de apoio, também com a finalidade de dar apoio às IFES e ICTs. O presente artigo tem por objetivo realizar um estudo acerca do relacionamento entre as Fundações de Apoio e as Instituições Científicas e Tecnológicas – ICT's, quando houver a participação de entidades privadas, especificamente quando estas atuam como financiadoras de um projeto. Considerando a gama de assuntos que envolvem estes relacionamentos, iremos focar nos aspectos formais previstos nas Leis 8.958/94, 10.973/2004, 13.019/2014 e 13.243/2016 e nos Decretos 7.423/2010, 8.240/2014 e 8.241/2014, em especial nos seguintes aspectos: finalidade principal deste relacionamento, constituição e registro das Fundações de Apoio, instrumento a ser utilizado pelas partes e, por fim, na gestão financeira, no controle e nas compras.

PALAVRAS- CHAVE: Fundação de Apoio. Constituição e Registro. Gestão Financeira.

ABSTRACT: The law 8958 / 94 became available about the relationship between IFES and ICTs with the Foundations Support. However, with the changes that have been introduced in the legislation we can clearly distinguish three regulation fields. The first, refereed in Article 1 deals specifically with the relationship of the entities supported with the foundations. Already in Article 1a have the weather FINEP relationship FNDCT, CNPq, official development financing agencies and public enterprises and joint stock companies with the support foundations, with the aim of providing support to IFES and ICTs. Finally, Article 1-B deals with the relationship of social organizations and private entities with support foundations, also for the purpose of providing support to IFES and ICTs. This article aims to conduct a study about the relationship between the Foundation for the Support and Scientific and Technological Institutions – ICT's, when the participation of private entities, specifically when it acts as financier of a project. Considering the range of issues surrounding these relationships, we will focus on formal aspects provided

for in Laws 8.958/94, 10973/2004, 13019/2014 and 13243/2016 and the Decree 7423/2010, 8240/2014 and 8241/2014, in particular the following: the main purpose of this relationship, constitution and registration of Foundations support, instrument to be used by the parties and, finally, financial management, control and purchases

KEYWORDS: Support Foundation. Constitution and Registration. Financial Management.

INTRODUÇÃO

Dois dos principais pilares que alavancam o desenvolvimento de um país são, indubitavelmente, a educação e a área de ciência e tecnologia, especialmente no que diz respeito à inovação.

No Brasil, em virtude da política da conta única do tesouro instituída pelo Decreto nº 93.782/86, os investimentos que eventualmente empresas privadas desejassem aportar em uma determinada área de pesquisa que estivesse em desenvolvimento por algum órgão da administração indireta obrigatoriamente deveriam ser alocados na conta única.

Com isso, o retorno deste valor na forma de orçamento para a entidade que se encontrava desenvolvendo determinada pesquisa, muitas vezes não tinha a agilidade que seria necessária para o avanço do trabalho em desenvolvimento.

Com o advento da Lei 8.958 de 20 de dezembro de 1994, abre-se um novo horizonte. É certo que no entendimento da Controladoria Geral da União somente a partir da edição da Lei 12.863/2013, que trouxe profundas alterações no normativo anterior, é que a questão relativa à captação de recursos passou a ser regulada adequadamente.

Independentemente desta discussão, o fato é que hoje as Fundações de Apoio atuam de forma constante junto às IFES e ICT's na área de captação e gestão de recursos, sem ingresso na Conta Única do Tesouro.

1 CONSTITUIÇÃO E REGISTRO

As Fundações de Apoio devem estar constituídas na forma de uma Fundação de direito privado, sem fins lucrativos, na forma do Código Civil, aplicando-se os artigos 62 a 69. Deve ainda constar expressamente no

seu estatuto a observância aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e eficiência.

Apesar de desnecessário, por já ser uma exigência do Código Civil, a lei especial determina que deverá sofrer a fiscalização do Ministério Público.

Além disso, deverão obter registro e credenciamento, com validade de dois anos, renováveis por iguais períodos, desde que cumpridas as formalidades previstas na legislação, junto ao Ministério da Educação e o Ministério da Ciência e Tecnologia, que analisarão o pedido através de um grupo de apoio técnico.

Importante assinalar que alguns requisitos que são indispensáveis para a aprovação do pedido demonstram claramente a intenção do legislador no sentido de que a Fundação de Apoio e a instituição apoiada tenham grande aproximação.

O primeiro é que a composição dos órgãos dirigentes da Fundação deverá ter mais da metade de seus membros indicados pela instituição apoiada.

O segundo é a necessidade da apresentação da ata de deliberação do órgão superior da entidade apoiada manifestando sua concordância com o registro e credenciamento.

Por fim, também é documento indispensável a apresentação de norma aprovada pelo órgão superior da instituição apoiada disciplinando o seu relacionamento com a fundação de apoio, especialmente quanto aos projetos desenvolvidos.

Nota-se com isso que o legislador pretendeu dar um desenho às Fundações de Apoio de forma a que estejam intimamente ligadas às instituições apoiadas.

E não poderia ser diferente.

O modelo de relacionamento que se pretende é de alinhamento e convergência de ações que busquem atender os interesses e projetos da entidade apoiada na área de ensino, ciência, tecnologia e inovação.

Cumprir registrar que a atuação da Fundação de Apoio não está adstrita a um único órgão, podendo apoiar mais de uma IFE ou ICT desde que seja compatível com o objetivo da instituição a que está vinculada e mediante autorização do grupo de apoio técnico que analisa o registro e credenciamento.

2 DA FINALIDADE

A finalidade do relacionamento entre as IFES e ICT's com as Fundações de Apoio está prevista no artigo 1º da Lei 8.958/94: o apoio a projetos de ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional, científico e tecnológico e estímulo à inovação.

Tal apoio se dá, primordialmente, através da gestão administrativa e financeira dos recursos que forem aportados no projeto.

Parece-nos que os conceitos vindos da lei são bastante genéricos e a análise, por exemplo, se determinada atividade se coaduna com o conceito de “*projeto de pesquisa*”, acaba entrando no campo da subjetividade.

Por tal motivo, o Tribunal de Contas da União já se posicionou firmemente sobre este tema, como se pode notar no Acórdão 1405/2016:

25. É farta a jurisprudência no Tribunal a respeito do tema, podendo-se destacar o seguinte excerto do voto do Ministro José Jorge, condutor do Acórdão 2.674/2014–TCU–Segunda Câmara:

3.4. Além disso, não se pode desconsiderar a grande quantidade de determinações precedentes deste Tribunal. O TCU, por meio de reiteradas deliberações (Decisões Plenárias nºs 252/1999, 30/2002, 655/2002 e 1140/2002 e Acórdãos/TCU nºs 120/2002, 342/2002, 523/2003, 668/2003, 1934/2004, 328/2005 (Plenário), 1292/2003, 1306/2003, 249/2002, 890/2003, 1909/2003 (1ª Câmara), 217/2002 e 813/2003 (2ª Câmara), *já havia firmado, de maneira uniforme, o entendimento de que os contratos e convênios realizados entre as instituições federais de ensino superior e suas fundações de apoio devem estar diretamente vinculados a projetos perfeitamente identificáveis, com geração de um produto definido nas áreas de pesquisa, ensino ou efetivo desenvolvimento institucional, não cabendo a contratação de atividades continuadas, desvinculadas de projeto específico.* (grifo nosso)

3.5. O dispositivo legal contido no inciso XIII do art. 24 da Lei de Licitações não pode ser usado como mero meio de burla à obrigação constitucional e legal de licitar. As contratações com dispensa de licitação de fundações de *apoio* pelas instituições federais de ensino superior devem limitar-se ao escopo definido no art. 1º da Lei 8.958/1994, quais sejam: *apoio* a projetos de

pesquisa, ensino, extensão e de desenvolvimento institucional, científico e tecnológico de interesse das instituições federais contratantes. (Processo 026.021/2015-3 – Plenário Relator Bruno Dantas)

Conclui-se, portanto, que ante a dificuldade de conceituação é necessário que se observe alguns requisitos, tais como o prazo determinado, projeto identificável e a geração de um produto definido.

Por tal motivo eventuais prorrogações da avença entre as partes devem ser clara e objetivamente justificadas, sob pena de se caracterizar como uma indeterminação no seu prazo.

No mesmo sentido não é possível que o resultado esperado esteja apontado de forma genérica, sendo imprescindível a precisa delimitação do produto que se deseja alcançar.

É óbvio, que por estarmos tratando de pesquisa, eventualmente o objetivo que se espera alcançar acaba sendo desviado por motivos que fogem do controle e que é inerente à própria atividade da pesquisa. Todavia o que a lei exige é que no projeto se apresente de forma clara o produto pretendido.

Por outro lado, o conceito de desenvolvimento institucional está mais objetivamente definido pela legislação no artigo 1º § 1º da Lei 8.958/94, assim como no artigo 2º do Decreto 7.423/2010.

É absolutamente vedada a contratação de serviços que venham a ser prestados em favor da instituição e não do projeto, tais como recepção, copeiragem, reprografia, entre outros.

No que diz respeito à intervenção na área infraestrutural, material ou laboratorial, ela é permitida desde que esteja vinculada às obras laboratoriais, aquisição de materiais, equipamentos e insumos diretamente relacionados às atividades de inovação e pesquisa científica e tecnológica.

Em resumo, qualquer contratação, compra ou obra efetuada através de uma Fundação de Apoio não pode ter como foco as atividades administrativas ou rotineiras da entidade apoiada, mas deve estar baseada em um plano de trabalho e projetos voltados exclusivamente para a área de inovação e pesquisa científica e tecnológica.

3 DO INSTRUMENTO

Questão que apresenta muita discussão é exatamente a respeito de qual instrumento deve ser utilizado.

O artigo 8º do Decreto 7.423/2010 aponta que a formalização entre as partes para a realização de projetos institucionais devem ser feitas através de “*contratos, convênios, acordos ou ajustes individualizados.*”

Na diferenciação clássica da doutrina administrativista os contratos têm como característica a contraposição de interesses e a contraprestação das partes enquanto que os convênios caracterizam-se por objetivos institucionais comuns, a busca de um resultado comum e a mútua colaboração entre as partes.

Termos ou acordos de colaboração ou ainda termos de cooperação, que são as expressões utilizadas pela legislação, apresentam características semelhantes aos convênios.

Se pegarmos emprestada a conceituação da Lei 13.019/2014, que estabelece o regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, teremos que:

parceria é um conjunto de direitos, responsabilidades e obrigações decorrentes da relação jurídica estabelecida formalmente entre a administração pública e organizações da sociedade civil em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividade ou projeto expressos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação

Assim, parece-nos que as avenças em que figurem as entidades apoiadas, as Fundações de Apoio e um terceiro, como por exemplo, uma entidade privada, que é o objeto deste estudo possui características que a aproximam mais dos convênios e acordos do que dos contratos.

Neste modelo temos a ICT se dedicando ao desenvolvimento da pesquisa propriamente dita, a Fundação de Apoio como gestora dos recursos financeiros e a entidade privada como financiadora do projeto.

Fica evidente, no caso, não a contraposição entre as partes mas sim objetivos comuns, a busca de um resultado comum e a mútua colaboração.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro ao fazer a diferenciação entre contratos e convênios aponta que:

b) os entes conveniados têm *objetivos institucionais* comuns e se reúnem, por meio de convênio, para alcançá-los; por exemplo, uma universidade pública – cujo objetivo é o ensino, a pesquisa e a prestação de serviços à comunidade – celebra convênio com outra entidade, pública ou privada, para realizar um estudo, um projeto, de interesse de ambas, ou para prestar serviços de competência comum a terceiros; (...)²

A ilustre administrativista, porém, apresenta uma ressalva com relação aos convênios:

Quanto ao convênio entre entidades públicas e particulares, a possibilidade de sua celebração foi bastante restringida pela Lei nº 13.019, de 31-7-14, que estabelece o regime jurídico das parcerias voluntárias, envolvendo ou não transferências de recursos financeiros, entre a Administração Pública e as organizações da sociedade civil. Esta lei previu, como instrumentos para celebração do ajuste, os chamados *termos de colaboração*, *termos de fomento* e acordos de cooperação e, no artigo 84, restringiu os convênios e parcerias firmadas entre os entes federados, salvo nos casos expressamente previstos.

Portanto, a partir da entrada em vigor dessa lei (que ocorrerá 540 dias após a sua publicação, conforme Medida Provisória nº 684, de 29-10-14, convertida na Lei nº 13.204, de 14-12-15), os convênios somente serão possíveis entre entes públicos; entre entes públicos e particulares são possíveis apenas na área da saúde, com fundamento no artigo 199 da Constituição Federal”³

De fato, o artigo 84-A da Lei 13.019/2014 restringiu a utilização dos convênios nas hipóteses em que forem partes entes federados ou pessoas jurídicas a eles vinculadas e ainda as entidades filantrópicas e sem fins lucrativos na área de saúde.

A dúvida é se a restrição imposta dirige-se a toda ou qualquer avença que envolva órgão público ou se está restrita às parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil.

2 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

3 Ibidem.

Parece-nos que a melhor interpretação é a restritiva.

Com efeito, caso o legislador pretendesse que tal norma recaísse também nos casos em que há a participação de fundação pública deveria ter alterado o artigo 1º da Lei 8.958/94, que usa a expressão convênios.

Assim, a possibilidade da utilização do convênio foi afastada quando a relação se der entre a administração pública e organizações da sociedade civil.

Importante ainda ressaltar que, apesar das Fundações de Apoio se aproximarem da definição de organização da sociedade civil prevista no artigo 2º, inciso I alínea “a” da Lei 13.019/2014, elas possuem características próprias e, mais importante, uma lei especial que trata do seu relacionamento com as entidades públicas.

4 DA GESTÃO FINANCEIRA, DO CONTROLE E DAS COMPRAS

Ao mesmo tempo em que o legislador criou uma opção de investimento na área de pesquisa para que recursos aportados por terceiros não tenham que ingressar na conta única do tesouro, ele também criou alguns mecanismos de controle e fiscalização na gestão destes recursos.

O legislador impôs que o controle da gestão dos recursos destinados às Fundações de Apoio seja exercido precipuamente pela entidade apoiada e também pelos órgãos de controle governamental, na forma do artigo 3º - A, incisos II e III da Lei 8.958/94.

Nas referidas normas está disposto que a execução dos convênios previstos na lei, as Fundações de Apoio devem submeter-se ao controle de gestão pelo órgão máximo da Instituição Federal de Ensino ou similar e ao controle finalístico pelo órgão de controle governamental competente.

Desta forma, é dever da instituição apoiada criar mecanismos de controle que visem à verificação do fiel cumprimento das normas no que diz respeito, por exemplo, à concessão de bolsas, à correta aplicação dos recursos, à não ocorrência de favorecimento nas contratações de servidores ocupantes de cargo de direção superior, bem como seus parentes até o terceiro grau, dentre outras vedações previstas na legislação.

Outra questão bastante importante neste relacionamento é a transparência.

A necessidade de uma conta específica para cada projeto, da divulgação da prestação de contas e dos convênios pela internet são instrumentos que auxiliam na fiscalização.

No que diz respeito às compras, a sua regulamentação encontra-se disciplinada no Decreto 8.241/94.

Importante ressaltar que as regras previstas neste normativo devem ser aplicadas independentemente da origem recurso ser público ou privado.

E não poderia ser diferente.

Com efeito, sendo a finalidade do relacionamento das instituições apoiadas, Fundações de Apoio e empresas privadas o desenvolvimento institucional, científico e tecnológico e o estímulo à inovação, bens caros ao Estado brasileiro, não haveria motivo para a diferenciação da origem dos recursos aportados, sendo necessário que as regras de controle nas compras sejam iguais.

Por tal motivo nos parece que apesar da diferenciação existente na Lei 8.958/94 no seu artigo 3º *caput*, que trata dos casos em que o recurso é público, remetendo a ato do Poder Executivo o estabelecimento das regras de compras e contratações e no seu parágrafo 3º que trata dos casos onde o recurso é privado e remete à própria Fundação de Apoio o estabelecimento de tais regras, parece-nos que com a edição do Decreto 8.241/2014, tal diferenciação deixou de existir, aplicando-se o referido Decreto, em função do no § 1º do artigo 1º, *verbis*:

Art. 1º (omissis)

§1º O disposto neste Decreto aplica-se às contratações cujos recursos sejam ou não provenientes do Poder Público, desde que tenham por objeto o apoio às IFES e às demais ICT nos projetos referidos no caput”

Já a Lei 8.958/94 determina que:

“Art. 3º Na execução de convênios, contratos, acordos e demais ajustes abrangidos por esta Lei que envolvam recursos provenientes do poder público, as fundações de apoio adotarão regulamento específico de aquisições e contratações de obras e serviços, a ser editado por meio de ato do Poder Executivo de cada nível de governo.

§ 3º Aplicam-se às contratações que não envolvam a aplicação de recursos públicos as regras instituídas pela instância superior da fundação de apoio, disponíveis em seu sítio eletrônico, respeitados os princípios mencionados no art. 2º desta Lei.

Assim, considerando que não poderia um Decreto revogar uma Lei, a conclusão a que se chega é que quando o recurso for público aplica-se simplesmente o Decreto e quando o recurso for privado aplica-se o Decreto e ainda as regras instituídas pela instância superior das Fundações Apoio, sendo que tais regras não poderão ser conflitantes com o Decreto.

Outro ponto que merece ser abordado diz respeito à flexibilização das regras do referido Decreto.

É certo que se a norma que rege as compras e contratações através de Fundações de Apoio fossem as mesmas da lei de licitações e contratos aplicadas aos órgãos públicos, de pouca ou nenhuma utilidade teria a utilização das Fundações de Apoio na gestão.

A desejada agilidade na gestão dos recursos financeiros ficaria comprometida. Por isso procedimentos para a aplicação de institutos como a seleção pública, a habilitação, a contratação direta e a pesquisa de mercado foram bastante simplificados em relação aos institutos congêneres da Lei 8.666/93.

5 CONCLUSÃO

Os países desenvolvidos e os em desenvolvimento estão cada dia mais investindo na busca de novas tecnologias, novos processos e novos produtos, gerando uma competitividade cada vez maior.

Por este motivo, a aproximação dos órgãos públicos que tenham como objetivo o ensino e a pesquisa com empresas privadas que queiram incentivar este segmento através de aporte de recursos financeiros é salutar, não só para a iniciativa privada, como também para o Estado brasileiro.

A necessidade de uma maior agilidade e flexibilidade na utilização de recursos (públicos ou privados) para que as pesquisas que são realizadas nas Autarquias e Fundações Públicas tenham uma eficácia e eficiência maior é uma questão primordial no desenvolvimento do país.

De outro giro, por se tratarem de órgãos públicos, não pode a administração pública se descuidar na fiscalização de como tais recursos são aplicados.

As novidades trazidas com a edição das Leis 13.019/2014, 13.243/2016 e dos Decretos 8.240/2014 e 8.241/2014, bem como as alterações introduzidas na Lei 8.958/94, apontam claramente neste sentido, qual seja, a de que o Estado brasileiro está atento à necessidade de um equilíbrio entre o incentivo a essas práticas e o controle na gestão desses recursos.

REFERÊNCIAS

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei das licitações e contratos administrativos*. 8. ed. São Paulo: Dialética, 2001.

MEIRELLES, Helly Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

**A LEGALIDADE DA EXIGÊNCIA DE
REALIZAÇÃO DA CHAMADA PÚBLICA NA
HIPÓTESE DE DISPENSA DE LICITAÇÃO
PREVISTA NO ART. 14, § 1º, DA LEI
11.947/2009**

***THE LEGALITY OF THE REQUIREMENT FOR PUBLIC CALL ON
CASES IN WHICH THE BIDDING IS EXEMPTED BY ART. 14, § 1º, OF
THE LAW 11.947/2009***

Maria Carolina Rosa de Assunção
Procuradora Federal, Especialista em Direito Público pela Universidade de Brasília;
em Direito Processual Civil pelo IdP e em Direito Previdenciário pela UNIDERP

SUMÁRIO: Introdução; 1 A legitimidade do FNDE para estabelecer a exigência de chamada pública no processo de aquisição de gêneros alimentícios do PNAE; 2 A exigência de realização da chamada pública para a aquisição direta de gêneros alimentícios no PNAE; 3 O posicionamento dos Tribunais de Contas em relação à exigência de chamada pública na hipótese do art. 14, § 1º, da Lei 11.947/09; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: Este artigo objetiva analisar os aspectos legais referentes à exigência, feita pelo FNDE, de que seja realizado o procedimento da chamada pública para a aquisição de gêneros alimentícios do Programa Nacional da Alimentação Escolar – PNAE em hipótese na qual a lei dispensou a licitação. Para tanto, serão abordados aspectos como a legitimidade dessa autarquia, as características da chamada pública, o confronto entre esse procedimento e a Lei de licitações, entre outros. Ademais, buscar-se-á demonstrar que a chamada pública, além de ser um procedimento legal, é o meio mais adequado para atender ao interesse público, principalmente por corresponder aos princípios constitucionais.

PALAVRAS-CHAVE: Chamada Pública. Dispensa de Licitação. Alimentação Escolar. Legalidade.

ABSTRACT: This article aims to analyze the legal aspects regarding to the requirement made by the FNDE in order to made the procedure of public call for the purchase of food for the School Feeding National Program - PNAE in cases which the law did not require the bidding. To do so, it will be addressed the issue of the legitimacy of FNDE, the characteristics of the public call, the confrontation between this procedure and the law of bids, among others. Besides that, this article also intends to show that the public call in addition to being a legal procedure is the most appropriate means to serve the public interest, mainly because it is according to the constitutional principles.

KEYWORDS: Public Call. Dispense of Bidding. School Feeding. Legality.

INTRODUÇÃO

O presente estudo objetiva analisar se a exigência de realização de chamada pública para fins de aquisição de gêneros alimentícios, por meio de dispensa de licitação – nos termos do art. 14, § 1º, da Lei 11.947/2009 – está de acordo com a legalidade. Para tanto, faz-se necessário expor o contexto no qual o tema surgiu.

A Lei 11.947/2009 dispôs, entre outras questões, acerca do atendimento à alimentação escolar, objetivo do Programa Nacional de Alimentação Escolar - PNAE. No que se refere ao correspondente repasse de recursos financeiros, essa lei trouxe a seguinte previsão:

Art. 14. Do total dos recursos financeiros repassados pelo FNDE, no âmbito do PNAE, no mínimo 30% (trinta por cento) deverão ser utilizados na aquisição de gêneros alimentícios diretamente da agricultura familiar e do empreendedor familiar rural ou de suas organizações, priorizando-se os assentamentos da reforma agrária, as comunidades tradicionais indígenas e comunidades quilombolas.

§ 1º - A aquisição de que trata este artigo poderá ser realizada dispensando-se o procedimento licitatório, desde que os preços sejam compatíveis com os vigentes no mercado local, observando-se os princípios inscritos no art. 37 da Constituição Federal, e os alimentos atendam às exigências do controle de qualidade estabelecidas pelas normas que regulamentam a matéria.

Em relação ao tema aqui discutido, interessa especialmente a norma contida no § 1º, segundo a qual é possível dispensar-se o procedimento licitatório. Para tanto, exige-se que os preços sejam compatíveis com o mercado local, que sejam observados os princípios estampados no art. 37 da Constituição Federal, e que os alimentos estejam de acordo com as normas regulamentadoras do controle de qualidade.

Uma vez que tal modalidade de dispensa de licitação não consta no rol do art. 24 da Lei 8.666/93 – dispositivo que elenca as situações justificadoras de contratação direta por meio de dispensa de licitação – tem-se aí uma inovação legal criadora de mais uma hipótese de licitação dispensável. Ocorre que, apesar de a lei haver permitido a aquisição mediante contratação direta dos gêneros alimentícios, o FNDE, responsável pelo repasse financeiro dos recursos necessários a

tal contratação, estabeleceu, no art. 20, § 1º, da Resolução CD/FNDE nº 26/2013¹, a exigência de utilização do procedimento da chamada pública para que os entes contratantes possam realizar tais aquisições.

É diante desse contexto que será analisado se tal exigência, formalizada por meio da Resolução CD/FNDE nº 26/2013, encontra amparo legal. Para tanto, será necessário averiguar se o FNDE é entidade competente para firmar tal exigência; se esta configura violação ao direito das entidades de contratarem por meio de dispensa de licitação, se a chamada pública é procedimento adequado para tais contratações, e como tem sido a recepção das cortes de controle em relação ao tema.

1 A LEGITIMIDADE DO FNDE PARA ESTABELECEER A EXIGÊNCIA DE CHAMADA PÚBLICA NO PROCESSO DE AQUISIÇÃO DE GÊNEROS ALIMENTÍCIOS DO PNAE

Inicialmente, faz-se necessário esclarecer que a aquisição dos gêneros alimentícios do PNAE é realizada de modo descentralizado pelos Estados, Distrito Federal, Municípios e escolas federais, consoante previsto no art. 5º da Lei 11.947/2009. É também facultado a esses entes repassar os recursos às entidades executoras da educação básica de sua rede de ensino, conforme art. 6º, sendo que, de qualquer forma, as contratações não serão realizadas de modo centralizado pelo FNDE.

Uma vez que essas contratações não são feitas de modo centralizado – o que é facilmente compreensível, em razão da natureza perecível dos produtos – o FNDE optou por valer-se de ato de seu Conselho Deliberativo – no caso, uma resolução – para regulamentar o cumprimento do disposto no art. 14, § 1º, da Lei 11.947/2009. Embora não haja dúvidas de que a Administração pode valer-se de atos administrativos para assegurar o fiel cumprimento de leis, há de se questionar se a referida autarquia é realmente competente para tal regulamentação.

Acerca dessa verificação de competência do FNDE, a Lei 11.947/09, tanto em seu art. 6º, parágrafo único, quanto em seu art. 16, I, deixou à União, por meio dessa autarquia, a atribuição de estabelecer orientações e instruções necessárias à execução do PNAE, bem como normas gerais de planejamento, execução, controle, monitoramento e avaliação do PNAE. Vejam-se os dispositivos transcritos abaixo:

¹ Art. 20 - §1º Quando a EEx. optar pela dispensa do procedimento licitatório, nos termos do art. 14, §1º da Lei nº 11.947/2009, a aquisição será feita mediante prévia chamada pública.

Art. 6º [...]

Parágrafo único. O Conselho Deliberativo do FNDE expedirá normas relativas a critérios de alocação de recursos e valores per capita, bem como para organização e funcionamento das unidades executoras e demais orientações e instruções necessárias à execução do PNAE.

[...]

Art. 16. Competem à União, por meio do FNDE, autarquia responsável pela coordenação do PNAE, as seguintes atribuições:

I - estabelecer as normas gerais de planejamento, execução, controle, monitoramento e avaliação do PNAE;

Com efeito, no que se refere ao PNAE, o próprio legislador atribuiu ao FNDE não apenas a possibilidade, mas o dever de normatizar seu planejamento, sua execução, seu controle e monitoramento, e sua avaliação. Tal atribuição é perfeitamente compatível com a finalidade essencial do FNDE, autarquia criada para gerenciar os recursos financeiros destinados à educação, inclusive aqueles relacionados à alimentação escolar, nos termos do art. 2º da Lei 5.537/68².

De fato, sendo essa autarquia responsável pela captação de recursos e sua canalização para atividades relacionadas à educação, é de seu legítimo interesse zelar para que tais recursos sejam aplicados da melhor forma possível. Ademais, a Lei 11.947/09 reforçou tal legitimidade do FNDE, ao lhe atribuir o dever de estabelecer normas gerais para planejamento, execução, controle, monitoramento e avaliação do PNAE.

Assim, entende-se que o FNDE é competente para regulamentar não apenas o art. 14, § 1º, da Lei 11.947/09, mas qualquer questão que respeite ao planejamento, à execução, ao controle, ao monitoramento e à avaliação do PNAE, desde que não contrarie ou extrapole o disposto em lei ou ato administrativo superior hierarquicamente.

Ademais, como se sabe, a regulamentação de dispositivos legais por meio de atos administrativos é perfeitamente possível, desde que, é claro, esses atos não inovem no ordenamento jurídico, nem contrariem

² Art 2º O INDEP tem por finalidade captar recursos financeiros e canalizá-los para o financiamento de projetos de ensino e pesquisa, inclusive alimentação escolar e bolsas de estudo, observadas as diretrizes do planejamento nacional da educação.

a lei que pretenderam regulamentar. É que as normas administrativas são consideradas normas secundárias, enquanto as leis são consideradas normas primárias e, conseqüentemente, de valor hierárquico superior. Por essa razão, se alguma norma administrativa contrariar alguma lei, ela (a norma administrativa) será nula, ao menos nesse ponto.

Em nosso ordenamento jurídico, a CF prevê expressamente a competência privativa do Presidente da República para expedir decretos e regulamentos que visem à fiel execução da lei (art. 84, IV). De fato, o que se tem mais comumente é a regulamentação de leis por meio de decretos, os quais somente poderão ser expedidos pelo chefe do Poder Executivo.

Porém, isso não impede que haja outros atos administrativos de natureza normativa e que também objetivem contribuir para que a legislação seja cumprida da melhor forma. Embora não haja consenso entre os administrativistas acerca das nomenclaturas dos atos administrativos, especialmente em razão de sua considerável variação no âmbito da Administração Pública, há certa uniformidade no que se refere a distingui-los em relação a seu conteúdo e sua forma de manifestação (a “roupagem” do ato).

A nomenclatura “resolução” se refere a essa forma de manifestação, ou seja, ao revestimento do ato, sendo que seu conteúdo pode ou não possuir conteúdo normativo, conforme ensina Carvalho Filho³:

Resoluções são atos, *normativos* ou individuais, emanados de autoridades de elevado escalão administrativo, como, por exemplo, Ministros e Secretários de Estado ou Município, ou de algumas pessoas administrativas ligadas ao Governo. (grifos adotados)

E continua o administrativista, ao se referir aos regulamentos:

Como toda matéria a ser exteriorizada pelo administrador, precisa ela do revestimento formal: esse revestimento pode ser o decreto (mais comum), a resolução, o regimento, etc⁴.

3 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 130.

4 Ibidem, p. 130.

Diógenes Gasparini⁵, assim como Celso Antônio Bandeira de Mello⁶, refere-se às resoluções como as fórmulas por meio das quais os órgãos colegiados expressam suas deliberações. Tendo em vista esses contornos doutrinários, pode-se afirmar que as resoluções correspondem à espécie de ato administrativo mais adequada ao caso, por se tratar de deliberação do Conselho Deliberativo do FNDE, órgão colegiado, bem como por possuir conteúdo normativo.

Sendo assim, seja sob o aspecto da competência do FNDE para realizar a regulamentação em questão, seja em relação à utilização do ato administrativo adequado para realizá-la, verifica-se a legalidade da Resolução CD/FNDE nº 26/2013. Resta, porém, analisar essa legalidade no que se concerne ao seu conteúdo, especialmente em relação à exigência de realização da chamada pública para a contratação referida no art. 14, § 1º, da Lei 11.947/09.

2 A EXIGÊNCIA DE REALIZAÇÃO DA CHAMADA PÚBLICA PARA A AQUISIÇÃO DIRETA DE GÊNEROS ALIMENTÍCIOS NO PNAE

O § 1º do art. 14 da Lei 11.947/09 trouxe uma nova hipótese de contratação direta para a Administração Pública. Conforme consta no próprio dispositivo, a aquisição de gêneros alimentícios diretamente da agricultura familiar e do empreendedor familiar rural ou de suas organizações poderá ser feita dispensando-se o procedimento licitatório, desde que haja compatibilidade de preços com o mercado local e sejam observados os princípios do art. 37 da CF e as regras de controle de qualidade desses alimentos.

Como regra, as hipóteses de dispensa de licitação estão previstas no art. 24 da Lei 8.666/93. Porém, a Lei 11.947/09, sem dúvida alguma, criou mais uma situação em que a contratação direta é admitida.

Acerca desse ponto, é mister destacar que a dispensa de licitação somente é legítima porque estabelecida pela própria lei. É que a CF impõe como regra a realização do procedimento licitatório e ressalva apenas as hipóteses previstas na legislação. Veja-se:

Art. 37 - A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios

5 GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 10. ed. Saraiva, 2005. p. 89.

6 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31. ed. Malheiros. p. 450.

obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

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

O que se tem, então, é a licitação como regra, mas podendo ser excepcionada por hipóteses previstas na legislação. Nos dizeres Niebuhr⁷:

O fato é que, de modo mui claro, a regra é a obrigatoriedade de licitação pública, *e a exceção se refere aos casos especificados pela legislação*, que, como visto, redundam em inexigibilidade e dispensa. Bem se vê que o constituinte atribuiu competência ao legislador para integrar o dispositivo, declinando os casos em que a licitação pública não se impõe. (grifos nosso)

Em suma, portanto, as obras, serviços, compras e alienações deverão ser contratados após a realização de procedimento licitatório, exceto naqueles casos em que o legislador tiver dispensado esse procedimento. Ora, é exatamente essa a hipótese: o legislador dispensou a licitação quando das aquisições previstas no art. 14 da Lei 11.947/09.

Porém, como consta no próprio dispositivo, essa dispensa está condicionada à compatibilidade dos preços com o mercado local, assim como à observância dos princípios constitucionais estampados no art. 37, que correspondem à legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Assim, o FNDE, ao estabelecer o procedimento da chamada pública por meio de resolução, não criou nova hipótese de dispensa, mas tão somente disciplinou a forma mais adequada para essas aquisições, de acordo com o que foi estabelecido pela própria lei. E, no caso, a autarquia entendeu que a forma mais adequada seria a chamada pública.

7 NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação Pública e Contrato Administrativo*. 3. ed. Fórum, 2013. p. 98.

Acerca da chamada pública, vale serem feitas algumas considerações, antes de se prosseguir. A primeira é que não há lei ou ato administrativo que a defina de modo uniforme, a ser seguido de maneira geral em qualquer situação.

De fato, o que se tem são distintas conceituações, cada uma destinada a tema específico. Assim é que a Lei 11.909/09, em seu art. 2º, VII, conceituou a chamada pública, para os fins daquela lei, como sendo o “procedimento, com garantia de acesso a todos os interessados, que tem por finalidade a contratação de capacidade de transporte em dutos existentes, a serem construídos ou ampliados”. Nessa conceituação destacou-se especialmente a possibilidade ampla de acesso àqueles que se interessarem, o que se relaciona diretamente com a própria semântica dos termos, já que se “chama publicamente”.

Posteriormente, a Lei 12.188/10, em seu art. 19 e respectivos incisos, estabeleceu critérios mínimos a serem observados na chamada pública para contratação de serviços de Assistência Técnica e Extensão Rural, tais como descrição do objeto, qualificação do público beneficiário, prazo para execução, valores para contratação, critérios objetivos para a seleção, entre outros.

Consta, ainda, referência à chamada pública no art. 13 da Lei 12.873/13, sendo que seu decreto regulamentador disciplinou os requisitos que deveriam constar no edital dessa chamada. Entre eles, deve haver a definição do objeto, o prazo para execução, os valores para contratação e o critério de seleção.

Dessas referências pode-se depreender que não há apenas uma forma de se realizar uma chamada pública; tampouco existe uma definição sobre esse procedimento que possa ser aplicada em todas as situações. Porém, é possível notar que se trata de um procedimento utilizado pelo Poder Público com o objetivo de realizar alguma contratação, mediante a garantia de acesso aos interessados, e com a fixação de critérios que interessam à Administração de maneira geral, como o preço, os critérios de seleção e o prazo para execução.

Portanto, é possível compreender a chamada pública como um procedimento sem definição prévia, passível de ser adequado a diferentes contratações públicas, e por meio do qual a Administração estabelece requisitos mínimos necessários ao atendimento do interesse público em cada caso. Foi nesse sentido que o FNDE estabeleceu um procedimento

ao qual nomeou de chamada pública, tendo-lhe concedido a seguinte definição, nos termos do art. 20, § 2º, da Resolução CD/FNDE nº 26/2013:

Art. 20 - §2º Considera-se chamada pública o procedimento administrativo voltado à seleção de proposta específica para aquisição de gêneros alimentícios provenientes da Agricultura Familiar e/ou Empreendedores Familiares Rurais ou suas organizações.

Obviamente, essa definição somente se aplica no âmbito da referida resolução. De qualquer forma, a chamada pública para fins de aquisição de gêneros alimentícios do PNAE sem licitação corresponde a um procedimento administrativo cujo objetivo é selecionar uma proposta específica, e cujos critérios estão definidos em ato do FNDE.

Feitas essas considerações, pode-se prosseguir na análise sobre a legalidade da exigência de realização desse procedimento na dispensa de licitação para aquisição de alimentos do PNAE. Vale dizer a escolha do procedimento da chamada pública pelo FNDE guarda coerência com a Política Nacional de Assistência Técnica e Extensão Rural para a Agricultura Familiar e Reforma Agrária - PNATER, disciplinada pela Lei 12.188/10.

Aliás, a proximidade entre as datas de publicação de ambas as leis (Lei 12.188/10, de 11/01/10, e Lei 11.947/09, de 16/06/09) permite inferir uma inter-relação entre elas, decorrente da atenção que conferem à agricultura familiar e aos empreendedores familiares rurais. De fato, ao se conjugar os objetivos da PNATER, previstos no art. 4º da Lei 12.188/10⁸,

8 Art. 4º São objetivos da Pnater:

- I - promover o desenvolvimento rural sustentável;
- II - apoiar iniciativas econômicas que promovam as potencialidades e vocações regionais e locais;
- III - aumentar a produção, a qualidade e a produtividade das atividades e serviços agropecuários e não agropecuários, inclusive agroextrativistas, florestais e artesanais;
- IV - promover a melhoria da qualidade de vida de seus beneficiários;
- V - assessorar as diversas fases das atividades econômicas, a gestão de negócios, sua organização, a produção, inserção no mercado e abastecimento, observando as peculiaridades das diferentes cadeias produtivas;
- VI - desenvolver ações voltadas ao uso, manejo, proteção, conservação e recuperação dos recursos naturais, dos agroecossistemas e da biodiversidade;
- VII - construir sistemas de produção sustentáveis a partir do conhecimento científico, empírico e tradicional;
- VIII - aumentar a renda do público beneficiário e agregar valor a sua produção;
- IX - apoiar o associativismo e o cooperativismo, bem como a formação de agentes de assistência técnica e extensão rural;

com seus beneficiários, elencados no artigo seguinte⁹ e que correspondem exatamente àqueles previstos no referido art. 14, nota-se uma estreita relação entre essas leis.

O que se pretende deixar claro é que, embora a Lei 11.947/09 tenha concedido discricionariedade ao FNDE para que ele pudesse regulamentar o planejamento, a execução, o controle, o monitoramento e a avaliação do PNAE, a autarquia optou por compatibilizar tal regulamentação com critérios previstos na Lei da PNATER, intimamente relacionada com o art. 14 da Lei 11.947/09.

Dito de outro modo: o FNDE poderia ter se valido de outra forma de regulamentação e, ainda assim, sua conduta seria legal. Porém, a autarquia preferiu adotar procedimento que guardasse coerência com o art. 14, § 1º - e por isso se baseou no art. 19 da Lei da PNATER - o que confere uma legitimidade ainda maior à regulamentação da chamada pública.

Assim, a forma pela qual optou – ou seja, a exigência de chamada pública – além de possível, é perfeitamente compatível com a aquisição de gêneros alimentícios da agricultura familiar e dos empreendedores familiares rurais, uma vez que a própria existência do art. 14 e de seu parágrafo 1º da Lei 11.947/09 possui relação com a Lei 12.188/10. Consequentemente, nada mais adequado do que utilizar o procedimento disciplinado nesta última lei para, ao mesmo tempo, admitir a contratação direta – sem procedimento licitatório – e observar os princípios constitucionais constantes no art. 37 da CF.

De fato, como já dito acima, o art. 14, § 1º, da Lei 11.947/09 estabeleceu, entre as exigências para a contratação direta, que fossem observados esses princípios constitucionais, como a publicidade, a impessoalidade, a moralidade, legalidade e a eficiência. Com efeito, ao estabelecer a exigência

X - promover o desenvolvimento e a apropriação de inovações tecnológicas e organizativas adequadas ao público beneficiário e a integração deste ao mercado produtivo nacional;

XI - promover a integração da Ater com a pesquisa, aproximando a produção agrícola e o meio rural do conhecimento científico; e

XII - contribuir para a expansão do aprendizado e da qualificação profissional e diversificada, apropriada e contextualizada à realidade do meio rural brasileiro.

9 Art. 5º São beneficiários da Pnater:

I - os assentados da reforma agrária, os povos indígenas, os remanescentes de quilombos e os demais povos e comunidades tradicionais; e

II - nos termos da Lei nº 11.326, de 24 de julho de 2006, os agricultores familiares ou empreendimentos familiares rurais, os silvicultores, aqüicultores, extrativistas e pescadores, bem como os beneficiários de programas de colonização e irrigação enquadrados nos limites daquela Lei.

da chamada pública de modo semelhante àquele previsto no art. 19 da Lei 12.188/10, o FNDE assegurou também o respeito a tais princípios, especialmente o da publicidade e da impessoalidade. Em relação a este, Mello ensina que:

No princípio da impessoalidade se traduz a idéia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimementosas. Nem favoritismo nem perseguições são toleráveis. Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie. O princípio em causa é senão o próprio princípio da igualdade ou isonomia¹⁰

A observância do princípio da impessoalidade pela Administração significa, pois, tratar a todos os administrados sem favoritismos ou perseguições injustificadas. Tratar de modo impessoal implica em respeitar também o princípio da isonomia, o qual, em sua vertente material, consiste em tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente.

Na presente situação, a impessoalidade se destaca em razão de a dispensa de licitação, nos moldes em que prevista pelo art. 14, § 1º, admitir uma ampla margem de escolha por parte das entidades responsáveis pela contratação. Em outros dizeres, se não houvesse sido exigida a observância dos princípios contidos no art. 37 da CF, entre eles a impessoalidade, a simples dispensa admitiria que fossem contratadas quaisquer pessoas escolhidas livremente por aqueles responsáveis pelas aquisições de alimentos.

Isso porque, no âmbito da dispensa criada pela Lei 11.947/09, não foram criados critérios para a seleção e sequer se exige que seja escolhido o produto de menor preço. De fato, apenas se exigiu que o preço fosse compatível com o mercado local.

A Resolução CD/FNDE nº 26/2013, por sua vez, estabeleceu que as unidades responsáveis pelas compras deveriam fixar previamente o preço de aquisição, nos moldes de seu art. 29.¹¹ Uma vez fixado o preço, a seleção deverá ocorrer em conformidade com a localização dos grupos

10 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, p. 68

11 Art. 29 O preço de aquisição dos gêneros alimentícios será determinado pela EEx., com base na realização de pesquisa de preços de mercado. (*Redação dada pela Resolução 4/2015/CD/FNDE/MEC*)

§ 1º O preço de aquisição será o preço médio pesquisado por, no mínimo, três mercados em âmbito local, priorizando a feira do produtor da agricultura familiar, quando houver, acrescido dos insumos exigidos no

(locais, do território rural, estaduais ou do país), conforme previsto no art. 25¹² e seus parágrafos da mesma resolução (que estabeleceram, inclusive, os critérios de desempate).

Ao estabelecer tais requisitos, o FNDE conferiu ao procedimento a vinculação a critérios impessoais, uma vez que definiu regras para a escolha dos fornecedores. Com isso, respeitou-se o princípio da impessoalidade, a que deve estar vinculada a Administração Pública, em qualquer de suas representações.

Poder-se-ia questionar acerca de uma possível pessoalidade ou até mesmo desigualdade, diante da preferência concedida a determinados grupos. Porém, tal tratamento diferenciado decorre de um desdobramento da PNATER, instituída pela Lei 12.188/2010, bem como da Lei 11.326/06, que estabeleceu diretrizes para a formulação da Política Nacional da Agricultura Familiar e Empreendimentos Familiares Rurais. Acrescente-se também que a própria Lei 11.947/09, ao estabelecer suas diretrizes, decidiu apoiar a aquisição de alimentos produzidos localmente, preferencialmente pela agricultura familiar e empreendedores familiares rurais, conforme consta em seu art. 2º, V.

Em outros dizeres, houve uma autorização legislativa para que a contratação se destinasse a determinados grupos, de modo que não se tem aí qualquer violação ao princípio da isonomia, nem tampouco ao da impessoalidade. Aliás, outras hipóteses semelhantes já existem na Lei 8.666/93, como, por exemplo, aquelas previstas no art. 24, XX, XXXIII e XXX da Lei 8.666/93, cuja intenção é contribuir para a efetivação de determinada política pública.

Juntamente com a impessoalidade, o procedimento da chamada pública também assegurou a observância do princípio da publicidade, que pode ser definido como aquele:

-
- edital de chamada pública, tais como despesas com frete, embalagens, encargos e quaisquer outros necessários para o fornecimento do produto. (*Redação dada pela Resolução 4/2015/CD/FNDE/MEC*)
- 12 Art.25 Para seleção, os projetos de venda habilitados serão divididos em: grupo de projetos de fornecedores locais, grupo de projetos do território rural, grupo de projetos do estado, e grupo de propostas do País.
- § 1º - Entre os grupos de projetos, será observada a seguinte ordem de prioridade para seleção: (*Redação dada pela Resolução 4/2015/CD/FNDE/MEC*)
- I - o grupo de projetos de fornecedores locais terá prioridade sobre os demais grupos. (*Acrescentado pela Resolução 4/2015/CD/FNDE/MEC*)
- II - o grupo de projetos de fornecedores do território rural terá prioridade sobre o do estado e do País. (*Acrescentado pela Resolução 4/2015/CD/FNDE/MEC*)
- III - o grupo de projetos do estado terá prioridade sobre o do País.

que exige, nas formas admitidas em Direito, e dentro dos limites constitucionalmente estabelecidos, a obrigatoria divulgação dos atos da Administração Pública, com o objetivo de permitir seu conhecimento e controle pelos órgãos estatais competentes e por toda a sociedade¹³.

Assim, quando a Resolução exige, em seu art. 21¹⁴, que as informações referentes ao processo de aquisição de alimentos sejam divulgadas em órgão oficial ou em quadro de avisos de acesso público e, ainda, em jornal diário estadual de grande circulação, está permitindo que esse processo seja levado ao conhecimento do público em geral. Consequentemente, está ampliando a possibilidade de participação no processo de aquisição e favorecendo o controle dos atos administrativos relacionados a esse processo.

Da mesma forma ocorre com seu art. 26¹⁵, o qual exige que as entidades executoras (EEx) do PNAE – ou seja, as pessoas responsáveis pelas aquisições dos gêneros alimentícios – publiquem os editais de chamada pública para aquisição de alimentos do programa em jornal de circulação local; em local público de grande circulação; na sua página na internet (se houver); além de divulgar para organizações locais da agricultura familiar e para entidades de assistência técnica e extensão rural do município ou do estado (e, ainda, se for necessário, publique em jornal de circulação regional, estadual ou nacional e em rádios locais).

De fato, tais exigências permitem que a sociedade possa ter um maior controle acerca dos atos relativos às aquisições do PNAE, bem como permite que qualquer interessado tenha conhecimento sobre a possibilidade de contratação. Sem dúvida, essas são consequências da efetivação do princípio da publicidade.

13 CARDOZO, José Eduardo Martins. *Princípios Constitucionais da Administração Pública* (de acordo com a Emenda Constitucional n.º 19/98). In: MORAES, Alexandre. *Os 10 anos da Constituição Federal*. São Paulo: Atlas, 1999. p. 150.

14 Art. 21 Será dada, mensalmente, publicidade das informações referentes ao processo de aquisição de gêneros alimentícios em órgão de divulgação oficial ou em quadro de avisos de amplo acesso público. Parágrafo único. A publicidade deverá ocorrer ainda em jornal diário de grande circulação no estado e também, se houver, em jornal de grande circulação municipal ou região onde serão fornecidos os gêneros alimentícios.

15 Art. 26 As EEx. deverão publicar os editais de chamada pública para aquisição de gêneros alimentícios para a alimentação escolar em jornal de circulação local e na forma de mural em local público de ampla circulação, divulgar em seu endereço na internet, caso haja, e divulgar para organizações locais da agricultura familiar e para entidades de assistência técnica e extensão rural do município ou do estado. Se necessário, publique-se em jornal de circulação regional, estadual ou nacional e em rádios locais. (Redação dada pela Resolução 4/2015/CD/FNDE/MEC)

Dessa forma, a exigência de chamada pública na hipótese de optar-se pela dispensa de licitação autorizada pelo art. 14, § 1º da Lei 11.947/09 contribuiu também para a observância dos princípios constitucionais constantes no art. 37 da CF, especialmente a publicidade e a impessoalidade.

3 O POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS EM RELAÇÃO À EXIGÊNCIA DE CHAMADA PÚBLICA NA HIPÓTESE DO ART. 14, § 1º, DA LEI 11.947/09

Em relação ao posicionamento que as cortes de controle adotam acerca do tema, deve-se informar que são escassos os julgados. O TCU já teve a oportunidade de apreciar processo de compras referentes ao PNAE, que ocorreu por meio de chamada pública, e não fez qualquer menção de irregularidade especificamente em relação ao procedimento, conforme se constata no Acórdão 4445/12 de sua Segunda Câmara, e também na TC 011.025/2015-8, item 1.7.4.15.

Ademais, no âmbito dos tribunais de contas estaduais, verificou-se que o TCE/MS já se manifestou expressamente acerca da regularidade da utilização da chamada pública para compras do PNAE, conforme se observa nos julgados de nº 180992013 e 109652015. Em trecho deste último consta a seguinte conclusão:

Postas as considerações acima, verifico dos elementos dos autos que a Chamada Pública voltada à seleção de proposta específica para aquisição de gêneros alimentícios provenientes da Agricultura Familiar, encontra-se em consonância com as disposições dos instrumentos da legislação aplicável, razão pela qual não há óbice para a declaração de sua regularidade.

O TCE/MT, por sua vez, editou a Resolução de Consulta nº 12/2014, do Tribunal Pleno, em que concluiu o seguinte:

Ementa: PREFEITURA DE ALTO ARAGUAIA. CONSULTA. LICITAÇÃO. DISPENSA DE PROCESSO LICITATÓRIO. CHAMADA PÚBLICA. ALIMENTAÇÃO ESCOLAR. APLICAÇÃO DOS RECURSOS DO PNAE.

a) Para as aquisições de gêneros alimentícios fornecidos pela Agricultura Familiar e/ou de Empreendedores Familiares Rurais ou suas organizações, no âmbito do PNAE, poderá ser adotada pelas Unidades ou Entidades Executoras do programa a opção pela dispensa

de procedimento licitatório, mediante a aplicação do procedimento administrativo denominado chamada pública.

b) A regulamentação do procedimento de chamada pública, para efeito do item anterior, encontra-se estabelecida na Resolução CD/FNDE nº 26/2013.

Desse modo, nota-se que os tribunais de contas, inclusive o TCU, caminham no sentido de aceitar a regulamentação realizada pelo FNDE, especialmente no que concerne à exigência de chamada pública para aqueles casos em que se optar pela dispensa de licitação, conforme autorizado pelo art. 14, § 1º, da Lei 11.947/09. Certamente essa inclinação decorre do fato de que utilização do procedimento da chamada pública confere ainda mais rigidez e segurança às compras que a lei isentou da obrigação de licitar.

4 CONCLUSÃO

Diante dos argumentos que foram expostos, verifica-se que a exigência de realização da chamada pública nos moldes estabelecidos pelo FNDE não traz qualquer contrariedade seja à Lei 8.666/93, seja a qualquer outra. Primeiramente, porque a hipótese de dispensa de licitação foi trazida pelo próprio legislador, por meio art. 14, § 1º, da Lei 11.947/09, conforme exige o art. 37, XXI, da CF. Acrescente-se que essa mesma lei conferiu ao FNDE o poder-dever de disciplinar de modo geral o planejamento, a execução, o controle, o monitoramento e a avaliação do PNAE, do que se extrai sua legitimidade para exigir a chamada pública no âmbito desse programa.

Além disso, apesar de sua discricionariedade para realizar essa regulamentação (desde que, é claro, observe-se a legalidade), a opção pela chamada pública mostrou-se adequada e coerente com o disposto na Lei 12.188/10, intimamente relacionada com a norma contida no art. 14, § 1º. Pode-se acrescentar, por fim, o fato de que a realização da chamada pública reforça a observância dos princípios constitucionais constantes no art. 37 da CF, notadamente a impessoalidade e a publicidade.

Todos esses argumentos reforçam a legalidade da exigência feita pelo art. 20, § 1º, da Resolução CD/FNDE nº 26/2013, que determina que aquisição de gêneros alimentícios do PNAE, quando feita por meio de dispensa de licitação, nos termos do art. 14, § 1º, da Lei 11.947/09, deverá observar o procedimento de chamada pública prevista na referida resolução.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição Federal*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 19 mar. 2016.

BRASIL. *Lei 11.947/09, de 16 de junho de 2009*. Dispõe sobre o atendimento da alimentação escolar. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 19 mar. 2016.

BRASIL. *Lei 12.188/10, de 11 de janeiro de 2010*. Institui a Política Nacional de Assistência Técnica e Extensão Rural para a Agricultura Familiar e Reforma Agrária. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 18 jun. 2016.

CARDOZO, José Eduardo Martins. Princípios Constitucionais da Administração Pública (de acordo com a Emenda Constitucional n.º 19/98). In: MORAES, Alexandre. *Os 10 anos da Constituição Federal*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 150.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31. ed. Malheiros. p. 450.

NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação Pública e Contrato Administrativo*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

Resolução CD/FNDE nº 26, de 17 de junho de 2013. Dispõe sobre o atendimento da alimentação escolar aos alunos da educação básica no âmbito do Programa Nacional de Alimentação Escolar - PNAE. Disponível em: <www.fnde.gov.br>. Acesso em: 18 de junho de 2016.



TERMO DE EXECUÇÃO DESCENTRALIZADA – EVOLUÇÃO LEGISLATIVA E APLICABILIDADE DO INSTRUMENTO

*DECENTRALIZED IMPLEMENTATION TERM – LEGISLATIVE
DEVELOPMENTS AND APPLICABILITY OF THE INSTRUMENT*

Michelle Diniz Mendes¹

Procuradora Federal

Pós-graduada em Direito, Estado e Constituição

SUMÁRIO: Introdução; 1 Da evolução legislativa; 1.1 Da necessidade de prévia análise jurídica; 2 Das hipóteses de celebração; 3 Dos requisitos para celebração; 4 Conclusão; Referências.

¹ Atualmente é Coordenadora da Câmara Permanente de Convênios e Demais Ajustes Congêneres da Procuradoria-Geral Federal e Procuradora-Chefe da Procuradoria Federal junto à Agência Espacial Brasileira. As teses aqui sustentadas, entretanto, constituem opinião pessoal e não coincidem, necessariamente, com aquelas da Advocacia-Geral União, observadas no desempenho das atribuições institucionais.

RESUMO: O presente artigo tem por finalidade estudar a descentralização externa de créditos orçamentários e o instrumento jurídico por meio do qual é formalizada, abordando a evolução da legislação aplicável, as hipóteses de celebração do ajuste e os requisitos que devem ser observados para tanto.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Financeiro. Descentralização Externa de Créditos Orçamentários. Destaque Orçamentário. Termo de Execução Descentralizada.

ABSTRACT: The purpose of this article is to study the external decentralization of budgetary credits and the legal instrument through which is formalized, addressing the evolution of the applicable legislation, the agreement celebration hypothesis and the requirements that should be observed to do that.

KEYWORDS: Financial Law. External Decentralization of Budgetary Credits. Budgetary Withdraw. Decentralized Implementation Term.

INTRODUÇÃO

A descentralização de créditos orçamentários é atividade comum no âmbito da Administração Pública Federal e tem por finalidade precípua a eficiência administrativa na execução orçamentária.

Essa descentralização pode ocorrer entre unidades gestoras² de um mesmo órgão ou entidade integrante do Orçamento Fiscal ou da Seguridade Social da União ou entre unidades gestoras de órgãos e/ou entidades distintos.

Na primeira hipótese, tem-se a denominada descentralização interna (art. 2º, *caput*, do Decreto nº 825/1993) ou provisão, uma vez que o orçamento é executado no âmbito da própria unidade orçamentária³, enquanto no segundo caso verifica-se a descentralização externa (art. 2º, parágrafo único, do Decreto nº 825/1993) ou destaque orçamentário, justamente em razão da transferência de uma unidade orçamentária para outra da competência para executar os créditos orçamentários que lhe tenham sido conferidos na lei orçamentária anual.

Tanto a provisão quanto o destaque orçamentário são registrados no Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal (SIAFI) por meio de Nota de Movimentação de Crédito (NC), exigindo-se

2 “Unidade Gestora é a nomenclatura usada para definir as unidades cadastradas no SIAFI investidas do poder de gerir recursos orçamentários e financeiros, próprios ou sob descentralização e cujo titular, em consequência, está sujeito à tomada de contas anual em conformidade com o disposto nos artigos 81 e 82 do Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967.” (Definição disponível em: <http://www.tesouro.gov.br/~glossario>. Acesso em: 06/06/2016.)

3 Conforme esclarecido no Manual Técnico de Orçamento 2016 da Secretaria de Orçamento Federal do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, as dotações orçamentárias são consignadas às unidades orçamentárias, as quais caberá a realização das ações. Normalmente é possível identificar-se uma correspondência entre determinada estrutura administrativa e uma unidade orçamentária como ocorre, por exemplo, com a Agência Espacial Brasileira que é uma autarquia integrante da Administração Pública Federal Indireta e, do ponto de vista do direito financeiro, uma unidade orçamentária (código 24205) a quem são consignadas dotações próprias.

Entretanto, há casos em que não existe essa exata correspondência, a exemplo da unidade orçamentária Fundo Constitucional do Distrito Federal – FCDF (código 73901), instituído pela Lei nº 10.633/2002, com *natureza contábil* e destinado a “prover os recursos necessários à organização e manutenção da polícia civil, da polícia militar e do corpo de bombeiros militar do Distrito Federal, bem como assistência financeira para execução de serviços públicos de saúde e educação, conforme disposto no inciso XIV do art. 21 da Constituição Federal (art. 1º, *caput*).”

Não há, portanto, obrigatoriedade de que exista uma estrutura administrativa correspondente à unidade orçamentária, em consonância com o que preconiza o art. 14, *caput*, da Lei nº 4.320/1964: “*Constitui unidade orçamentária o agrupamento de serviços subordinados ao mesmo órgão ou repartição a que serão consignadas dotações próprias.*”

nesta última hipótese que primeiramente celebre-se o Termo de Execução Descentralizada, definido pelo art. 1º, §1º, III, do Decreto nº 6.170/2007 como o:

instrumento por meio do qual é ajustada a descentralização de crédito entre órgãos e/ou entidades integrantes dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União, para execução de ações de interesse da unidade orçamentária descentralizadora e consecução do objeto previsto no programa de trabalho, respeitada fielmente a classificação funcional programática.

A correta definição das hipóteses em que é cabível a celebração do termo de execução descentralizada é de suma importância para que evite a utilização do instrumento de forma indevida, sendo este o propósito deste estudo.

Para tanto, buscar-se-á oferecer uma visão geral da evolução legislativa em relação ao tema, bem como diferenciar a descentralização de créditos orçamentários da descentralização de recursos financeiros, possibilitando assim uma melhor aplicabilidade do instrumento.

1 DA EVOLUÇÃO LEGISLATIVA

Embora a descentralização de créditos orçamentários se consubstancie em ato de gestão relacionado à execução orçamentária, é inegável que dele decorram efeitos jurídicos, como é natural de qualquer ato administrativo.

Assim sendo, a eleição do instrumento jurídico que viabilizará a realização do destaque orçamentário é questão fundamental, pois nele serão estabelecidos o objeto, o prazo de vigência, o valor, as obrigações de cada partícipe, dentre outras cláusulas necessárias para a adequada execução do ajuste.

Nesse ponto, é importante ressaltar que nem sempre o termo de execução descentralizada foi o instrumento utilizado para conferir respaldo jurídico aos destaques orçamentários.

O art. 5º do Decreto nº 825/1993 (revogado pelo art. 3º do Decreto nº 6.619/2008) disciplinava que “a descentralização de crédito de um órgão/ministério para entidades da administração indireta ou entre estas dependerá de celebração de convênio ou termo similar, disciplinando a consecução do objeto colimado e as relações e obrigações entre as partes”.

Tal orientação para celebração de convênio ou termo similar com a finalidade de possibilitar o destaque orçamentário era reforçada pelo art. 18 do mesmo diploma⁴, que previa ser de responsabilidade do órgão descentralizador do crédito a programação financeira correspondente às dotações descentralizadas, *quando decorrentes de termo de convênio ou similar*.

Esse equívoco⁵ foi reiterado na Instrução Normativa nº 01/1997 da Secretaria do Tesouro Nacional (STN), que definiu concedente como o órgão ou entidade da Administração Pública Federal responsável pela transferência dos recursos financeiros ou *pela descentralização dos créditos orçamentários* destinados à execução do objeto do *convênio* (art. 1º, §1º, II).

Além disso, elencou dentre as cláusulas obrigatórias do convênio “a classificação funcional-programática e econômica da despesa, mencionando-se o número e data da Nota de Empenho ou *Nota de Movimentação de Crédito*” e a indicação, quando fosse o caso, “de cada parcela da despesa relativa à parte a ser executada em exercícios futuros, com a declaração de que serão indicados em Termos Aditivos, os créditos e empenhos ou *nota de movimentação de crédito* para sua cobertura” (art. 7º, VI e XV, respectivamente).

A possibilidade de celebração de convênio entre partícipes integrantes dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social, processando-se a participação financeira mediante destaque orçamentário, foi explicitada também no art. 12 da referida Instrução Normativa, nos seguintes termos:

Art. 12. Nos *convênios* em que os partícipes sejam integrantes dos orçamentos fiscal e da seguridade social, a participação financeira se

4 Por algum lapso o art. 18 do Decreto nº 825/1993 não foi revogado no momento da edição do Decreto nº 6.619/2008, tal como o foi o art. 5º do mesmo diploma. Contudo, o art. 2º, §1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro nos parece suficiente para solucionar a questão ao estabelecer que a lei posterior revoga a anterior quando seja com ela incompatível.

5 Diz-se equívoco pois trata-se de norma editada quando já em vigor o art. 10, §1º, “b”, do Decreto-Lei nº 200/1967, que estabelece o convênio como o meio de descentralização das atividades da Administração Pública Federal para a Administração *das unidades federadas* (e não dentro da própria esfera federal), o art. 49 do Decreto nº 93.872/1986, que disciplinava a utilização do convênio como forma de descentralização das atividades da Administração Pública Federal, de caráter nitidamente local, *aos órgãos estaduais e municipais* (e não a outros órgãos ou entidades da União) incumbidos de serviços correspondentes e, *excepcionalmente*, para a execução de programas estaduais ou municipais por órgãos e entidades federais ou de programas a cargo de entidade da Administração Indireta por órgãos da Administração Direta e o art. 241 da Constituição Federal, no qual o legislador previu a possibilidade de celebração de convênios de cooperação *entre os entes federados* (e não entre órgãos e/ou entidades do mesmo ente) para a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

processará mediante a prévia *descentralização dos créditos orçamentários*, segundo a natureza das despesas que devam ser efetuadas pelo conveniente, mantida a Unidade Orçamentária e a classificação funcional programática, respeitando-se integralmente os objetivos preconizados no orçamento.

O art. 9º, §1º, I, admitia, ainda, a substituição do *termo de convênio* por um *termo simplificado* quando o conveniente ou destinatário da *descentralização* fosse órgão ou entidade da Administração Pública Federal e o art. 17, corroborando o texto do art. 7º, VI, condicionava a eficácia dos convênios à publicação do respectivo extrato no Diário Oficial da União (DOU), o qual deveria conter, dentre outros elementos, o crédito pelo qual correria a despesa, o número e a data da Nota de Empenho ou *Nota de Movimentação de Crédito* (inciso IV).

Apenas com a edição da Súmula nº 04/2004 da então Coordenação-Geral de Normas e Avaliação da Execução da Despesa da STN (CONED/STN) é que se começou a evoluir no sentido do afastamento do convênio como o instrumento jurídico hábil a viabilizar a descentralização de créditos orçamentários. A propósito, confira-se o seguinte excerto:

3. A transferência de recursos, no caso, pode ser feita independentemente de convênio. *Nada impede, todavia, que seja editada Portaria ou mesmo firmado um protocolo de ação (um convênio simplificado)* com objetivo de controle das informações gerenciais sobre o andamento do projeto/ação, por parte do descentralizador (acompanhamento de cronograma de execução, controle de qualidade etc). A prestação de contas global anual do órgão receptor do destaque compreenderá todos os gastos do mesmo, inclusive dos valores recebidos em destaque. (grifou-se)

Mesmo assim permanecia um apego ao instrumento, tanto que se comparava o protocolo de ação a um *convênio* simplificado, o que somente foi completamente extirpado com o advento do Decreto nº 6.170/2007, no qual foram estabelecidas as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse.

No art. 1º, §1º, I, do referido decreto, tratou-se logo de definir o convênio como o “acordo, ajuste ou qualquer outro instrumento que discipline a transferência de recursos financeiros de dotações consignadas nos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União”, indicando expressamente quais seriam os partícipes envolvidos: “de um lado, órgão ou entidade da administração pública federal, direta ou indireta” e “de

outro lado, órgão ou entidade da administração pública *estadual, distrital ou municipal*, direta ou indireta, ou ainda, entidades privadas sem fins lucrativos⁶”.

A partir desse momento, não restou mais dúvidas de que o convênio *não* poderia ser celebrado entre órgãos e entidades da Administração Pública Federal, mas tão somente com órgãos ou entidades de outros entes da federação, salvo na hipótese do parágrafo 3º do citado art. 1º, em que, excepcionalmente, se admitiu a celebração de convênio para execução por órgão da Administração Direta de programa a cargo de entidade da Administração Indireta, o que, na verdade, não se mostra com qualquer serventia diante da opção muito menos complexa de descentralização de créditos orçamentários para a execução de programas, projetos e atividades por unidade orçamentária distinta daquela que recebeu os créditos.

Corroborando ser realmente essa a intenção, foi criada a figura do termo de cooperação, conceituada como a

modalidade de descentralização de crédito entre órgãos e entidades da administração pública federal, direta e indireta, para executar programa de governo, envolvendo projeto, atividade, aquisição de bens ou evento, mediante portaria interministerial e sem a necessidade de contrapartida (art. 1º, §1º, III, do Decreto nº 6.170/2007).

Observe-se que nessa redação original do Decreto nº 6.170/2007 o termo de cooperação não era considerado um instrumento jurídico. Na verdade, a formalização da descentralização de crédito ocorria com a expedição de portaria interministerial, o que foi objeto de severas críticas do Tribunal de Contas da União – TCU⁷.

6 Embora não seja objeto do presente estudo, importante registrar que com a superveniência da Lei nº 13.019/2014, conhecida como o Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil (MROSC), a transferência voluntária de recursos financeiros a entidades privadas deve ser formalizada por meio de termo de colaboração ou de fomento, ressaltando-se apenas aqueles repasses de que trata o art. 199, §1º, da Constituição Federal, consoante previsto no art. 3º, IV, da própria Lei nº 13.019/2014. Por algum lapso, perdeu-se a oportunidade de no Decreto nº 8.726/2016 promover-se as alterações pertinentes nos dispositivos do Decreto nº 6.170/2007 que mencionam entidades privadas sem fins lucrativos, tendo se limitado a incluir no art. 1º o parágrafo 5º disciplinando que: “As parcerias com organizações da sociedade civil celebradas por Estado, Distrito Federal ou Município com recursos decorrentes de convênio celebrado com a União serão regidas pela Lei nº 13.019, de 2014, e pelas normas estaduais ou municipais.”

7 A título de exemplo, vale conferir os seguintes trechos de análise feita pela 5ª Secretaria de Controle Externo no bojo do TC 019.984/2008-0, cujos termos foram acolhidos pelo Pleno da Corte de Contas da União por ocasião da prolação do Acórdão nº 1771/2009:

“I - Quanto à legalidade/legitimidade da pretensa descentralização de crédito mediante destaque orçamentário [...]

Com as modificações promovidas pelo Decreto nº 6.619/2008⁸ no Decreto nº 6.170/2007 é que o termo de cooperação foi alçado à estatura de instrumento jurídico, passando desse modo a demandar prévia análise jurídica, conforme preconizado no art. 11, V, da Lei Complementar nº 73/1993 c/c o art. 10, §1º, da Lei nº 10.480/2002 e no art. 38, parágrafo único, c/c o art. 116, *caput*, ambos da Lei nº 8.666/1993.

Em 30 de dezembro de 2013, foi então editado o Decreto nº 8.180/2013 que alterou novamente o Decreto nº 6.170/2007 para passar a denominar de termo de execução descentralizada o

instrumento por meio do qual é ajustada a descentralização de crédito entre órgãos e/ou entidades integrantes dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União, para a execução de ações de interesse da unidade orçamentária descentralizadora e consecução do objeto previsto no programa de trabalho, respeitada fielmente a classificação funcional programática.

Ademais, foram incluídos os arts. 12-A e 12-B no Decreto nº 6.170/2007 elencando as finalidades para as quais poderia ser firmado o termo de execução descentralizada, reafirmando a obrigatoriedade de observância do Decreto nº 825/1993 – que estabelece normas para a programação e execução orçamentária e financeira dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social – e autorizando a expedição de ato conjunto suplementar para disciplinar a sua aplicação, o que ainda não foi feito.

39. Conforme pesquisa realizada por meio da internet utilizando-se o site de pesquisa google (fls. 173/178), constatou-se que *muitos órgãos e entidades da administração pública*, com base principalmente na Súmula da Coordenação Geral de Normas e Avaliação e Execução da Despesa - Coned nº 04/2004/STN/MF e Nota nº 301/2005/STN/Coned, *efetivaram descentralizações de crédito mediante expedição de Portarias sem a formalização de convênio, acordo, ajuste ou instrumento congêneres.*

40. A prestação de contas, na maioria dos casos pesquisados (fls. 173/178), deveria integrar as contas globais anuais dos órgãos ou entidades beneficiadas e estar disponíveis à fiscalização dos órgãos de controle interno e externo nos termos da legislação em vigor.

41. *Entendemos que estes procedimentos orientados pela Coned/STN são suscetíveis a ocorrência de ilicitudes, pela simplicidade apresentada na transferência de recursos e pela pouca exigência e formalidade na apresentação da prestação de contas as quais não seguem qualquer padrão formal. [...]”* (grifou-se)

8. Art. 1º Os arts. 1º, 2º, 10 e 13 do Decreto nº 6.170, de 25 de julho de 2007, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 1º

§ 1º

III - termo de cooperação - *instrumento* por meio do qual é ajustada a transferência de crédito de órgão da administração pública federal direta, autarquia, fundação pública, ou empresa estatal dependente, para outro órgão ou entidade federal da mesma natureza;” (grifou-se)

A despeito da falta desse disciplinamento⁹, o termo de execução descentralizada vem sendo celebrado entre vários órgãos e/ou entidades da Administração Pública Federal, que têm se valido sobremaneira da orientação dos respectivos órgãos jurídicos, podendo-se destacar, no âmbito da Procuradoria-Geral Federal, o Parecer nº 09/2013/CÂMARA PERMANENTE CONVÊNIOS/PGF/AGU, a Nota nº 01/2014/CÂMARA PERMANENTE CONVÊNIOS/PGF/AGU e a Nota nº 05/2014/CÂMARA PERMANENTE CONVÊNIOS/PGF/AGU, frutos do trabalho desenvolvido pela Câmara Permanente de Convênios e Demais Ajustes Congêneres.

1.1 DA NECESSIDADE DE PRÉVIA ANÁLISE JURÍDICA

Cumpra aqui fazer registro das discussões que surgiram com a edição da Portaria Conjunta MP/MF/CGU nº 8/2012, por meio da qual aprovou-se a minuta-padrão de termo de cooperação para descentralização de crédito, que hoje nada mais é que o termo de execução descentralizada, consoante acima exposto.

Em verdade, os debates não se originaram da redação de qualquer dos dois artigos da Portaria, extremamente singelos inclusive, mas sim do preâmbulo em que restou consignado o seguinte:

CONSIDERANDO que a existência de um instrumento de Termo de Cooperação para Descentralização de Crédito padronizado e simplificado, adotado institucionalmente, dispensa nova análise jurídica pelos diversos órgãos jurídicos das unidades descentralizadoras e descentralizadas, gerando economia processual e agilidade na sua utilização;

Esse trecho da justificação foi suficiente, por si só, para que alguns gestores e até mesmo advogados públicos federais passassem a sustentar que não havia mais obrigatoriedade de prévia análise jurídica, desconsiderando as previsões contidas nos já mencionados art. 11, V, da Lei Complementar nº 73/1993 c/c o art. 10, §1º, da Lei nº 10.480/2002 e art. 38, parágrafo único, c/c o art. 116, *caput*, ambos da Lei nº 8.666/1993.

Contudo, tal posicionamento não se sustenta, quer por ser a Portaria ato infralegal e que, portanto, não teria o condão de revogar ou

⁹ Já se tem notícia de que a ausência de normatização suplementar perdurará mesmo após os trabalhos de revisão da Portaria Interministerial MP/MF/CGU nº 507/2011, pois a intenção é de que lá se regule unicamente a celebração de convênios e contratos de repasse.

excepcionar disposições legais, quer pela incoerência com o Enunciado nº 06 do Manual de Boas Práticas Consultivas da Advocacia-Geral da União¹⁰, que orienta aos órgãos consultivos que recomendem às entidades e aos órgãos assessorados a utilização de minutas padronizadas com o intuito de “agilizar as atividades de exame e aprovação previstas no art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93”, além de colaborar “para a redução dos riscos de ocorrerem procedimentos licitatórios e contratuais em descompasso com a legislação vigente”.

Frise-se que a existência de minutas-padrão de quaisquer instrumentos jurídicos nunca foi e nem poderia ser motivo de esvaziamento de competência dos órgãos jurídicos. Pelo contrário, o viés da ação, fundamentada no art. 7º da Lei nº 9.784/1999¹¹, é de eficiência administrativa, de otimização tanto do trabalho da Administração quanto da análise pelos órgãos jurídicos. A Administração passa a saber de antemão os termos das cláusulas que deverão constar nas minutas e os órgãos jurídicos, a analisar nessas minutas apenas os pontos que forem objeto de alteração, tornando mais ágil a atividade de controle prévio de legalidade.

Esse controle, entretanto, não abrange meramente a análise das minutas dos instrumentos que serão celebrados, mas também – e com igual ou até maior importância – a apreciação da própria viabilidade jurídica de celebração do ajuste, do atendimento dos requisitos estabelecidos em lei para tanto.

Uma minuta que observe o padrão previamente aprovado não necessariamente servirá para formalizar determinado ajuste se o caso concreto não se enquadrar nas hipóteses previstas no diploma legal aplicável e/ou se não tiverem sido cumpridas as exigências elencadas pelo legislador como condição para a celebração do ajuste.

Na situação em tela, ganha relevo, ainda, o fato de a minuta-padrão indicada no anexo da Portaria Conjunta MP/MF/CGU nº 8/2012 simplesmente reproduzir um modelo de suporte documental que fora divulgado em 31 de dezembro de 2008 como anexo do COMUNICA SIASG nº 51.233 e cujo emprego nas descentralizações externas de crédito orçamentário já era obrigatório desde então. A propósito, confira-se abaixo o teor do documento:

10 Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/153380>. Acesso em: 09 jun. 2016.

11 Art. 7º Os órgãos e entidades administrativas deverão elaborar modelos ou formulários padronizados para assuntos que importem pretensões equivalentes.

A descentralização de créditos orçamentários entre unidades gestoras de um mesmo órgão ou entidade da administração pública federal direta, autarquia, fundação pública ou entidades dos orçamentos fiscal e da seguridade social, definida pelo Decreto nº 825, de 25 de maio de 1993 como Descentralização Interna, também conhecida como “Provisão”, será efetuada no SIAFI por meio do Documento Hábil NC – Nota de Movimentação de Créditos, devendo a Unidade Repassadora informar no campo observação no mínimo: o objeto, finalidade e a justificativa.

A descentralização de créditos orçamentários entre unidades gestoras de órgãos ou entidades de estruturas diferentes da administração pública federal direta, autarquia, fundação pública ou entidades dos orçamentos fiscal e da seguridade social, definida pelo Decreto nº 825, de 28 de maio de 1993 como Descentralização Externa, também conhecida como “Destaque”, será efetuada no SIAFI por meio do Documento Hábil NC – Nota de Movimentação de Créditos, acompanhada de uma Documentação de Suporte para a operação, que, além de outras, *deverá conter o modelo anexo proposto*. Serão feitas gestões no âmbito da Secretaria do Tesouro Nacional e junto ao SERPRO para desenvolvimento e disponibilização no SIAFI de um novo Documento Hábil para registro e controle desta operação de Descentralização Externa.

MODELO PARA SUPORTE DOCUMENTAL DE DESCENTRALIZAÇÃO DE CRÉDITO EXTERNA (DESTAQUE)

I – Identificação: (Título/Objeto)

II – UG/Gestão Repassadora e UG/Gestão Recebedora

III – Justificativa: (Motivação/Clientela/Cronograma físico)

IV – Relação entre as Partes: (Descrição e Prestação de Contas das Atividades)

V – Previsão Orçamentária: (Detalhamento Orçamentário com Previsão de Desembolso)

VI – Data e Assinatura

Não se está a defender a impossibilidade de aproveitamento de um modelo que se mostrou adequado para a formalização dos destaques

orçamentários sob a nova nomenclatura de minuta-padrão, mas sim que não houve inovação legislativa que justifique afastar a imprescindibilidade da prévia manifestação dos órgãos da Advocacia-Geral da União.

Se o que se pretende é evitar a manifestação individual em cada processo, cabe a cada órgão jurídico analisar se é o caso de emissão da manifestação jurídica referencial de que trata a Orientação Normativa nº 55 do Advogado-Geral da União, *in verbis*:

I - Os processos que sejam objeto de manifestação jurídica referencial, isto é, aquela que analisa todas as questões jurídicas que envolvam matérias idênticas e recorrentes, estão dispensados de análise individualizada pelos órgãos consultivos, *desde que a área técnica ateste, de forma expressa, que o caso concreto se amolda aos termos da citada manifestação.*

II - Para a elaboração de manifestação jurídica referencial devem ser observados os seguintes requisitos: *a) o volume de processos em matérias idênticas e recorrentes impactar, justificadamente, a atuação do órgão consultivo ou a celeridade dos serviços administrativos; e b) a atividade jurídica exercida se restringir à verificação do atendimento das exigências legais a partir da simples conferência de documentos.* (grifou-se)

Perceba-se que não se trata de dispensar a análise jurídica, mas de fazê-la de forma referencial, desde que atendidos os três requisitos acima destacados e sem prejuízo de que a atuação do órgão consultivo venha a ser provocada para apreciação de situação que a Administração entenda não estar abarcada pela manifestação referencial, para revisão de seu conteúdo ou mesmo para o esclarecimento de dúvidas jurídicas.

Como bem salientado no Parecer nº 004/ASMG/CGU/AGU/2014, que fundamentou a edição da aludida Orientação Normativa:

Não se trata da possibilidade de confecção de pareceres de lata abrangência. Cuida-se, tão só, da possibilidade de sistematização de atuação em situações semelhantes, devidamente atestadas, e de direta responsabilidade do agente público que atestar a semelhança dos fatos e circunstâncias que ensejam essa aqui denominada de manifestação jurídica referencial. (Grifo no original)

2 DAS HIPÓTESES DE CELEBRAÇÃO

Após décadas contando apenas com a previsão geral do Decreto nº 825/1993 de que a execução orçamentária poderia processar-se mediante a descentralização de créditos, o Decreto nº 8.180/2013 veio à lume inserindo

no Decreto nº 6.170/2007 o art. 12-A, no qual restaram elencadas as seguintes finalidades para as quais pode ser celebrado o termo de execução descentralizada:

- I - execução de programas, projetos e atividades de interesse recíproco, em regime de mútua colaboração;
- II - realização de atividades específicas pela unidade descentralizada em benefício da unidade descentralizadora dos recursos;
- III - execução de ações que se encontram organizadas em sistema e que são coordenadas e supervisionadas por um órgão central; ou
- IV - ressarcimento de despesas.

De pronto, é de se sublinhar que, sendo o termo de execução descentralizada um ajuste congênere a convênio, a mútua colaboração é sempre nota marcante em sua celebração. Nesse sentido, embora somente tenha sido feita menção a essa reciprocidade no inciso I do art. 12-A do Decreto nº 6.170/2007, todas as demais hipóteses de celebração devem ser encaradas sob essa perspectiva.

Veja-se que é incabível pensar, por exemplo, que a realização de atividades específicas pela unidade descentralizada (aquela que recebe poderes para executar os créditos orçamentários), em benefício da unidade descentralizadora dos recursos se daria de forma impositiva, mesmo porque não há, do ponto de vista jurídico, como uma pessoa jurídica de direito público obrigar que outra atue de tal ou qual forma sem que exista norma legal que assim o determine ou sem que essa seja a vontade externada pelo gestor público que a apresenta.

Não se vislumbra como admissível sustentar a tese de que um órgão ou entidade que tivesse à sua disposição crédito orçamentário pudesse simplesmente escolher a qual órgão ou entidade deseja descentralizá-lo sem a anuência deste último, mormente ao se considerar que a execução de ações orçamentárias envolve o emprego de recursos humanos e materiais que nem sempre estão disponíveis em quantidade suficiente para atender demandas externas à própria unidade.

Na mesma diretriz, é inequívoca a presença da mútua cooperação na execução de ações organizadas em sistema e coordenadas e supervisionadas por um órgão central, a exemplo do Sistema Único de Saúde (SUS), em

que a direção nacional compete ao Ministério da Saúde (art. 9º, I, da Lei nº 8.080/1990).

E também não foge dessa regra o ressarcimento de despesas, as quais necessariamente devem se referir à execução de programas, projetos e atividades de interesse recíproco, isto é, se relacionar a despesas que se enquadrem em uma das situações previstas nos incisos I a III do art. 12-A do Decreto nº 6.170/2007, sob pena de desvirtuar-se o termo de execução descentralizada, transformando-o em mero meio de efetivação de pagamentos entre órgãos e entidades da Administração Pública Federal.

Nesse ponto, insta salientar que a descentralização de créditos orçamentários não se confunde com a descentralização de recursos financeiros. Enquanto a descentralização de créditos orçamentários constitui delegação de competência para que a unidade descentralizada execute os créditos de ações consignadas no orçamento da unidade descentralizadora, a descentralização de recursos financeiros configura a efetiva movimentação de recursos financeiros (não somente do crédito orçamentário cuja disponibilidade financeira não é obrigatoriamente assegurada de imediato em virtude do caráter autorizativo do orçamento) e é operacionalizada por meio de cota, repasse ou sub-repasse¹².

Enquanto a descentralização de créditos implica em movimentação de parte do orçamento, a descentralização de recursos acarreta a movimentação de disponibilidade de caixa, no caso: a movimentação de receitas para fazer face a despesas realizadas.

Atente-se que, embora sejam faces de uma mesma moeda, os efeitos imediatos de uma descentralização de créditos orçamentários e de uma descentralização de recursos financeiros são distintos. A título de exemplo, imagine-se um termo de execução descentralizada celebrado entre a Agência Espacial Brasileira (AEB) e o Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), cujo objeto é apoiar o desenvolvimento e ampliação do conhecimento das

12 “Descentralização de Recursos Financeiros

Movimentação de recursos financeiros entre as diversas unidades orçamentárias e administrativas, compreendendo: Cota - Crédito colocado à disposição do órgão ou Ministério, em conta, na instituição bancária credenciada como o agente financeiro do Tesouro. Repasse - Distribuição pelo órgão ou Ministério dos recursos financeiros correspondentes ao seu crédito, para utilização pelas unidades orçamentárias. Sub-Repasse - Redistribuição, pelas unidades orçamentárias, às unidades administrativas ou a outras unidades orçamentárias incumbidas de fazer os pagamentos necessários à realização de seus programas de trabalho.” – grifos no original (Definição disponível em: <http://www.tesouro.gov.br/-/glossario>. Acesso em: 14 jun. 2016.)

ciências espaciais por meio da concessão de 500 (quinhentas) bolsas de pesquisa durante um período de 3 (três) anos.

Dentre os documentos apresentados para celebração de tal ajuste encontra-se, por óbvio, a certificação de *disponibilidade orçamentária*. Essa certificação comprova que para a execução dessa ação existe crédito orçamentário dotado em X milhões de reais, mas não que necessariamente já exista a *disponibilidade financeira* desses X milhões de reais que serão gastos ao longo dos 3 (três) anos de vigência do ajuste, o que dependerá da efetiva arrecadação pela União das receitas estimadas na lei orçamentária anual.

A disponibilidade financeira só é assegurada com a aprovação da programação financeira pela STN com o consequente destaque financeiro dos recursos pela unidade descentralizadora à unidade descentralizada, razão pela qual é comum a celebração de termos de execução descentralizada com cronogramas que preveem o desembolso (ou repasse de recursos) pela unidade descentralizadora ao longo de meses ou anos, de acordo com a evolução do cronograma físico, isto é, com a execução de cada uma das metas fixadas no plano de trabalho aprovado.

De tal sorte, não se vislumbra viabilidade jurídica de que o termo de execução descentralizada seja utilizado como mera forma de pagamento, que é o último estágio da despesa pública e requer a efetiva entrega de recursos financeiros para quitação do débito.

Sublinhe-se que uma coisa é ressarcir a outra unidade orçamentária montante correspondente a despesas que já foram realizadas e por ela pagas em prol da consecução de determinado objeto que desde o início poderia ter sido contemplado em um termo de execução descentralizada e que por alguma razão não foi formalizado tempestivamente.

Outra coisa é utilizar o termo de execução descentralizada como mecanismo para efetivação de pagamentos entre unidades orçamentárias, o que, além de desvirtuar a natureza do ajuste, ofende o princípio da unidade de tesouraria, insculpido no art. 56 da Lei nº 4.320/1964, nos arts. 1º e 2º do Decreto nº 93.872/1986 e no art. 1º da Medida Provisória nº 2.170-36/2001, *in verbis*:

Lei nº 4.320/1964:

Art. 56. O recolhimento de todas as receitas far-se-á em estrita observância ao *princípio de unidade de tesouraria*, vedada qualquer fragmentação para criação de caixas especiais. (grifou-se)

Decreto nº 93.872/1986:

Art. 1º A realização da receita e da despesa da União far-se-á por via bancária, em estrita observância ao *princípio de unidade de caixa* (Lei nº 4.320/64, art. 56 e Decreto-lei nº 200/67, art. 74).

Art. 2º A arrecadação de todas as receitas da União far-se-á na forma disciplinada pelo Ministério da Fazenda, devendo o seu produto ser obrigatoriamente recolhido à conta do Tesouro Nacional no Banco do Brasil S.A. (Decreto-lei nº 1.755/79, art. 1º).

§1º Para os fins deste decreto, *entende-se por receita da União todo e qualquer ingresso de caráter originário ou derivado, ordinário ou extraordinário e de natureza orçamentária ou extra-orçamentária, seja geral ou vinculado, que tenha sido decorrente, produzido ou realizado direta ou indiretamente pelos órgãos competentes.* (grifou-se)

Medida Provisória nº 2.170-36/2001:

Art. 1º *Os recursos financeiros de todas as fontes de receitas da União e de suas autarquias e fundações públicas, inclusive fundos por elas administrados, serão depositados e movimentados exclusivamente por intermédio dos mecanismos da conta única do Tesouro Nacional, na forma regulamentada pelo Poder Executivo.*

Parágrafo único. Nos casos em que características operacionais específicas não permitam a movimentação financeira pelo sistema de caixa único do Tesouro Nacional, os recursos poderão, excepcionalmente, a critério do Ministro de Estado da Fazenda, ser depositados no Banco do Brasil S.A. ou na Caixa Econômica Federal. (grifou-se)

Frise-se que o Decreto nº 4.950/2004 disciplinou, em seu art. 1º, que *a arrecadação de todas as receitas realizadas por órgãos, fundos, autarquias, fundações e demais entidades integrantes dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social deve ser feita por intermédio dos mecanismos da conta única do Tesouro Nacional*, isto é, recolhendo-se o produto

da arrecadação à conta do órgão central do Sistema de Programação Financeira Federal do Governo Federal¹³ por meio do SIAFI.

E tal regra aplica-se inclusive nos casos de receitas que têm origem no esforço próprio de órgãos e entidades da Administração Pública Federal, a não ser que haja autorização do Ministro de Estado da Fazenda para que a apropriação contábil da receita e o recolhimento do produto da arrecadação possam ser realizados no SIAFI nos respectivos órgãos e entidades (art. 2º do Decreto nº 4.950/2004).

Na mesma diretriz, a Instrução Normativa STN nº 04/2004¹⁴ estabeleceu que:

Art. 1º A Conta Única do Tesouro Nacional, mantida no Banco Central do Brasil, tem por finalidade acolher as disponibilidades financeiras da União a serem movimentadas pelas Unidades Gestoras da Administração Pública Federal, inclusive Fundos, Autarquias, Fundações, e outras entidades integrantes do Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal – SIAFI, na modalidade “on-line”.

[...]

Art. 3º A movimentação de recursos da Conta Única será efetuada por meio de Ordem Bancária – OB, Guia de Recolhimento da União – GRU, Documento de Arrecadação de Receitas Federais – DARF, Guia da Previdência Social – GPS, Documento de Receita de Estados e/ou Municípios – DAR, Guia do Salário Educação – GSE, Guia de Recolhimento do FGTS e de Informações da Previdência Social – GFIP, Nota de Sistema – NS ou Nota de Lançamento – NL, de acordo com as respectivas finalidades.

[...]

Art. 6º Todas as Unidades Gestoras integrantes da Conta Única que recolham receitas federais e contribuições da previdência social deverão, obrigatoriamente, emitir o DARF, a GPS, a GSE, a GRU e a GFIP correspondentes, por meio do Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal – SIAFI.

¹³ De acordo com o art. 4º, I, do Decreto nº 3.590/2000, o órgão central do Sistema de Administração Financeira Federal é a Secretaria do Tesouro Nacional do Ministério da Fazenda.

¹⁴ Disponível em: <http://www3.tesouro.gov.br/legislacao/download/programacao/IN04_2004.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2016.

Parágrafo Único. *Pagamentos entre Unidades Gestoras integrantes da Conta Única*, devem ser efetuados, obrigatoriamente, por mecanismos *Intra-SIAFI*.

[...]

Art. 8º As transações financeiras, *inclusive pagamentos que envolvam Unidades Gestoras integrantes da Conta Única*, deverão ser efetuadas, obrigatoriamente, por mecanismos *Intra-SIAFI*. (grifou-se)

Desse modo, nas hipóteses de simples pagamentos relacionados a materiais, bens (móveis e/ou imóveis) e serviços fornecidos, disponibilizados ou prestados por outro órgão ou entidade da Administração Pública Federal, ou referentes a impostos, taxas e contribuições devidos por um órgão ou entidade da Administração Pública Federal a outro(a), o documento a ser utilizado é a Guia de Recolhimento da União em sua forma não impressa – a GRU Eletrônica (Intra-SIAFI), conforme previsto no art. 6º, §3º, da Instrução Normativa STN nº 02/2009¹⁵ e no item 3.3.3 do Assunto 020331 da Seção 020300 do Capítulo 020000 do Manual SIAFI¹⁶, *in verbis*:

Instrução Normativa STN nº 02/2009:

Art. 6º A Guia de Recolhimento da União – GRU, em suas formas não impressas (GRU Depósito, GRU DOC/TED, GRU Eletrônica e GRU SPB), obedecerá aos critérios definidos por esta Instrução Normativa.

[...]

§3º *A GRU Eletrônica é um documento do Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal – SIAFI e será de uso obrigatório nos pagamentos entre órgãos e entidades da União*. (grifou-se)

Manual SIAFI:

3 – TIPOS DE GRU

15 Disponível em: <<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=28/05/2009&jornal=1&pagina=69&totalArquivos=152>>. Acesso em: 12 jun. 2016.

16 Disponível em: <<http://manualsiafi.tesouro.fazenda.gov.br/020000/020300/020331/>>. Acesso em: 12 jun. 2016.

3.1. As GRU podem ser do tipo Simples, Cobrança, Depósito, DOC/TED, Intra-SIAFI, Judicial ou SPB, cada qual conforme características a seguir:

[...]

3.3.3 – *A GRU Eletrônica é utilizada para o pagamento entre as Unidades Gestoras (intra-Siafi)*, sem trânsito pela rede bancária. Para emissão da GRU Eletrônica a UG realizará compromisso no CPR (transação CONFLUXO) decorrente de situação ou dedução que gera GRU. (grifou-se)

Acrescente-se, ainda, que para o pagamento de compromissos (ou obrigações), bem como para a transferência de recursos entre unidades gestoras ou liberação de recursos para fins de cota, repasse e sub-repasse, dentre outros, o regramento contido no item 3.8.1 da Seção 020500 do Capítulo 020000 do Manual SIAFI¹⁷ é para utilização da Ordem Bancária – OB, que, assim como a GRU, é um documento utilizado para a *movimentação de recursos financeiros* na Conta Única do Tesouro Nacional¹⁸.

Em nenhum momento, há previsão de emprego da Nota de Movimentação de Crédito para efetivação de pagamentos de qualquer natureza ou transferência de recursos financeiros entre unidades gestoras. Pelo contrário, o Manual SIAFI restringe a sua finalidade à “movimentação de créditos interna e externa e suas anulações”¹⁹, estando afastada, por conseguinte, a possibilidade de lançar mão do termo de execução descentralizada para tanto.

Cabe anotar que, em sentido oposto ao posicionamento ora sustentado, há no documento “Perguntas e Respostas” do Manual de Contabilidade Aplicada ao Setor Público – 6ª edição²⁰, orientação de que o rateio de despesas orçamentárias comuns (água, energia elétrica e outras) seja feita por descentralização orçamentária. Confira-se abaixo:

17 Disponível em: <<http://manualsiafi.tesouro.fazenda.gov.br/pdf/020000/020500>>. Acesso em: 13 ago. 2016.

18 O Capítulo 020000, Seção 020300, Assunto 020305 do Manual SIAFI detalha os procedimentos mencionados na Instrução Normativa STN nº 04/2004, definindo a Conta Única como “o mecanismo que permite a movimentação on-line de recursos financeiros dos Órgãos e Entidades ligadas ao SIAFI em conta unificada” e esclarecendo que “esta unificação, além de garantir a manutenção da autonomia e individualização, permite o controle imediato dos gastos sobre suas disponibilidades financeiras.” (item 2.1).

19 Vide item 3.3.1 da Seção 020500 do Capítulo 020000 do Manual SIAFI.

20 Disponível em: <http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/390684/CPU_MCASP_6_Perguntas_e_Respostas.pdf/7d6314f2-ad7e-497c-9417-3853cbaf7d82>. Acesso em: 12 jun. 2016.

16 – Como registrar o rateio das despesas orçamentárias comuns (água, energia elétrica e outras) de dois órgãos ou mais que funcionam em um mesmo prédio?

Caso haja necessidade de rateio do pagamento da despesa, existem duas possibilidades para proceder ao registro das despesas orçamentárias:

a) Quando o rateio da despesa ocorrer entre órgãos da mesma esfera de governo que pertençam ao Orçamento Fiscal e da Seguridade Social – o órgão responsável pelo pagamento deverá receber dos demais órgãos descentralização orçamentária e financeira.

b) Quando o rateio da despesa ocorrer entre órgãos que não pertençam ao mesmo Orçamento Fiscal e Seguridade Social – os demais órgãos deverão emitir empenho, registrar a despesa orçamentária e pagar sua parcela ao órgão responsável pelo pagamento direto ao credor da despesa.

Contudo, tendo em vista que o entendimento aqui defendido tem fundamento na legislação financeira e orçamentária e no próprio Manual SIAFI, consoante acima demonstrado, fica o alerta da imprescindibilidade de que a Secretaria do Tesouro Nacional se debruce sobre o tema e uniformize as normas infralegais sobre execução orçamentária e financeira, padronizando a orientação dada aos órgãos integrantes do Sistema de Administração Financeira Federal.

Até lá, acredita-se que a melhor conduta administrativa é observar o quanto disciplinado nas leis, decretos e demais atos infralegais que com eles sejam compatíveis, evitando a utilização do termo de execução descentralizada com o intuito de efetuar pagamentos de qualquer natureza, inclusive os decorrentes de rateio de despesas, uma vez que um documento de “Perguntas e Respostas” nos parece que não traz, por si só, suficiente segurança jurídica.

A reforçar tal recomendação, destaca-se que o art. 27 da supracitada Instrução Normativa STN nº 04/2004 prescreve que compete às unidades gestoras zelar pelo cumprimento dos aspectos ali regulamentados, dentre os quais está a obrigatoriedade de que a movimentação de recursos financeiros da Conta Única se realize por meio de um dos documentos indicados em seu art. 3º e reiterados no item 3.2.2 do Assunto 020305 da Seção 020300 do Capítulo 020000 do Manual SIAFI, dentre os quais não se inclui a Nota de Movimentação de Crédito, empregada exclusivamente para fins de descentralização de créditos orçamentários.

3 DOS REQUISITOS PARA CELEBRAÇÃO

A inexistência de ato conjunto disciplinando a aplicação do termo de execução descentralizada, tal como faculta o art. 12-B do Decreto nº 6.170/2007, não deve servir de justificativa para deficiência na instrução dos processos em que a Administração pretenda efetivar a descentralização de créditos orçamentários com vistas a execução de programa, projeto ou atividade de interesse recíproco.

Conforme prevê o art. 29, §1º, da Lei nº 9.784/1999, o órgão competente deve instruir os autos com os dados necessários à decisão do processo, o que abrange documentos que respondam a perguntas como “o que se pretende fazer?”, “quem irá fazer?”, “como se intenta fazer?”, “em que prazo se deseja fazer?”, “qual é o custo do que se quer fazer?”, dentre outras.

Esses questionamentos são respondidos em grande parte no documento denominado plano de trabalho, que, a teor do disposto no art. 116, §1º, da Lei nº 8.666/1993, deve conter:

- I - a identificação do objeto a ser executado;
- II – as metas a serem atingidas;
- III – as etapas ou fases de execução;
- IV – o plano de aplicação dos recursos financeiros;
- V – o cronograma de desembolso;
- VI – a previsão de início e fim da execução do objeto, bem assim da conclusão das etapas ou fases programadas; e
- VII - se o ajuste compreender obra ou serviço de engenharia, comprovação de que os recursos próprios para complementar a execução do objeto estão devidamente assegurados, salvo se o custo total do empreendimento recair sobre a entidade ou órgão descentralizador.

Veja-se que essas informações não destoam daquelas que são requeridas na própria minuta de termo de execução descentralizada, consoante modelo aprovado por meio da Portaria Conjunta MP/MF/CGU nº 08/2012. Pelo contrário, lá são acrescidas, ainda, a obrigatoriedade de

justificativa, que envolve a motivação para prática do ato e a especificação dos beneficiários da ação que será implementada (isto é, de quem será diretamente favorecido pela iniciativa), e de fixação das obrigações dos partícipes, inclusive quanto à prestação de contas das atividades.

A motivação, para além da indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, deve contemplar a demonstração da compatibilidade do objeto que se pretende executar com a missão institucional dos órgãos e/ou entidades envolvidos, pois, se o intuito da descentralização de créditos orçamentários é otimizar a atuação da Administração delegando competência à unidade orçamentária que detenha melhores condições de executar de forma eficiente a ação, a demonstração de que tal projeto ou atividade se amolda à finalidade para a qual foi criada a unidade descentralizada e que esta detém capacidade técnica para fazê-lo é exigência mais que natural.

Não se está a afirmar que não poderá haver contratação de terceiros para execução de parcelas do objeto, mas sim que a sua execução deve se dar predominantemente pela unidade recebedora do crédito orçamentário, restringindo-se a execução indireta somente a atividades acessórias, que seriam igualmente lícitas pela unidade descentralizadora caso a ação orçamentária fosse por ela executada.

E foi exatamente nesse sentido que o Plenário do TCU recomendou, por ocasião da prolação do já referido Acórdão nº 1.771/2009, que fosse previamente avaliado na hipótese de descentralização de créditos “se a entidade a ser beneficiada tem, nas suas atribuições estatutárias ou regimentais, compatibilidade com o objeto pretendido, [...], em observância aos princípios constitucionais da legalidade e da eficiência”.

Da mesma maneira, constou no Acórdão nº 3.665/2010, proferido pela 2ª Câmara do TCU, recomendação para que não se realizasse a descentralização de créditos orçamentários “nos casos em que o órgão/entidade recebedor do destaque não seja o responsável pela execução direta do objeto pactuado, ressalvado apenas o repasse para terceiros de atividades acessórias à realização daquelas acordadas”.

Outra questão de suma relevância é a correta estimativa dos custos do objeto que será executado, o que somente pode ser alcançado com a confecção de termo de referência ou projeto básico, no qual fique devidamente caracterizado o bem, o serviço ou a obra objeto do ajuste, acompanhado de orçamento detalhado, considerando os preços praticados no mercado, a definição dos métodos e o prazo de execução.

A descentralização de créditos orçamentários na medida do que seja efetivamente necessário para execução do objeto, não somente atende ao disposto no art. 35, §1º, da Lei nº 10.180/2001²¹ (aplicável por analogia), como também evita o comprometimento indevido da dotação, possibilitando o emprego de eventual diferença na consecução de outras ações.

A prestação de contas, por sua vez, deve ser prevista no instrumento dentre as obrigações da unidade descentralizada, visto que o fato de haver delegação de competência para execução dos créditos descentralizados não desobriga a unidade que os recebeu de comprovar o cumprimento do objeto pactuado e no montante da dotação para tanto designada.

Sublinhe-se que não significa que deverá existir uma prestação de contas nos moldes daquela exigida para convênios, mas deve haver a comprovação da boa e regular aplicação dos recursos que vierem a ser empenhados com esteio nos créditos descentralizados, estando a unidade descentralizada obrigada, inclusive, a devolver à unidade descentralizadora ao final do exercício eventuais créditos não executados e a anular os saldos de empenho que não preencham os requisitos legais para inscrição em restos a pagar.

A prestação de contas do objeto, portanto, não é a simples demonstração de que o objeto foi executado, mas que ele foi executado de acordo com os custos estimados e com as metas fixadas no plano de trabalho e observando a legislação de regência. Jamais o destaque orçamentário deve ser encarado como um cheque em branco para que a unidade recebedora dos créditos possa agir como bem lhe aprouver, limitando-se posteriormente a noticiar à unidade descentralizadora que executou o objeto ajustado.

Por fim, não custa registrar que, embora na hipótese de descentralização de crédito para ressarcimento de despesas tenha sido possibilitada a dispensa da formalização do termo de execução descentralizada, os autos deverão ser instruídos com manifestação técnica que motive adequadamente a

21 Art. 35. Os órgãos e as entidades da Administração direta e indireta da União, ao celebrarem compromissos em que haja a previsão de transferências de recursos financeiros, de seus orçamentos, para Estados, Distrito Federal e Municípios, estabelecerão nos instrumentos pactuais a obrigação dos entes recebedores de fazerem incluir tais recursos nos seus respectivos orçamentos.

§ 1º Ao fixarem os valores a serem transferidos, conforme o disposto neste artigo, os entes nele referidos farão análise de custos, de maneira que o montante de recursos envolvidos na operação seja compatível com o seu objeto, não permitindo a transferência de valores insuficientes para a sua conclusão, nem o excesso que permita uma execução por preços acima dos vigentes no mercado.

realização da despesa, na esteira do quanto acima consignado, e esclareça as razões da decisão pela não celebração prévia de um termo de execução descentralizada.

Ademais, deverão ser juntados os documentos que atestem a regular realização da despesa, de acordo com os normativos aplicáveis à espécie, tendo sempre em vista, consoante anotado no item XI da Conclusão DEPCONSUS/PGF/AGU nº 90/2014, que:

O ressarcimento de despesas de que trata o art. 12-A, inciso IV, do Decreto nº 6.170/2007 não constitui, de forma alguma, autorização para custeio de execução de obras, de aquisição de bens ou mesmo de prestação de serviços que não tenham relação direta com a finalidade legal para a qual foi criada a unidade descentralizadora, ou seja, com a execução de ações que estejam na área de competência da unidade descentralizadora e representem forma direta de dar cumprimento à sua missão institucional, sob pena de restar configurada ofensa ao art. 37, XXI, da Constituição Federal e, por conseguinte, à própria Lei nº 8.666/1993.

E apesar de a supramencionada orientação da Procuradoria-Geral Federal fazer referência apenas a imprescindibilidade de relação direta com a missão institucional da unidade descentralizadora, entende-se que as despesas realizadas devem ser compatíveis com as finalidades legais dos dois órgãos e/ou entidades envolvidos, materializando a execução de ações que estejam entre as atribuições de uma unidade e, ao mesmo tempo, representem forma de dar cumprimento à missão institucional da outra.

4 CONCLUSÃO

A adequada execução orçamentária é essencial para a efetiva implementação das políticas públicas e depende em grande medida da capacidade de discernimento dos gestores quanto aos instrumentos jurídicos que devem ser utilizados em cada ação.

O emprego do termo de execução descentralizada nos moldes ora propostos, isto é, sem banalização e sempre na perspectiva de que a ação orçamentária seja executada pela unidade que melhor tiver condições de entregar o produto previsto²², seja ele um bem, um serviço ou até

²² A consulta à descrição da ação pode ser feita no cadastro de ações divulgado anualmente pela Secretaria de Orçamento Federal do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, disponível em: <<http://www.orcamentofederal.gov.br/orcamentos-anuais/orcamento-2016/cadastro-de-aco-es-1-1>>.

mesmo uma obra, certamente contribuirá para satisfação tempestiva das necessidades da coletividade.

A aferição dessa capacidade de execução eficiente, contudo, passa indubitavelmente pela análise das competências legais dos órgãos e/ou entidades envolvidos, do âmbito de atuação de cada um deles, o que de forma alguma deve ser considerado somente um detalhe, mas sim como o ponto crucial para o alcance dos resultados pretendidos.

Desse modo, a decisão administrativa de descentralização de créditos deve dar-se de forma motivada, atenta aos requisitos indispensáveis para a sua efetivação e com vistas a concretizar da melhor forma possível o interesse público, comprometendo o orçamento apenas na medida do estritamente necessário e primando pela boa e regular aplicação das dotações ali consignadas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Advocacia-Geral da União. *Manual de Boas Práticas Consultivas*. 3. ed. Brasília: AGU, 2014. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/153380>. Acesso em: 09/06/2016.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Contém as emendas constitucionais posteriores. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

BRASIL. Decreto nº 93.872, de 23 de dezembro de 1986. Dispõe sobre a unificação dos recursos de caixa do Tesouro Nacional, atualiza e consolida a legislação pertinente e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 24 dez. 1986. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d93872.htm>.

BRASIL. Decreto nº 825, de 28 de maio de 1993. Estabelece normas para a programação e execução orçamentária e financeira dos orçamentos fiscal e da seguridade social, aprova quadro de cotas trimestrais de despesa para o Poder Executivo e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 29 maio 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D0825.htm>.

BRASIL. Decreto nº 4.950, de 9 de janeiro de 2004. Dispõe sobre a arrecadação das receitas de órgãos, fundos, autarquias, fundações e demais

entidades integrantes dos orçamentos fiscal e da seguridade social, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 12 jan. 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d4950.htm>.

BRASIL. Decreto nº 6.170, de 25 de julho de 2007. Dispõe sobre as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 26 jul. 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6170.htm>.

BRASIL. Decreto nº 6.619, de 29 de outubro de 2008. Dá nova redação a dispositivos do Decreto nº 6.170, de 25 de julho de 2007, que dispõe sobre as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse. *Diário Oficial da União*, Brasília, 30 out. 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/Decreto/D6619.htm>.

BRASIL. Decreto nº 8.180, de 30 de dezembro de 2013. Altera o Decreto nº 6.170, de 25 de julho de 2007, que dispõe sobre as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse. *Diário Oficial da União*, Brasília, 31 dez. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D8180.htm>.

BRASIL. Decreto nº 8.726, de 27 de abril de 2016. Regulamenta a Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014, para dispor sobre regras e procedimentos do regime jurídico das parcerias celebradas entre a administração pública federal e as organizações da sociedade civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 28 abr. 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8726.htm>.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. *Diário Oficial da União*, Brasília, 9 set. 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>.

BRASIL. Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 27 fev. 1967, retificado em 8 mar. 1967, 30 mar. 1967 e 17 jul. 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm>.

BRASIL. Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. *Diário Oficial da União*, Brasília, 23 mar. 1964, retificado em 9 abr. 1964 e 3 jun. 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4320.htm>.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 22 jun. 1993, republicado e retificado em 6 jul. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>.

BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. *Diário Oficial da União*, Brasília, 1º fev. 1999, retificado em 11 mar. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>.

BRASIL. Lei nº 10.180, de 6 de fevereiro de 2001. Organiza e disciplina os Sistemas de Planejamento e de Orçamento Federal, de Administração Financeira Federal, de Contabilidade Federal e de Controle Interno do Poder Executivo Federal, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 7 fev. 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10180.htm>.

BRASIL. Lei nº 10.480, de 2 de julho de 2002. Dispõe sobre o Quadro de Pessoal da Advocacia-Geral da União, a criação da Gratificação de Desempenho de Atividade de Apoio Técnico-Administrativo na AGU – GDAA, cria a Procuradoria-Geral Federal, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 3 jul. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10480.htm>.

BRASIL. Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014. Estabelece o regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividades ou de projetos previamente estabelecidos em planos de trabalho inseridos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação; define diretrizes para a política de fomento, de colaboração e de cooperação com organizações da sociedade civil; e altera as Leis nºs 8.429, de 2 de julho de 1992, e 9790, de 23 de março de 1999. *Diário Oficial da União*, Brasília, 1º ago. 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13019.htm>.

BRASIL. Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 fev. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp73.htm>.

BRASIL. Medida Provisória nº 2.170-36, de 23 de agosto de 2001. Dispõe sobre a administração dos recursos de caixa do Tesouro Nacional, consolida e atualiza a legislação pertinente ao assunto e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 24 ago. 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2170-36.htm>.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria do Tesouro Nacional. *Glossário*. Disponível em: <<http://www.tesouro.gov.br/-/glossario>. Acesso em: 06 jun. 2016.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria do Tesouro Nacional. Instrução Normativa nº 04, de 30 de agosto de 2004. Dispõe sobre a consolidação das instruções para movimentação e aplicação dos recursos financeiros da Conta Única do Tesouro Nacional, a abertura e manutenção de contas correntes bancárias e outras normas afetas à administração financeira dos órgãos e entidades da Administração Pública Federal. *Diário Oficial da União*, Brasília, 1º set. 2004. Disponível em: <http://www3.tesouro.gov.br/legislacao/download/programacao/IN04_2004.pdf. Acesso em: 13 jun. 2016.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria do Tesouro Nacional. Instrução Normativa nº 2, de 22 de maio de 2009. Dispõe sobre a Guia de Recolhimento da União – GRU, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 28 mai. 2009. Disponível em: <<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=28/05/2009&jornal=1&pagina=69&totalArquivos=152>. Acesso em: 12 jun. 2016.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria do Tesouro Nacional. *Manual de Contabilidade Aplicada ao Setor Público: Perguntas e Respostas*. 6. ed. Brasília, 2014. Disponível em: <http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/390684/CPU_MCASP_6_Perguntas_e_Respostas.pdf/7d6314f2-ad7e-497c-9417-3853cbaf7d82>. Acesso em: 12 jun. 2016.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria do Tesouro Nacional. *Manual SIAFI*. Disponível em: <<http://manualsiafi.tesouro.fazenda.gov.br/0000000>>. Acesso em: 12 jun. 2016.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Secretaria de Orçamento Federal. *Manual técnico de orçamento – MTO*. Edição 2016. Disponível em: <http://www.orcamentofederal.gov.br/informacoes-orcamentarias/manual-tecnico/mto_2016_1aeducacao-200515.pdf>. Acesso em: 06 jun. 2016.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão; Ministério da Fazenda; Controladoria-Geral da União. Portaria Conjunta nº 08, de 7 de novembro de 2012. Aprova a minuta-padrão de Termo de Cooperação para Descentralização de Crédito. *Diário Oficial da União*, Brasília, 8 nov. 2012. Disponível em: <<https://portal.convenios.gov.br/-/portaria-conjunta-no-8-de-7-de-novembro-de-2012>>.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão; Ministério da Fazenda; Controladoria-Geral da União. *Portaria Interministerial nº 507, de 24 de novembro de 2011*. Disponível em: <<http://www.governoeletronico.gov.br/biblioteca/arquivos/portaria-interministerial-no-507-de-24-de-novembro-de-2011/view>>.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Representação. Conhecimento. Parcialmente procedente. Protocolo de ação cancelado. Determinações. *Acórdão nº 1.771*. Plenário. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues. Sessão: 12 de ago. 2009. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces?colegiado=PLENARIO&numeroAcordao=1771&anoAcordao=2009>>.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Representação. *Acórdão nº 3.665*. Segunda Câmara. Relator: Ministro José Jorge. Sessão: 13 de jul. 2010. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces?colegiado=SEGUNDA+CAMARA&numeroAcordao=3665&anoAcordao=2010>>.

O CREDENCIAMENTO PARA CONTRATAÇÃO DE SERVIÇO TÉCNICO PROFISSIONAL ESPECIALIZADO DE NATUREZA SINGULAR

*A REGISTRATION TO HIRE SINGULAR SPECIALIZED
PROFESSIONAL TECHNICAL SERVICE*

Rafael Sérgio Lima de Oliveira

Procurador Federal da Advocacia-Geral da União

*Especialista em Direito Público, Mestre em Direito, Procurador-Chefe da
Procuradoria Federal junto à Escola Nacional de Administração Pública (PF-
ENAP), Coordenador da Câmara Permanente de Licitações e Contratos da PGF/
AGU e Professor de Direito Administrativo, ministrando cursos na temática de
licitações e contratos administrativos*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Do Credenciamento; 2 Do Credenciamento para a Contratação de Serviço Técnico Profissional Especializado de Natureza Singular; 3 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente trabalho objetiva analisar a (im)possibilidade de aplicação do instituto do credenciamento para a contratação de serviço técnico profissional especializado de natureza singular. A contratação desses serviços é realizada por meio de inexigibilidade de licitação (art. 25, II, da Lei nº 8.666/1993) em razão da inviabilidade de se fixar critérios objetivos para a seleção da melhor proposta em um certame. Não há unicidade do prestador do serviço nessa espécie de inexigibilidade. Diante do fato de as entidades ligadas às áreas de pesquisa, ciência, tecnologia e inovação necessitarem constantemente de serviços singulares, o credenciamento se apresenta como uma alternativa capaz garantir a satisfação do interesse da Administração com a consagração de princípios constitucionais caros aos procedimentos de contratação pública.

PALAVRAS-CHAVE: Credenciamento. Inviabilidade Jurídica de Competição. Inexigibilidade. Serviço Técnico Profissional Especializado Singular.

ABSTRACT: This work aims to analyze the (im)possibility of application of a registration to hire singular specialized professional technical service. The hiring of these services occurs without procurement (art. 25, II, of Law 8.666 / 1993) because of the impossibility to establish objective criteria for the selection of the best proposal in a contest. There isn't uniqueness of the professional in this case. How the entities that work with research, science, technology and innovation constantly require singular services, the registratio is an alternative to ensure the satisfaction of the interest of the Administration with the consecration of constitutional principles.

KEYWORDS: Registration. Impossibility of Procurement. Singular Specialized Professional Technical Service.

INTRODUÇÃO

O presente artigo objetiva analisar a (im)possibilidade de aplicar o instituto do credenciamento para os casos de contratação direta, por inexigibilidade de licitação, de serviço técnico profissional especializado de natureza singular (art. 25, II, da Lei nº 8.666/1993).

O credenciamento é um instituto voltado para a contratação por inexigibilidade de licitação para os casos nos quais a competição é inviável, mas a Administração tem necessidade de contratar com mais de um daqueles que têm a possibilidade de satisfazer a necessidade do ente público.

Acontece, no entanto, que o mencionado instituto é conceitualmente destinado para as inexigibilidades enquadradas no *caput* do art. 25, da Lei nº 8.666/1993. Então, de acordo com o conceito corriqueiramente apresentado para o credenciamento, ele só se aplica para situações que não se encaixam em um dos incisos do art. 25, da Lei nº 8.666/1993.

Todavia, entendemos ser relevante questionar se tal entendimento persiste no caso das inexigibilidades enquadradas no art. 25, II, da Lei nº 8.666/1993, qual seja, as hipóteses de contratação direta de serviço técnico profissional especializado de natureza singular.

O fato é que nessas situações, assim como no caso do credenciamento, não há a unicidade do contratado. A Administração Pública pode contratar mais de um daqueles que ela considere apto para prestar o serviço. Nesse caso a Lei diz que a entidade poderá escolher qual é o mais adequado para a prestação do serviço entre os profissionais e empresas dotados de notória especialização (art. 25, § 1º, da Lei nº 8.666/1993).

Há entidades como algumas das ligadas às áreas de pesquisa, ciência, tecnologia e inovação que têm a necessidade de constantemente contratar tais tipos de serviços. É comum para elas a contratação de profissionais para tarefas dotadas de alta complexidade envolvendo atividades como estudos técnicos, perícias, consultorias, docência e outras (art. 13, da Lei nº 8.666/1993).

Daí porque se julga relevante fazer o estudo em questão, a fim de que a Administração possa prezar pela qualidade do serviço que lhe será prestado e realizar uma contratação republicana.

1 DO CREDENCIAMENTO

É sabido que a Constituição de 1988 (art. 37, XXI) impõe à Administração Pública a realização de licitação para escolher os sujeitos com quem o Poder Público irá contratar. O certame é um procedimento que concretiza vários dos postulados da Carta Magna pátria. Os princípios da isonomia, da impessoalidade, da publicidade e da eficiência são alguns dos exemplos de cânones constitucionais que são protegidos pela licitação. Por isso, a preocupação do Constituinte de 1988 em prever a licitação como uma regra na atuação da Administração.

Ocorre, entretanto, que o procedimento licitatório pode ser em algumas situações inconveniente ao Estado e às vezes ele é até mesmo impossível. Essa situação foi vislumbrada pelo Constituinte, razão pela qual o texto da Carta de 1988 cunhou a licitação como regra, mas admitiu ressalvas a serem especificadas na legislação. Disse o Constituinte:

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

[...]

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. (*grifo nosso*)

Por ser a exceção à regra, importa ressaltar que as hipóteses de contratação direta – sem licitação – devem ser interpretadas de maneira estrita. Fato é que o certame licitatório é um dos institutos voltados para a consagração do que Canotilho denominou de *princípios jurídicos fundamentais*¹, aqueles que se apresentam como motivo para a interpretação,

1 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1165: “*Consideram-se princípios jurídicos fundamentais os princípios historicamente objectivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional. Pertencem à ordem jurídica positiva e constituem um importante fundamento para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo*”.

a integração, o conhecimento e a aplicação do direito. A licitação confere concretude, sobretudo, ao princípio constitucional da igualdade, uma vez que possibilita aos interessados em contratar com o Estado a participação no processo de seleção do contratado. Trata-se também de um meio pelo qual o Poder Público pode garantir para si um contrato cujo objeto tenha qualidade.

A Lei nº 8.666/1993, a Lei de Licitações e Contratos Administrativos (LLCA), admite duas hipóteses de contratação direta quais sejam: a dispensa e a inexigibilidade. Naquele caso, em que pese seja possível a realização do certame, a licitação pode não ser feita porque o legislador julgou por bem deixar ao gestor público a discricionariedade na efetivação do certame ou não (art's. 17 e 24, da Lei nº 8.666/1993). Já a situação da inexigibilidade ocorre quando a competição é impossível.

O que interessa ao estudo em voga é a inexigibilidade, que está prevista no art. 25, da LLCA, com o seguinte texto:

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

I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

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

III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

§ 1º Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados

com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

§ 2º Na hipótese deste artigo e em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis. (grifo nosso)

A inviabilidade de competição é tradicionalmente reconhecida como a unicidade do contratado. Isto é, a licitação seria inexigível porque a competição é impossível diante do fato de só haver um sujeito para prestar o serviço ou fornecer o bem. Não resta dúvida que essa é a ocasião clássica da inexigibilidade, mas não é só nesse caso que se configura a inviabilidade do certame. Sobre esse tema, cita-se Marçal Justen Filho:

A inviabilidade de competição também se verificará nos casos em que houver impossibilidade de seleção entre as diversas alternativas segundo um critério objetivo ou quando o critério da vantajosidade for incompatível com a natureza da necessidade a ser atendida.

Ou, ainda, quando a realização da licitação inviabilizar a contratação de um entre os diversos sujeitos aptos a executar satisfatoriamente o contrato visado pela Administração.

Mas todas essas abordagens são meramente exemplificativas, eis que extraída dos exames das diversas hipóteses contidas nos incisos do art. 25, sendo imperioso reconhecer que nelas não se esgotam as possibilidades de configuração dos pressupostos da contratação direta por inexigibilidade de licitação².

Há situações em que, embora haja mais de um sujeito com potencial para ser contratado, a demanda da Administração é de um tamanho tal que apenas um não consegue satisfazer a quantidade a ser contratada, razão pela qual o interesse público não é satisfeito com o certame. Ainda existem hipóteses nas quais a inviabilidade de licitação decorre da ausência de critérios para selecionar a melhor proposta. Nesses casos, embora não haja unicidade de contratado, há inviabilidade de competição.

² JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009. p. 367.

Nessas ocasiões, a depender das circunstâncias do caso, recomenda-se o uso do instituto do credenciamento, procedimento pelo qual a Administração fixa o preço a ser pago aos futuros contratados e cria um banco a ser formado por sujeitos que atendam a requisitos definidos em instrumento convocatório. Na medida em que surja a necessidade da Administração ela demanda o banco, que é formado por todos os que preencham os requisitos e requeiram seu credenciamento.

O credenciamento não tem previsão legal. Não há na Lei nº 8.666/1993, nem em outra lei, dispositivo que o regulamente, mas isso não o torna um instituto ilegal³. O fato é que ele aproxima dos preceitos constitucionais as hipóteses de contratação direta às quais ele se aplica. Se por um lado não se trata de uma licitação, por outra banda é possível enxergar no credenciamento uma postura que zela por diversos postulados republicanos previstos na Constituição de 1988, tais como os princípios da isonomia (art. 5º), da publicidade, da impessoalidade e da eficiência (art. 37). Nesse ponto, é cristalina a lição de Bráulio Gomes Mendes Diniz, relator do Parecer nº 7/2013/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU, quando diz:

Diante da impossibilidade de escolher um só, bem como da ausência de possibilidade de selecionar a melhor proposta, permite-se o credenciamento de todos, procedimento em que, a despeito de não se enquadrar como licitação nem buscar a melhor proposta, realiza os princípios da isonomia, da impessoalidade, da publicidade, da vinculação ao instrumento convocatório etc.. Enquadra-se essa forma de contratação no *caput* do art. 25 da Lei nº 8.666/93, isto é, no dispositivo que arrola casos não específicos de inexigibilidade.

O fato é que a abertura da possibilidade de contratação de mais de um sujeito quando o contrato público ocorre por inexigibilidade de licitação é uma postura capaz de conferir aplicação ao princípio republicano, previsto no art. 1º da Constituição, já que trata a todos com igualdade e acarreta ao Estado a prestação de um bom serviço.

3 NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação Pública e Contrato Administrativo*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 100: “Cumprir ponderar, desde já, que a hipótese de credenciamento não foi prevista na Lei nº 8.666/93. Não há qualquer dispositivo que aborde o assunto, regendo suas premissas. Impende reafirmar, por oportuno, que a inexigibilidade não depende de autorização legal, tanto que ocorre em todas as situações de inviabilidade de competição, o que remonta à questão fática. Destarte a ausência de dispositivos normativos em torno das hipóteses de credenciamento não obsta lhes reconhecer a existência, bem como a inviabilidade de competição, o que acarreta a inexigibilidade”.

É pressuposto do credenciamento que a necessidade da Administração não se esgote com um único contrato. Se se trata de uma demanda eventual da entidade contratante, passível de ser resolvida em um único ajuste, não é o caso de se fazer o credenciamento. Esse instituto serve bem às entidades que têm demandas constantes em relação a um dado tipo de serviço. Daí, nas situações em que a quantidade necessitada pela Administração não pode ser atendida por um ou por alguns dos prestadores dos serviços, assim como naquelas situações em que é inviável eleger um critério objetivo para a seleção do contratado, recomenda-se a adoção do credenciamento. Em outras palavras, só é possível haver credenciamento quando a contratação de um dos sujeitos aptos não excluir a possibilidade da dos demais. Não há relação de exclusão entre possíveis prestadores do serviço no caso do credenciamento. Nesse sentido, é elucidativa a lição de Joel Menezes Niebuhr:

Outra hipótese de inexigibilidade de licitação pública, que é cada vez mais frequente, relaciona-se ao denominado *credenciamento*, porquanto todos os interessados em contratar com a Administração Pública são efetivamente contratados, sem que haja *relação de exclusão*. Como todos os interessados são contratados, não há que se competir por nada, forçando-se reconhecer, por dedução, a inviabilidade de competição e a inexigibilidade de licitação pública⁴.

Apesar de não haver norma legal que institua regramentos para o credenciamento, verifica-se no âmbito da Advocacia-Geral da União o já mencionado Parecer nº 7/2013/CPLC/DEPCONS/PGF/AGU. Nesse ato são estabelecidos alguns requisitos essenciais para a aplicação do credenciamento, exigindo-se que:

haja possibilidade de contratação de quaisquer dos interessados que satisfaçam as condições exigidas;

o preço de mercado seja razoavelmente uniforme e que a fixação prévia de valores seja mais vantajosa para a Administração, devendo ficar demonstrada nos autos a vantagem ou igualdade dos valores definidos em relação aos preços de mercado;

seja dada ampla divulgação, mediante aviso publicado no Diário Oficial da União e em jornal de grande circulação local, sem prejuízo do uso adicional de outros meios que se revelem mais adequados ao caso;

⁴ NIEBUHR, op. cit.

sejam fixados os critérios e exigências mínimas para que os interessados possam credenciar-se;

seja fixada, de forma criteriosa, a tabela de preços que remunerará os diversos itens de serviços;

sejam estabelecidas as hipóteses de descredenciamento;

seja prevista a possibilidade de denúncia do ajuste, a qualquer tempo, pelo credenciado, bastando notificar a Administração, com a antecedência fixada no termo;

a possibilidade de credenciar-se fique aberta durante todo o período em que a Administração precisar dos serviços, conforme fixado em Edital, cuja minuta deve ser analisada pela respectiva assessoria jurídica;

a possibilidade de os usuários ou administrados denunciarem qualquer irregularidade verificada na prestação dos serviços;

sejam fixados critérios objetivos de distribuição da demanda, por exemplo, sorteio público, excluindo-se os sorteados anteriormente, escolha pelo próprio usuário-interessado etc.

Colocados os pressupostos do credenciamento, cabe analisar a sua aplicação para a contratação de serviços técnicos profissionais especializados de natureza singular por inexigibilidade de licitação.

2 DO CREDENCIAMENTO PARA A CONTRATAÇÃO DE SERVIÇO TÉCNICO PROFISSIONAL ESPECIALIZADO DE NATUREZA SINGULAR

Pelo que se observa do introito, a questão posta se esteia no disposto no art. 25, II, da Lei nº 8.666/1993, cujo teor é a contratação por inexigibilidade de licitação de serviços técnicos profissionais especializados. Para a situação em análise, o que é relevante é se há ou não possibilidade de credenciamento para contratar serviço técnico profissional especializado de natureza singular.

A inexigibilidade de licitação de serviço técnico profissional especializado está prevista no art. 25, II, da Lei nº 8.666/1993, já transcrito neste trabalho, mas que se pede licença para repetir:

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

[...]

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

[...]

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

Primeiramente, faz-se necessário definir o que é serviço técnico profissional especializado. A LLCA traz, em seu art. 13, quais são esses tipos de serviços:

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

- I - estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos;
- II - pareceres, perícias e avaliações em geral;
- III - assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;
- IV - fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;
- V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;
- VI - treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;
- VII - restauração de obras de arte e bens de valor histórico.
- VIII - (Vetado).

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

§ 2º Aos serviços técnicos previstos neste artigo aplica-se, no que couber, o disposto no art. 111 desta Lei.

§ 3º A empresa de prestação de serviços técnicos especializados que apresente relação de integrantes de seu corpo técnico em procedimento licitatório ou como elemento de justificação de dispensa ou inexigibilidade de licitação, ficará obrigada a garantir que os referidos integrantes realizem pessoal e diretamente os serviços objeto do contrato. (grifo nosso)

Salienta-se, no entanto, que a previsão do serviço no art. 13, da Lei nº 8.666/1993, não é condição necessária, nem suficiente, para a aplicação do art. 25, II. Aqui advoga-se a tese de Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães no sentido de que há outros serviços técnicos profissionais especializados não estabelecidos nos incisos do art. 13. Como bem alertam os autores, o inciso II, do art. 25, traz a vedação de contratação direta calcada neste dispositivo dos serviços de publicidade e divulgação. Esses serviços sequer estão elencados no art. 13, da LLCA, o que implica reconhecer que a presença do serviço em um dos incisos do art. 13 não é condição necessária para a hipótese de contratação direta em estudo, pois se assim fosse a vedação da inexigibilidade de contratos de publicidade e divulgação seria letra morta⁵. Não estando esses serviços no art. 13, não seriam enquadráveis no inciso II. Nesse ponto, vale citar os autores referidos:

Note-se que o elenco de atividades é meramente exemplificativo. Evidentemente, outros serviços técnicos poderão ser contratados diretamente, por inexigibilidade de licitação. Tal como referido acima, a explicitação da vedação da inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação bem elucida o caráter aberto da relação contida nos incisos do art. 13 para fins de contratação direta. Fosse fechado o rol de casos, a vedação seria supérflua, o que não se pode presumir, em vista da aplicação de princípio hermenêutico fundamental⁶.

Ademais, a LLCA é de 1993, momento em que o elenco de serviços de natureza técnico-profissional era diverso do que existe hoje. Da data da edição da Lei nº 8666/1993 até hoje já surgiram no mercado vários

5 Importante ressaltar que o TCU cristalizou na Súmula nº 252/2010 a exigência do serviço a ser contratado estar entre os previstos no art. 13, da Lei nº 8.666/1993: “A inviabilidade de competição para a contratação de serviços técnicos, a que alude o inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/1993, decorre da presença simultânea de três requisitos: serviço técnico especializado, entre os mencionados no art. 13 da referida lei, natureza singular do serviço e notória especialização do contratado”. (grifo nosso)

6 GUIMARÃES, Fernando Vernalha; MOREIRA, Egon Bockmann. *Licitação Pública: a Lei Geral de Licitação – LGL e o Regime Diferenciado de Contratação – RDC*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 433.

tipos de serviços que antes nem se cogitava. Esse é mais um motivo para se reconhecer no rol do art. 13 da LLCA o seu caráter exemplificativo. Só assim o art. 25, II, da Lei nº 8.666/1993 conseguirá cumprir sua missão.

Assim como a previsão do serviço no art. 13 não é condição necessária para a aplicação do art. 25, II, também não é condição suficiente. Isto é, não basta a presença do serviço no elenco trazido no art. 13 da LLCA para restar autorizada a contratação direta. Além de se tratar de um serviço técnico profissional especializado, deve a atividade a ser desenvolvida ter o caráter singular. A definição da singularidade exigida no dispositivo em estudo é tarefa árdua. Tal locução deve ter seu sentido aberto, sob pena de a norma não conseguir cumprir sua função. A singularidade do objeto, então, está atrelada a uma série de fatores relacionados ao ineditismo, à complexidade técnica, ao vulto quantitativo da contratação, à extensão territorial do serviço a ser prestado, entre outros⁷. Destaca-se ainda que a configuração da singularidade pode variar no tempo e no espaço, dependendo das circunstâncias históricas e geográficas de cada situação. Assim leciona Marçal Justen Filho:

Portanto, o conceito “natureza singular” é relativo. Depende das circunstâncias históricas e geográficas. Sua identificação, no caso concreto, depende das condições generalizadas de conhecimento e técnica. Algo que, em um certo momento, caracteriza-se como tendo natureza singular pode deixar de ser assim considerado no futuro. Um certo serviço pode ser reputado como de natureza singular em certas regiões do Brasil e não ser assim qualificável em outras. A maior dificuldade para entender o conceito reside na tentativa de transformá-lo em absoluto, reconduzindo-o a padrões numéricos ou a modelos predeterminados⁸.

O que se julga relevante notar é que, em linhas gerais, a singularidade mencionada no art. 25, II, da LLCA, está atrelada à complexidade do serviço a ser prestado, tendo em conta a realidade geográfica e histórica vivida pela Administração Pública. Isso significa dizer que o serviço comum, passível de ser prestado pelo profissional padrão de mercado, não pode ser contratado por inexigibilidade de licitação com esteio no art. 25, II, da Lei nº 8.666/1993. Para isso alertam Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães:

7 Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães trazem relevante consideração sobre o ponto: “Assim, a singularidade poderá ser consequência, por exemplo, da complexidade técnica do objeto, do vulto da prestação; da sua eventualidade e especificidade; de seu caráter predominantemente intelectual e criativo; etc” (ibidem, p. 440).

8 JUSTEN FILHO, Marçal. op. cit., p. 357.

Fato é que a singularidade pressupõe algo que não seja corriqueiro, rotineiro, e que possa ser desempenhado por qualquer prestador. Afasta-se de dados do cotidiano das respectivas profissões ou empreendimentos. Revela atividade específica, cujo resultado seja variável a depender da identidade do sujeito⁹.

Marçal Justen Filho apresenta ensinamento na mesma direção:

Ou seja, a fórmula “natureza singular” destina-se a evitar a generalização da contratação direta para todos os casos enquadráveis no art. 13. É imperioso verificar se a atividade necessária à satisfação do interesse sob tutela estatal é complexa ou simples, se pode ser reputada como atuação padrão e comum ou não. A natureza singular caracteriza-se como uma situação anômala, incomum, impossível de ser enfrentada satisfatoriamente por todo e qualquer profissional “especializado”. Envolve os casos que demandam mais do que a simples especialização, pois apresentam complexidades que impedem obtenção de solução satisfatória a partir da contratação de qualquer profissional (ainda que especializado)¹⁰.

A singularidade deve ser interpretada com o conjunto de requisitos para a contratação direta prevista no art. 25, II. Isto é, falar de singularidade não é falar de um único profissional disponível para a prestação do serviço, mas sim de um objeto cujo grau de complexidade é tamanho que impede a objetividade na seleção do contratado. Por isso, a LLCA requer que o serviço seja técnico profissional de complexidade apta a torná-lo singular a ponto de ser necessário um profissional de notória especialização para satisfazer o interesse da Administração.

Se a singularidade versada na Lei fosse a simples unicidade, não seria necessária a previsão do inciso II, do art. 25, pois a situação seria resolvida pelo *caput* do dispositivo. O fato é que a inviabilidade de competição no caso do inciso II, do art. 25, não decorre da unicidade do prestador do serviço, mas sim da impossibilidade de se eleger critérios objetivos para a seleção de todos os profissionais disponíveis no mercado, dada a complexidade da demanda administrativa. Neste ponto, cabe citar a Súmula nº 39, do Tribunal de Contas da União:

A inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços técnicos com pessoas físicas ou jurídicas de notória especialização somente é cabível

9 GUIMARÃES; MOREIRA. op. cit., p. 440.

10 JUSTEN FILHO. op. cit., p. 356.

quando se tratar de serviço de natureza singular, capaz de exigir, na seleção do executor de confiança, grau de subjetividade insuscetível de ser medido pelos critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação, nos termos do art. 25, inciso II, da Lei nº 8.666/1993.

O Tribunal de Contas da União também enfrentou a questão nos seguintes julgados, noticiados, respectivamente, nos Informativos de Licitações e Contratos nº 176 e 150:

O conceito de singularidade de que trata o art. 25, inciso II, da Lei 8.666/1993 não está vinculado à ideia de unicidade, mas de complexidade e especificidade. Dessa forma, a natureza singular não deve ser compreendida como ausência de pluralidade de sujeitos em condições de executar o objeto, mas sim como uma situação diferenciada e sofisticada a exigir acentuado nível de segurança e cuidado.

Pedido de Reexame interposto pelo TRE/MG questionou deliberação proferida pelo TCU, pela qual fora dada ciência ao órgão da seguinte falha: *“contratação direta, por inexigibilidade de licitação, do Instituto de Desenvolvimento Gerencial S.A. (INDG), sem que estivesse configurada a singularidade do objeto e a inviabilidade de competição, contrariando o art. 25, inciso II, da Lei nº 8.666/1993”*. A contratação tivera por objeto a prestação de serviços de consultoria na concepção, desenvolvimento e implementação de Projeto Piloto da Gestão de Pessoas. A contratação direta fora considerada indevida pela suposição de que poderia haver outras empresas no mercado aptas a prestar os serviços contratados. Analisando o mérito recursal, o relator ponderou que *“o requisito da singularidade de que trata o inciso II do art. 25 da Lei 8.666/1993 não se confunde com a ideia de unicidade. Ou seja, o fato de haver mais de uma empresa atuando em determinado segmento do mercado não é incompatível com a ideia de singularidade do objeto a ser contratado”*. Nesse sentido, *“caso o conceito de singularidade significasse um único sujeito possível de ser contratado, estar-se-ia diante de inviabilidade de competição subsumível diretamente ao caput do art. 25 da Lei 8.666/1993”*, tornando inaplicáveis as disposições do inciso II desse mesmo artigo, *“que exigem o atributo da singularidade para as contratações diretas de serviços especializados com profissionais e empresas de notória especialização”*. A propósito, recorreu o relator a ponderações presentes no Acórdão 1074/2013-Plenário, no sentido de que a singularidade não requer um único sujeito em condições de ser contratado e que, conceitualmente, significa complexidade e especificidade: *“a natureza singular não deve ser compreendida como ausência de pluralidade de sujeitos em condições de executar o objeto, mas*

sim como uma situação diferenciada e sofisticada a exigir acentuado nível de segurança e cuidado”. Nessa linha, citou precedente do STF em que se enfatiza o elemento subjetivo da confiança, aliado à notória especialização, como os requisitos centrais para a contratação direta de serviços técnicos especializados. Entendendo assistir razão ao TRE/MG, e ponderando que, nessas situações, há certo grau de discricionariedade do gestor na escolha da empresa a ser contratada, considerou o relator afastado o fundamento determinante para a expedição da ciência questionada pelo recurso. Evidenciado que o órgão adotou os devidos cuidados para justificar a contratação por inexigibilidade, o Plenário, acolhendo a proposta do relator, julgou procedente o recurso, tornando insubsistente o item questionado. *Acórdão 7840/2013-Primeira Câmara, TC 013.157/2012-4, relator Ministro Benjamin Zymler, 5.11.2013.*

O conceito de singularidade de que trata o art. 25, inciso II, da Lei 8.666/1993 não está vinculado à ideia de unicidade, mas de complexidade e especificidade. Dessa forma, a natureza singular não deve ser compreendida como ausência de pluralidade de sujeitos em condições de executar o objeto, mas sim como uma situação diferenciada e sofisticada a exigir acentuado nível de segurança e cuidado.

Auditoria na Petrobras Transportes S.A. – Transpetro apontou possível irregularidade em contratações diretas por inexigibilidade de escritório de advocacia, no âmbito do Programa de Modernização e Expansão da Frota da Transpetro – Promef. Os objetos dos contratos foram a elaboração de minutas de edital de pré-qualificação, de convite e de contratos para a aquisição de embarcações, e o acompanhamento de demanda consultiva e contenciosa relativa ao edital de pré-qualificação e ao procedimento licitatório. Ao discordar da unidade técnica quanto à existência de irregularidade, o relator ponderou que *“o ineditismo e a complexidade dos aspectos que envolvem o Promef mostram-se suficientes para justificar a contratação direta ... no âmbito da estrutura técnico-jurídica criada para lidar com a implementação do projeto”*, além do que *“com as aquisições, realizadas mediante a construção de navios pelas empresas nacionais consorciadas com as estrangeiras, será possível a obtenção, pelas referidas empresas brasileiras, de um nível de competitividade aferido por meio de curva de aprendizado previamente estipulada consoante padrões de excelência internacional”*. Diante do contexto em exame, o relator considerou tratar-se *“de exemplo típico de inexigibilidade de licitação”*, por restar justificada a natureza singular das atividades a serem realizadas pelo escritório contratado. *“Primeiramente, porque o conceito de singularidade*

não está vinculado à ideia de unicidade. Para fins de subsunção ao art. 25, inciso II, da Lei 8.666/93, entendo não existir um serviço que possa ser prestado apenas e exclusivamente por uma única pessoa. A existência de um único sujeito em condições de ser contratado conduziria à inviabilidade de competição em relação a qualquer serviço e não apenas em relação àqueles considerados técnicos profissionais especializados, o que tornaria letra morta o dispositivo legal.” “Em segundo lugar, porque singularidade, a meu ver, significa complexidade e especificidade. Dessa forma, a natureza singular não deve ser compreendida como ausência de pluralidade de sujeitos em condições de executar o objeto, mas sim como uma situação diferenciada e sofisticada a exigir acentuado nível de segurança e cuidado.” Seguindo o voto do relator, as justificativas dos responsáveis foram acatadas pelo Plenário. Acórdão 1074/2013-Plenário, TC 024.405/2007-1, relator Ministro Benjamin Zymler, 8.5.2013.

Nessa linha, ante a constatação de inexigibilidade para contratação de serviço técnico profissional, surge a discricionariedade do gestor em escolher o contratado. Ressalta-se que a discricionariedade aqui não é relativa à hipótese de inexigibilidade, mas à escolha do contratado. A inexigibilidade, como já destacado, é constatada ante a subsunção do fato a norma. A inexigibilidade, então, é vinculada, mas a escolha da contratada no caso de inexigibilidade prevista no art. 25, II, da Lei nº 8.666/1993, é discricionária. Nesse ponto, vale trazer à baila o seguinte julgado:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTRATO PARA REALIZAÇÃO DE SERVIÇOS TÉCNICOS ESPECIALIZADOS, MAS NÃO SINGULARES. ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA. LICITAÇÃO. DISPENSA. 1. Os serviços descritos no art. 13 da Lei n. 8.666/93, para que sejam contratados sem licitação, devem ter natureza singular e ser prestados por profissional notoriamente especializado, *cujas escolhas estão adstritas à discricionariedade administrativa*. 2. Estando comprovado que os serviços jurídicos de que necessita o ente público são importantes, mas não apresentam singularidade, porque afetos à ramo do direito bastante disseminado entre os profissionais da área, e não demonstrada a notoriedade dos advogados em relação aos diversos outros, também notórios, e com a mesma especialidade que compõem o escritório de advocacia contratado, decorre ilegal contratação que tenha prescindido da respectiva licitação. 3. Recurso especial não-provido¹¹. (grifo nosso)

11 STJ, REsp nº 436869-SP, Rel. Min. José Otávio de Noronha, Segunda Turma, j. 6/12/2005.

É possível notar no próprio texto da Lei nº 8.666/1993 a ideia de que não há unicidade do sujeito a ser contratado na inexigibilidade de serviço técnico de natureza singular, assim como que há discricionariedade para o gestor escolher o perfil do prestador do serviço. Segundo o inciso II do art. 25, o profissional ou a empresa apto a ser contratado diretamente para a prestação do serviço tem que ser dotado de notória especialização. Já o art. 25, § 1º, da LLCA (acima transcrito), por sua vez, conceitua a notória especialização como a característica do profissional ou empresa “[...] cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato” (grifo nosso). A Lei fala em profissional mais adequado, o que indica que há mais de um com possibilidade de prestar o serviço, mas que o gestor, no exercício de sua discricionariedade, deve escolher entre todos o que ele entende se adequar melhor ao caso.

Assim, resta perquirir se nesses casos de inexigibilidade é possível a utilização do credenciamento. Observou-se no tópico anterior que se prega ser o instituto estudado voltado para situações de contratação direta com base no *caput* do art. 25, da Lei nº 8.666/1993. O que se questiona é se também não seria possível o encaixe do credenciamento nas hipóteses de inexigibilidade previstas no inciso II, do mesmo art. 25.

De início, encontra-se dois pontos a serem enfrentados: a) a natureza singular do serviço o torna raro e, por isso, não seria necessária a contratação constante, como é exigido para o credenciamento; b) e o credenciamento retiraria a discricionariedade do gestor, que deixaria de escolher o profissional/empresa de sua confiança.

Quanto ao primeiro ponto, relembra-se aqui lição anteriormente exposta no sentido de que a singularidade do serviço é relativa, dependendo de diversos fatores a serem analisados. Nesse aspecto, o que se observa é que em determinadas entidades públicas há uma demanda constante pela contratação de serviços técnicos dotados de alta complexidade. Ressalta-se, nesse particular, o caso das instituições ligadas às áreas de pesquisa, ciência, tecnologia e inovação. Para o bom funcionamento de algumas delas é essencial a constante contratação de profissionais dotados de notória especialização para prestação de serviços complexos e, em razão disso, singulares.

Um caso corriqueiro em algumas das entidades é a contratação de docentes. Nessa situação, a singularidade é quase presumida, pois os treinamentos realizados pela Administração, para seus servidores ou não, envolve diversos elementos que o fazem dotado de complexidade. Tanto é assim que a Advocacia-Geral da União editou a Orientação Normativa nº 18, cujo teor é o seguinte:

CONTRATA-SE POR INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO COM FUNDAMENTO NO ART. 25, INC. II, DA LEI Nº 8.666, DE 1993, CONFERENCISTAS PARA MINISTRAR CURSOS PARA TREINAMENTO E APERFEIÇOAMENTO DE PESSOAL, OU A INSCRIÇÃO EM CURSOS ABERTOS, DESDE QUE CARACTERIZADA A SINGULARIDADE DO OBJETO E VERIFICADO TRATAR-SE DE NOTÓRIO ESPECIALISTA.

Outro exemplo é a contratação de tradutores. Existem situações em que o texto, falado ou escrito, envolve uma linguagem específica de uma determinada área de conhecimento que torna o serviço de tradução extremamente complexo. Note-se que numa ocasião como essa não basta o conhecimento da língua a ser traduzida. Nessa hipótese, o serviço é dotado de complexidade porque o profissional que o presta necessita de conhecimento da língua e dos termos técnicos relacionados à área de conhecimento sobre a qual versa o texto.

Salienta-se que há instituições públicas que demandam serviços como esses constantemente. Imagine-se o caso de uma universidade pública, ou de uma entidade ligada à área de desenvolvimento científico, em que se demanda constantemente a realização de atividades de docência de profissionais que não possuem vínculo com a instituição. Ou em que há necessidade de tradução de palestras proferidas por professores estrangeiros em áreas bem específicas da ciência. Para esses entes, há serviços que, embora possam ser considerados singulares, são constantemente demandados.

Ou seja, em que pese a singularidade, em regra, seja acidental, é possível que ela seja constante na atuação de uma entidade e, em sendo, fica rompida essa barreira para a adoção do credenciamento.

Quanto ao segundo questionamento, a retirada da discricionariedade do gestor para escolher alguém de sua confiança, também não se vê aí um obstáculo intransponível para a adoção do credenciamento. Primeiramente é preciso reafirmar que a discricionariedade concedida

ao gestor não é um valor em si. Trata-se de um poder instrumental concedido ao agente público por que, segundo a lei, essa é a melhor maneira de se atingir o fim público. Acerca desse tema, diz Celso Antônio Bandeira de Mello:

Tomando-se consciência deste fato, deste caráter funcional da atividade administrativa (por isto se diz “função administrativa”), desta necessária submissão da administração à lei, percebe-se que o chamado “poder discricionário” tem que ser simplesmente o cumprimento do *dever de alcançar a finalidade legal*. Só assim poderá ser corretamente *entendido e dimensionado*, compreendendo-se, então, que o que há é um *dever discricionário*, antes que um “poder” discricionário. Uma vez assentido que os chamados poderes são meros veículos instrumentais para propiciar ao obrigado cumprir o seu dever, ter-se-á da discricionariedade, provavelmente, uma visão totalmente distinta daquela que habitualmente se tem¹².

Dessa forma, sendo a discricionariedade um instrumento, ela não pode ser interpretada como um direito do gestor público, pois, ao contrário disso, trata-se de uma ferramenta cujo uso foi conferido a ele como meio de se alcançar o interesse público.

Ademais, é preciso esclarecer que o credenciamento não retira do administrador público a discricionariedade. A verdade é que a Lei nº 8.666/1993 traça no § 1º, do art. 25, as linhas balizadoras para a escolha do profissional ou da empresa dotado de notória especialização na temática relativa ao serviço singular. Deve o gestor se balizar para a escolha do prestador do serviço nos seguintes quesitos: desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou outros relacionados com suas atividades. Apesar de o legislador ter aberto o leque de requisitos para a qualificação da notória especialização com o uso da fórmula genérica *outros relacionados com suas atividades*, ele trouxe um conjunto considerável de elementos a serem levados em conta.

Isto é, há uma limitação no motivo que leva o gestor a escolher o contratado. Diante disso, pode o agente público exercer sua discricionariedade fixando em edital, com base nos requisitos previstos no art. 25, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, o perfil do prestador que ele

¹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 15.

entende como o mais adequado para a prestação do serviço singular, abrindo a possibilidade de que o profissional ou a empresa que preencha os requisitos venha a ser contratado. Em outras palavras, o que é lícito dizer é que a Lei não conferiu discricionariedade para o gestor escolher a *pessoa* que prestará o serviço. O que foi conferido ao agente público foi a liberdade de traçar o perfil profissional/empresarial capaz de mais adequadamente prestar o serviço. Por essas razões, não se enxerga no credenciamento uma afronta à discricionariedade.

O que se deve atentar ainda é para o fato de a interpretação do ordenamento jurídico administrativo se guiar pelos postulados constitucionais básicos, sempre procurando conferir a maior efetividade possível a todos eles. A Constituição previu a licitação como a regra capaz de garantir a igualdade de tratamento entre todos os interessados em contratar com a Administração e como o mecanismo capaz de garantir a eleição da melhor proposta para o Estado (princípio da eficiência insculpido no *caput* do art. 37 da Constituição). No caso da inexigibilidade enquadrada no inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/1993, a licitação não garante a melhor proposta, sendo na espécie um procedimento ineficiente.

Sugere-se nessa situação a utilização do credenciamento. Atente-se para o princípio hermenêutico da unidade da Constituição¹³. Se por um lado a licitação não garante a contratação mais eficiente, a escolha do contratado calcada em subjetivismo fere de morte os princípios da impessoalidade (art. 37, *caput*, da Constituição) e da isonomia (art. 5º da Constituição). O credenciamento, então, se apresenta como um mecanismo capaz de conferir maior efetividade à eficiência, à isonomia e à impessoalidade. Ele é a interpretação da Constituição de forma una, na medida em que se confere aplicação a um dos cânones constitucionais sem desprezar os demais.

13 HESSE, Konrad. A interpretação Constitucional. Tradução de Inocêncio Mártires Coelho. In: *Temas Fundamentais do direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 113: *"A relação de interdependência existente entre os distintos elementos da Constituição obrigam a que, em nenhum caso, se contemple a norma isoladamente, mas, ao contrário, sempre em conjunto em que ela deve estar situada; todas as normas constitucionais hão de ser interpretadas de tal modo que se evitem contradições com outras normas da Constituição. A única solução do problema coerente com este princípio é a que se encontra em consonância com as decisões básicas da Constituição e evite sua limitação unilateral a aspectos particulares"*.

3 CONCLUSÃO

O credenciamento é um instituto voltado para contratações nas quais a licitação é impossível por que: a) o Estado tem necessidade de um serviço numa proporção tal que apenas um contratado não satisfaz a quantidade a ser contratada; b) há ocasiões nas quais a impossibilidade de licitação decorre da inexistência de parâmetros para eleger a melhor proposta. Nesses casos, apesar de não haver só um sujeito passível de contratação, há inviabilidade de competição, evidenciando inexigibilidade de licitação enquadrada na hipótese do *caput* do art. 25 da LLCA.

O instituto em análise, apesar de não ser uma licitação, confere concretude a princípios constitucionais como os da isonomia (art. 5º), da publicidade, da impessoalidade e da eficiência (art. 37). Por isso, trata-se de prática a ser incentivada no âmbito da Administração Pública. No credenciamento a Administração estabelece o preço a ser pago aos prestadores do serviço e forma um banco composto por sujeitos que preencham requisitos definidos em edital e que requeiram sua inscrição. Com o surgimento da necessidade da Administração, ela demanda o banco. Ou seja, nesse mecanismo evitam-se subjetivismos e se respeita a impessoalidade e a igualdade.

Apesar de o credenciamento ser conceitualmente destinado às ocasiões nas quais a inexigibilidade se enquadra no *caput* do art. 25 da Lei nº 8.666/1993, enxerga-se a possibilidade de também aplicar o instituto aos casos de contratação direta de serviço técnico profissional de natureza singular. Esse tipo de inexigibilidade está prevista no art. 25, II, da Lei nº 8.666/1993.

O serviço singular é dotado de complexidade capaz de impedir a fixação de critérios objetivos para a eleição da melhor proposta num procedimento de licitação, razão pela qual sua contratação ocorre de forma direta. Em que pese se tratar de um serviço raro, é possível que em determinados entes da Administração Pública a demanda por prestações dessa natureza seja constante.

Nessas hipóteses, recomenda-se a utilização do credenciamento com a fixação em um instrumento convocatório de critérios condizentes com os constantes do § 1º do art. 25 da LLCA. Com isso, a Administração se vale da sua discricionariedade para estabelecer o perfil do profissional que considera como o mais adequado para a realização do serviço.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição Federal*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13 ago. 2016.

_____. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13 ago. 2016.

_____. Advocacia-Geral da União. Procuradoria-Geral Federal. *Parecer nº 7/2013/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU*. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/238680>. Acesso em: 13 ago. 2016.

_____. Tribunal de Contas da União. *Súmula nº 252*. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 13 ago. 2016.

_____. Tribunal de Contas da União. *Súmula nº 39*. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: ago. 2016.

_____. Tribunal de Contas da União. *Informativo de Licitação e Contrato nº 150*. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 13 ago. 2016.

_____. Tribunal de Contas da União. *Informativo de Licitação e Contrato nº 176*. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 13 ago. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 436869-SP*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 13 ago. 2016.

_____. Advocacia-Geral da União. *Orientação Normativa nº 18*. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br>>. Acesso em: 13 ago. 2016.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha; MOREIRA, Egon Bockmann. *Licitação Pública: a Lei Geral de Licitação – LGL e o Regime Diferenciado de Contratação – RDC*. São Paulo: Malheiros, 2012.

HESSE, Konrad. A interpretação Constitucional. Tradução de Inocêncio Mártires Coelho. In: *Temas Fundamentais do direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discrecionariade e Controle Jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação Pública e Contrato Administrativo*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.



PAPEL INSTITUCIONAL DA FUNDACENTRO COMO DESTINATÁRIA DE VERBAS DECORRENTES DE TERMOS DE AJUSTES DE CONDUTA FIRMADOS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

***INSTITUTIONAL ROLE OF FUNDACENTRO AS A RECIPIENT OF
FUNDS RESULTING FROM TERMS OF CONDUCT ADJUSTMENT
SIGNED BY THE PUBLIC MINISTRY OF LABOR***

Ricardo Cardoso da Silva¹
Procurador Federal

SUMÁRIO: Introdução; 1 Histórico da FUNDACENTRO; 2 Papel Institucional no âmbito da Pesquisa, Ciência, Tecnologia e Inovação; 3 Termo de Ajustamento de Conduta na esfera trabalhista; 4 Conclusão; Referências.

¹ Atualmente é Procurador-Chefe da Procuradoria Federal junto à Fundação Jorge Duprat Figueiredo de Segurança e Medicina do Trabalho – FUNDACENTRO, fundação federal vinculada ao Ministério do Trabalho. Especialista em Direito Processual Civil pela Escola da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo e em Direito Material e Processual do Trabalho pela Universidade Anhanguera.

RESUMO: No presente artigo procuraremos apresentar o papel institucional da FUNDACENTRO como instituição da área da Pesquisa, Ciência, Tecnologia e Inovação, vocacionada a assegurar direitos fundamentais dos cidadãos por intermédio da produção e difusão de conhecimentos científicos que contribuem para a promoção da segurança e saúde dos trabalhadores e das trabalhadoras, visando ao desenvolvimento sustentável, com crescimento econômico, equidade social e proteção do meio ambiente, bem como sua pertinência subjetiva como destinatária de recursos oriundos de multas por descumprimento de termos de ajustamento de conduta promovidos pelo Ministério Público do Trabalho e das indenizações decorrentes de ações e acordos promovidos em juízo.

PALAVRAS-CHAVE: FUNDACENTRO. Meio Ambiente do Trabalho. Ciência e Tecnologia. Termo de Ajustamento de Conduta.

ABSTRACT: In this article we will try to present the institutional role of FUNDACENTRO as an institution in the area of Research, Science, Technology and Innovation, aimed at ensuring fundamental rights of citizens through the production and dissemination of scientific knowledge that contribute to the promotion of safety and health of workers and workers, aiming at sustainable development, economic growth, social equity and environmental protection, as well as its subjective relevance as a recipient of funds from fines for noncompliance with the terms of adjustment of conduct promoted by the Ministry of Labour and indemnities arising from actions and agreements promoted in court.

KEYWORDS: FUNDACENTRO. Environment Labour. Science and Technology. Conduct Adjustment Term

INTRODUÇÃO

A FUNDACENTRO, Fundação Jorge Duprat Figueiredo de Segurança e Medicina do Trabalho, se originou da ideia de criar uma instituição de âmbito nacional voltada para o estudo e pesquisa das condições dos ambientes de trabalho, com a participação de todos os agentes sociais envolvidos.

Desta forma, sua vocação e seu papel institucional se aperfeiçoam a partir de políticas públicas permanentes em defesa do meio ambiente, da segurança e da saúde dos trabalhadores através da promoção de estudos e pesquisas, bem como de ações educativas e pedagógicas que procuram prevenir a ocorrência de acidentes de trabalho e sensibilizar a sociedade civil acerca da importância de um meio ambiente do trabalho seguro.

Para desempenhar seu papel e dado a transversalidade das suas atribuições na área da ciência e tecnologia, figurando a FUNDACENTRO como destinatária de recursos obtidos a partir de condenações em sede Ações Cíveis Públicas e multas provenientes de Termos de Ajustamento de Conduta, promovidas pelo Ministério Público do Trabalho, pode a uma só vez potencializar sua atuação, contribuindo de forma mais eficaz na consecução de ações passíveis de reparar danos coletivos praticados em prejuízo do meio ambiente do trabalho, promovendo de forma preventiva as respectivas políticas públicas tendentes a evitar a ocorrência de novos danos de natureza coletiva.

1 HISTÓRICO DE CRIAÇÃO DA FUNDACENTRO

Criada oficialmente em 1966, a FUNDACENTRO teve os primeiros passos de sua história dados no início da década, quando a preocupação com os altos índices de acidentes e doenças do trabalho crescia no Governo e entre a sociedade. Já em 1960, o Governo brasileiro iniciou gestões com a Organização Internacional do Trabalho (OIT), com a finalidade de promover estudos e avaliações do problema e apontar soluções que pudessem alterar esse quadro.

A ideia de criar uma instituição voltada para o estudo e pesquisa das condições dos ambientes de trabalho, com a participação de todos os agentes sociais envolvidos na questão, começou a ganhar corpo. Proposta nesse sentido foi apresentada em março de 1964 durante o Congresso Americano de Medicina do Trabalho, realizado em São Paulo.

Em 1965, após a visita ao País de especialistas da OIT, e de novos estudos sobre as condições necessárias para a implantação da iniciativa, o Governo Federal decidiu pela criação de um centro especializado, tendo a cidade de São Paulo como sede da nova instituição, em função do porte de seu parque industrial.

Assim, em 1966, durante o Congresso Nacional de Prevenção de Acidentes, realizado em São Paulo, foi oficializada a criação da FUNDACENTRO, que teve sua primeira sede instalada no bairro de Perdizes. Datam dessa fase inicial da entidade os primeiros estudos e pesquisas no País sobre os efeitos de inseticidas organoclorados na saúde; da bissinose (doença ocupacional respiratória que atinge trabalhadores do setor de fiação, expostos a poeira de algodão e juta); sobre as consequências das vibrações e ruídos em trabalhadores que operam martelletes; sobre o teor da sílica nos ambientes de trabalho na indústria cerâmica e ainda sobre os riscos da exposição ocupacional ao chumbo.

No decorrer de sua história, a FUNDACENTRO viria ainda afirmar sua vocação pioneira na área, com as pesquisas sobre as Doenças Osteomusculares Relacionadas ao Trabalho - DORT (à época chamada de lesões por Esforços Repetitivos - LER).

Com a vinculação, em 1974, da FUNDACENTRO ao Ministério do Trabalho, cresceram as atribuições e atividades da instituição, exigindo um novo salto da entidade: a implantação do Centro Técnico Nacional, cuja construção teve início em 1981, sendo concluído em 1983, no bairro de Pinheiros, em São Paulo.

Hoje, a FUNDACENTRO está presente em todo País, por meio de suas unidades descentralizadas, distribuídas em 11 Estados e no Distrito Federal. Atuando de acordo com os princípios do tripartismo, a FUNDACENTRO tem no Conselho Curador sua instância máxima. Nele estão representados, além do governo, os trabalhadores e empresários, por meio de suas organizações de classe.

2 PAPEL INSTITUCIONAL NO ÂMBITO DA PESQUISA, CIÊNCIA, TECNOLOGIA E INOVAÇÃO

O ineditismo e a importância de seus estudos deram à FUNDACENTRO a liderança na América Latina no campo da pesquisa na área de segurança e saúde no trabalho. A FUNDACENTRO é designada como centro colaborador da Organização Mundial da Saúde (OMS), além de ser colaboradora da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

Ainda no plano internacional, a FUNDACENTRO mantém intercâmbio com países das três Américas, da Europa, além do Japão e da Austrália. São ações que envolvem desde trabalhos na área de educação até o desenvolvimento de projetos de sistemas de gestão ambiental.

A FUNDACENTRO dispõe de uma rede de laboratórios em segurança, higiene e saúde no trabalho e de uma das mais completas bibliotecas especializadas, além de profissionais formados em várias áreas, muitos deles pós-graduados no Brasil e exterior que atuam basicamente em três frentes:

- Desenvolvimento de pesquisas em segurança e saúde no trabalho;
- Difusão de conhecimento, por meio de ações educativas como cursos, congressos, seminários, palestras, produção de material didático e de publicações periódicas científicas e informativas;
- Prestação de serviços à comunidade e assessoria técnica a órgãos públicos, empresariais e de trabalhadores.

Para enfrentar os desafios, a FUNDACENTRO vem promovendo continuamente a melhoria da estrutura organizacional e o realinhamento de suas ações, passando pela modernização de seus recursos técnico-científicos e culminando numa gama de projetos e atividades em sintonia com as necessidades atuais.

Produção e difusão de conhecimentos que contribuam para a promoção da segurança e saúde dos trabalhadores e das trabalhadoras, visando ao desenvolvimento sustentável, com crescimento econômico, equidade social e proteção do meio ambiente.

Ante o acima consagrado exsurge que a FUNDACENTRO exerce singular papel como fomentadora na área da ciência e tecnologia no seu âmbito de atuação, notadamente do que diz respeito à promoção dos direitos individuais e sociais dos trabalhadores que atualmente reclamam por uma maior efetividade dada a densidade normativa de que são revestidos.

Até o advento da nossa atual Constituição Federal se sustentava na doutrina que os direitos sociais e econômicos, e até mesmo alguns direitos individuais e coletivos, até então previstos não eram dotados de aplicabilidade plena e eficácia imediata, de modo que lhes faltava densidade normativa suficiente, o que acarretava na prática a ineficácia dos mesmos, posto que condicionados a atividade legislativa que lhe conferissem força normativa.

Ocorre que a partir da nossa Carta Magna a força normativa dos direitos e garantias individuais além dos sociais e econômicos é fenômeno amplamente aceito, tendo como fato decisivo a contribuição das lições doutrinárias alemãs e portuguesa, sendo certo que tais direitos alcançaram um grau de juridicidade tal que ainda que não de aplicabilidade imediata e plena, condicionam imperativamente o legislador e o administrador público no sentido de que os mesmos adotem as medidas legais e executivas para dar concretude aos direitos fundamentais dos cidadãos.

No bojo deste contexto a adoção das respectivas políticas públicas para dar efetividade aos direitos assegurados na constituição não esta submetida à opção do administrador ou legislador sendo um imperativo categórico, de modo a conferir a tais direitos a maior efetividade possível, de modo que não sendo implementado voluntariamente o Poder Judiciário é chamado a intervir de forma pró ativa sem que isto implique em violação ao princípio da separação de poderes.

Vale destacar também, conforme ensinamento doutrinário contemporâneo, que no tocante aos direitos sociais, notadamente os trabalhistas, temos como destinatários das normas não só o Estado mais também os particulares que detenha alguma expressão de poder.

Verifica-se, portanto, que os direitos do status positivus socialis, além de se configurar como direitos subjetivos a prestações fáticas por parte do Estado, se encontram atrelados a um conceito restrito de prestações, sob a perspectiva do Estado na sua condição de Estado Social de Direito. Por outro giro, não há como negligenciar o fato de que nem todos os direitos sociais prestacionais – ao menos em nosso direito positivo – têm como destinatário o Estado, o que se aplica principalmente aos direitos a prestações arrolados entre os direitos dos trabalhadores no artigo 7º da Constituição Federal que devem ser fomentados e assegurados pelos demais atores sociais.

É intuitivo se concluir que não há margem para o legislador ou administrador ou até mesmo um particular quando destinatário de um dever fundamental, efetivar ou não tal direito, sob pena de vê-lo implementado por força de decisão judicial, alias o ativismo judicial no Brasil vem sendo adotado cada vez em escala maior.

Desta forma não se pode admitir, segundo entendimento mais consentâneo com o atual estágio do constitucionalismo, o entendimento de que os direitos sociais são genuinamente destituídos de densidade normativa

de modo que não poderiam ser exigidos de per si, independentemente de legislação subsequente, posto que atualmente vigora a teoria do grau mínimo de efetividade dos direitos sociais, de maneira a se extrair uma garantia mínima dos mesmos.

Desse modo, destaca-se no que se refere à problemática do meio ambiente seguro e saudável aos trabalhadores e trabalhadores a característica da indivisibilidade e interdependência dos direitos fundamentais, uma vez que envolve aspectos atinentes aos mais elementares direitos civis, sociais e econômicos, reclamando assim implementação de políticas públicas por parte das instituições vocacionadas para assegurar saúde e meio ambiente adequado aos trabalhadores.

3 TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA NA ESFERA TRABALHISTA

O termo de ajustamento de conduta (TAC), também conhecido como compromisso de ajustamento de conduta foi concebido pelo art. 211 do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA (Lei n. 8.069/90) e pelo art. 113 do Código de Defesa do Consumidor - CDC (Lei n. 8.078/90).

Está expressamente previsto hoje no art. 5º, § 6º, da Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85, com as alterações da Lei n. 8.078/90). Por meio deste, um órgão público legitimado à ação civil pública promove esta ação face ao causador do dano, assim representando interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, com o compromisso de adequar a conduta do causador às exigências da lei, mediante cominações que têm o caráter de título executivo.

No âmbito dos direitos difusos e coletivos trabalhistas, referido instrumento é por excelência, firmado perante o Ministério Público do Trabalho, nada obstante, segundo previsto legalmente, possam ser tomado por qualquer órgão público legitimado à ação civil pública, como a Defensoria Pública, a União, os Estados membros, os Municípios, o Distrito Federal e as autarquias e fundações públicas (Lei n. 7.347/85, art. 5º; CDC, art. 82), no bojo do qual o infrator empregador se compromete a cumprir obrigação legal inadimplida ou a deixar de fazer alguma coisa ilícita ou considerada prejudicial à coletividade dos trabalhadores.

Trata-se de uma forma de resolução extrajudicial e negociada de conflitos que envolvam interesses difusos ou coletivos dos trabalhadores. As condições nele previstas são acertadas pelas próprias partes envolvidas, as quais sofrerão os efeitos das obrigações e penalidades estabelecidas no

termo. Assim, todo o teor do TAC assinado, inclusive as multas previstas para o caso de descumprimento das obrigações assumidas.

Convém asseverar que o artigo 13 da Lei da Ação Civil Pública que prevê a destinação das condenações pecuniárias para Fundos geridos por Conselhos Federais ou Estaduais, não regulamentou de que forma e a quem seria destinado de forma específica às multas cominatórias decorrentes dos Termos de Ajustamento de Conduta, o que na seara trabalhista rendeu ensejo ao entendimento de que diante dessa lacuna dever-se-ia destinar tais verbas ao Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT), o que não atende ao Fundo genericamente previsto pelo artigo 13 da Lei 7.347/85, nem logra êxito em reconstituir com eficiência os bens difusos ou coletivos lesados.

Assim sendo, quando no bojo de um Termo de Ajustamento de Conduta, não for mais possível à proteção direta do bem lesado, deve-se se lançar mão de mecanismos de proteção indireta como a destinação de verbas para Fundos e Entidades que mantenham pertinência subjetiva com a natureza dos bens lesados.

Segundo uma perspectiva mais condizente com o atual estágio de afirmação dos direitos coletivos e difusos, bem como da reparação dos bens coletivos lesados, atenderia melhor a finalidade da lei que os valores decorrentes de multas e condenações por danos genéricos praticados fossem vertidos não prioritariamente ao Fundo de Amparo do Trabalhador (FAT), mais a entidades e órgãos públicos que tivessem melhores e mais condizentes condições institucionais de reconstruir os bens lesados e beneficiar a comunidade vitimada pelo dano.

De toda sorte tal possibilidade que é franqueada deve se pautar pelos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, de maneira que não haja pura e simplesmente, na hipótese de se destinar tais verbas a órgãos públicos a substituição do Estado na dotação de recursos próprios para atender às necessidades originárias desses.

Desta forma a destinação dos recursos obtidos por intermédio do termo de ajustamento de conduta e de acordo ou condenação judicial no bojo de ações civis públicas à FUNDACENTRO se prestará a consecução de projetos ou ações na área de segurança e saúde do trabalho e na realização de projetos de pesquisas, ações educativas e de sensibilização da sociedade civil, atendendo não só aos encargos legais da FUNDACENTRO como alcançando a finalidade de que trata o artigo 13 da Lei n.º 7.347/85.

Cumprе destacar que o Ministério Público do Trabalho e a FUNDACENTRO já estabeleceram diversas parcerias através de Protocolo de Intenções e Acordos de Cooperação Técnica, no sentido de se estabelecer critérios e parâmetros para a implementação de conjunta de projetos e ações de mútuo interesse, notadamente para o desenvolvimento de atividades científicas e de pesquisa, utilizando-se para tanto de receitas oriundas de Termos de Ajustamento de Conduta e de condenação ou acordo judicial obtido em ação civil pública.

4 CONCLUSÃO

Ante o exposto percebe-se que compete à FUNDACENTRO a produção e difusão de conhecimentos que contribuam para a promoção da segurança e da saúde dos trabalhadores, objetivando o desenvolvimento sustentável, com crescimento econômico, equidade social e proteção do meio ambiente.

De outro giro está expressamente previsto legalmente que à promoção de inquérito civil e da ação civil pública, por parte do Ministério Público do Trabalho podem importar na obtenção de recursos para fins de reparação dos danos difusos, coletivos e individuais homogêneos, perpetrados em detrimentos do meio ambiente de trabalho, nos termos do artigo 5º, parágrafo 6º e artigo 13 da Lei n.º 7.347/85 e o artigo 100, parágrafo único, da Lei n.º 8.078/90.

Desta forma a destinação dos recursos obtidos por intermédio do termo de ajustamento de conduta e de acordo ou condenação judicial no bojo de ações civis públicas à FUNDACENTRO se prestará a consecução de projetos ou ações na área de segurança e saúde do trabalho e na realização de projetos de pesquisas, ações educativas e de sensibilização da sociedade civil, atendendo não só aos encargos legais da FUNDACENTRO como alcançando a finalidade de que trata o artigo 13 da Lei n.º 7.347/85.

REFERÊNCIAS

ALVES, Rubens Valtecides. *Deficiente Físico: novas dimensões da proteção ao trabalhador*. São Paulo: LTR, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de *Trabalho decente: análise jurídica da exploração, trabalho forçado e outras formas de trabalho indigno*. LTr, 2004.

CANOTILHO, JOAQUIM José Gomes. *Constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1988.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. Transação na ação civil pública e na execução do termo de compromisso de ajustamento de conduta e a reconstituição dos bens lesados. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, Brasília, v. 17, n. 33, p. 122-129, mar. 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2006.

MEDEIROS Neto, Xisto Tiago de. *Dano moral coletivo*. São Paulo: LTr, 2007.

MELO, Raimundo Simão de. *Ação civil pública na justiça do trabalho*. São Paulo: LTr, 2008.

MELLO, Celso Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros 1993.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

AS VEDAÇÕES DE NATUREZA ELEITORAL VOLTADAS AOS AGENTES PÚBLICOS FEDERAIS EM PERÍODO DE ELEIÇÕES MUNICIPAIS, COM FOCO NAS ATIVIDADES DE PESQUISA E SUA DIVULGAÇÃO

***FEDERAL PUBLIC OFFICERS' ELECTORAL FORBIDDANCES
IN MUNICIPAL ELECTIONS, WITH FOCUS ON RESEARCH
AND ITS DISSEMINATION***

Tiago Coutinho de Oliveira
Procurador-Chefe do IPEA

SUMÁRIO: Introdução; 1 Das vedações aplicadas aos agentes públicos federais em ano de eleições municipais que tenham implicações na área de pesquisa e sua divulgação; 1.1 Da publicidade institucional; 1.2 Da divulgação de dados; 1.3 Do pronunciamento em cadeia de rádio e televisão; 1.4 Das despesas com publicidade; 1.5 Do dever de informação e abuso de poder decorrente de sua ausência de prestação; 2 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo tem por escopo desenvolver estudo acerca das condutas vedadas aos agentes públicos federais durante ano de eleições municipais, com a indicação de atos administrativos ou tomada de decisões governamentais indevidas ou desaconselháveis durante esse período. Baseia-se, principalmente, nas atividades voltadas a realização de pesquisas desenvolvidas por órgãos da Administração Pública e tem como foco, sobretudo, a disciplina legal contida na Lei das Eleições (Lei 9.504/97); no Código Eleitoral (Lei nº 4.737/65); na Lei nº 13.165/15 (Reforma Política); nas resoluções sobre a matéria, expedidas pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE), bem como nas Orientações advindas da AGU, na Cartilha de Condutas Vedadas aos Agentes Públicos Federais em Eleições Municipais, e em estudos jurídicos desenvolvidos pela Procuradoria - Geral do Município de Belo Horizonte.

ABSTRACT: This work aims at developing a study on Brazilian federal public officers' forbidden conducts during municipal elections' years, with the indication of wrong or inadvisable administrative acts or governmental decision making during this period. It is based, mainly, on research developed by organs of the Brazilian Public Administration and it is focused, specially, on the legal framework of the Brazilian Law of Elections (Law 9,504/1997); on the Brazilian Electoral Code (Law 4,737/1965); on the Law 13,165/2015 (Political Reform); on the resolutions on the matter, issued by the Superior Electoral Court; as well as on the guidance from the Federal Attorney General's Office, on the booklet on the Federal Public Officers' forbiddances in Municipal Elections, and on juridical studies by the Attorney General's Office of Belo Horizonte.

PALAVRAS-CHAVE: Eleições. Municipais. Agentes Públicos. Vedações. Condutas. Infração.

KEYWORDS: Elections. Municipal. Public Officers. Forbiddances. Conducts. Infraction.

INTRODUÇÃO

Como se sabe, as eleições interferem nos atos de gestão da Administração, em razão do fato de a legislação atinente ao tema prever uma série de limitações aos atos do gestor público, cujo imediato objetivo é impedir a intromissão de tais condutas no processo eleitoral.

Nesse tocante, a preservação da igualdade de oportunidades dos candidatos surge como principal fundamento a ser acautelado pelo legislador, como forma de garantia de alguns dos valores democráticos de maior relevância, bem como das regras e princípios constitucionais republicanos.

As condutas vedadas pela Lei nº 9.504/97 constituem espécie de infração eleitoral, em sentido amplo, de natureza político-administrativa, podendo acarretar a aplicação de sanções, tais como, suspensão imediata da conduta vedada, aplicação de multa, entre outras, ainda que não haja potencialidade lesiva apta a comprometer a normalidade e legitimidade das eleições (art. 73, §§ 4º e 5º; art. 74; art. 75 e art. 77, da Lei nº 9.504/97).

Além disso, segundo o §7º, do art.73, da Lei 9.504/97, *“As condutas enumeradas no caput caracterizam, ainda, atos de improbidade administrativa, a que se refere o art. 11, inciso I, da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, e sujeitam-se às disposições daquele diploma legal, em especial às cominações do art. 12, inciso III”*. Frisa-se que, caso os mesmos fatos configurem crime eleitoral, na forma do Código Eleitoral, haverá também sanção do campo penal.

Cumprе registrar, ainda, que, no Código Eleitoral brasileiro, bem como na LC nº 64/90, há vedação de caráter amplo e genérico para a administração pública e seus gestores. Trata-se da responsabilização da autoridade e do candidato na hipótese de uso indevido ou abuso do poder de autoridade, em benefício de candidato ou partido político.

Significa dizer tratar-se de rol exemplificativo, que atribui aos membros da Justiça Eleitoral a competência para analisar e punir casos que entender possa ter havido abuso do poder de autoridade, ainda que fora das condutas listadas expressamente no normativo legal.

1 DAS VEDAÇÕES APLICADAS AOS AGENTES PÚBLICOS FEDERAIS NAS ELEIÇÕES MUNICIPAIS QUE TENHAM IMPLICAÇÕES NA ÁREA DE REALIZAÇÃO DE PESQUISA E SUA DIVULGAÇÃO

Antes de adentrarmos nos aspectos cruciais que propomos para o presente estudo, cumpre informar que devido ao grande número de dispositivos referentes à matéria sob análise, será dado maior destaque àqueles que, em abstrato, tenham maior correlação com as atividades de pesquisa e divulgação de dados realizadas por Órgãos e Instituições de Governo Federal, trazendo exemplos práticos, exceções e orientações doutrinárias e jurisprudenciais de como proceder durante o período de vedação.

1.1 DA PUBLICIDADE INSTITUCIONAL

O art. 73, inciso VI, da Lei nº 9.504/1997, traz a seguinte vedação:

Art. 73. São proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais:

VI – nos três meses que antecedem o pleito:

b) com exceção da propaganda de produtos e serviços que tenham concorrência no mercado, autorizar publicidade institucional dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos federais, estaduais ou municipais, ou das respectivas unidades da administração indireta, salvo em caso de grave e urgente necessidade pública, assim reconhecida pela Justiça Eleitoral.

Sobre o tema, é pertinente também trazer à baila a proibição veiculada no art. 24, II, do mesmo diploma legal, que dispõe:

Art. 24. É vedado, a partido e candidato, receber direta ou indiretamente doação em dinheiro ou estimável em dinheiro, inclusive por meio de publicidade de qualquer espécie, procedente de:

[...]

II – Órgão da Administração Pública direta e indireta ou fundação mantida com recursos provenientes do Poder Público.

Em relação a essas vedações específicas, verifica-se tratar de restrição voltada para publicidade dos atos institucionais, em decorrência do comando constitucional, veiculado no art.37, §1º, da CF/88, nesses termos:

A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.

Nesse contexto, portanto, os gestores devem tomar máxima cautela para que as atividades de pesquisas e divulgação de dados realizadas durante o período eleitoral não caracterizem publicidade a partido político ou candidato.

Isso porque, na persecução do interesse público, a publicidade dos atos públicos não é absoluta, na medida em que sofre restrições de outros valores constitucionalmente consagrados, o que se revela em maior evidência na seara eleitoral, onde se procura proteger a isonomia entre os postulantes a cargos eletivos.

Note-se, porém, que a manutenção das atividades ordinárias e impessoais desses órgãos, inclusive aquelas atinentes a pesquisas e divulgação de dados, não ficam vedadas durante as eleições.

Em julgado sobre o tema, ao analisar a conduta vedada no art. 73, IV, da Lei nº 9.504/97, o TSE firmou entendimento no sentido de que *“a intervenção da Justiça Eleitoral há de se fazer com o devido cuidado no que concerne ao tema das condutas vedadas, a fim de não se impor, sem prudencial critério, severas restrições ao administrador público no exercício de suas funções”*. (AC nº 24.989, de 31.05.2005, rel. Min. Caputo Bastos).

Em outras palavras, podemos concluir que o desenvolvimento das atividades de pesquisa ordinárias e impessoais dos Órgãos Públicos, não está inserido na vedação do art.73, inciso VI, alínea “b”, da Lei 9.504/97.

Esta questão, inclusive, foi o fundamento da sentença proferida no processo nº 41191-93.2010.4.01.3400, em tramitação na 13ª Vara da Justiça Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, ao deferir o direito de resposta ao Ipea por ofensa à sua honra objetiva, quando da acusação da imprensa de que teria se *“transformado em máquina de propaganda do governo”*, pela veiculação de matérias no ano eleitoral.

Segue trecho da decisão, no que importa:

Tenho que tal assertiva de que o autor teria se transformado numa máquina de propaganda do governo feriu a sua honra objetiva. O Instituto autor é uma fundação pública cuja criação fora autorizada pelo Decreto – Lei nº 200/67 (art.190) e cuja finalidade, conforme consta no referido diploma, é a de auxiliar o Ministro de Estado da Economia, Fazenda e Planejamento (terminologia da época) na elaboração e no acompanhamento da política econômica e promover atividade de pesquisa econômica aplicada nas áreas fiscal, financeira, externa e de desenvolvimento setorial. No Decreto nº 7.142, de 29 de março de 2010, que aprovou o Estatuto do IPEA, constou que:

[...]

No caso concreto, ao se afirmar que o IPEA estaria a serviço do governo, contrariamente as suas funções estabelecidas pela lei, com certeza houve ataque a sua honra objetiva, pois, nos dizeres do autor: “As reportagens publicadas no diário “O GLOBO”... feriram a honra objetiva do IPEA, uma vez que colocaram em dúvida a credibilidade e imparcialidade” (fls. 06) e “as matérias jornalísticas ora impugnadas colocam em dúvida a isenção político-partidária e o rigor técnico-científico que caracterizam os trabalhos desenvolvidos pelo IPEA, e ferem, dessa forma, a honra objetiva e a credibilidade do instituto” (fls.08). A fundação autoria possui direito de resposta para aduzir suas razões, no sentido de que cumpre seu papel legal/institucional.

[...]

Voltando a análise do dispositivo, tratando-se de eleições municipais, onde estarão em disputa os cargos de Prefeito, Vice-Prefeito e Vereador, a regra é a de que não será possível a publicidade institucional no âmbito Municipal, a partir dos três meses que antecederem o pleito das eleições. Tal somente poderá ocorrer após o envio de petição à Justiça Eleitoral, para que ela reconheça grave e urgente necessidade pública, autorizando.

As exceções seriam a publicidade de serviços e órgãos públicos que tenham concorrência no mercado (como as instituições financeiras públicas) ou em caso de grave e urgente necessidade pública, com autorização da Justiça Eleitoral.

Esta vedação específica se aplica apenas aos agentes públicos das esferas administrativas cujos cargos estejam em disputa na eleição (cf. § 3º do art. 73 da Lei nº 9.504, de 1997). Contudo, os agentes públicos federais, em ano de eleições municipais, devem ter cautela na prática da referida conduta, para não infringir o § 1º do art. 37 da Constituição, que veda a promoção de autoridades ou servidores públicos em publicidade oficial, ou para não fazer propaganda a favor de candidato ou partido político, sob pena de configurar abuso de poder.

Portanto, deve-se ter cuidado com as informações municipais veiculadas nas pesquisas realizadas no âmbito de Órgãos Públicos Federais responsáveis pela execução desse tipo de atividade, de modo a não caracterizar promoção pessoal de determinado candidato ou partido político.

1.2 DA DIVULGAÇÃO DE DADOS

Ainda sobre o tema da publicidade de divulgação de dados, o TSE entende que “os agentes públicos devem zelar pelo conteúdo a ser divulgado em sítio institucional, ainda que tenham proibido a veiculação de publicidade por meio de ofícios a outros responsáveis, e tomar todas as providências para que não haja descumprimento da proibição legal” (AgR-Respe nº 35.590, de 29.04.2010. rel. Min. Arnaldo Versiani).

Nessa serara, importante registrar que, a depender do conteúdo, a divulgação de dados e informações, inclusive as feitas por meio da internet, pode ser entendida também como propaganda eleitoral, mesmo porque o art. 24, inciso II, da Lei 9.504/1997, dispõe que “*é vedado, a partido e candidato, receber direta ou indiretamente doação em dinheiro ou estimável em dinheiro, inclusive por meio de publicidade de qualquer espécie, procedente de órgão da administração pública direta e indireta ou fundação mantida com recursos provenientes do Poder Público*”.

Ademais, o art. 57-C, §1º, inciso II, da Lei 9.504/1997, traz a seguinte vedação, repetida no art. 23, §1º, da Resolução TSE nº 23.457/2015, *in verbis*:

Art. 57-C. Na internet, é vedada a veiculação de qualquer tipo de propaganda eleitoral paga. (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009)

§ 1º É vedada, ainda que gratuitamente, a veiculação de propaganda eleitoral na internet, em sítios: (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009)

[...]

II - oficiais ou hospedados por órgãos ou entidades da administração pública direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009)

§ 2º A violação do disposto neste artigo sujeita o responsável pela divulgação da propaganda e, quando comprovado seu prévio conhecimento, o beneficiário à multa no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a R\$ 30.000,00 (trinta mil reais).

Frisa-se que a internet, como veículo ágil e dinâmico de comunicação social, tornou-se importante ferramenta de divulgação institucional de atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos.

Dessa forma, parece prudente que os agentes dos órgãos públicos se abstenham de postar nas suas páginas virtuais notícias ou arquivos que divulguem atos, programas, serviços e campanhas municipais no prazo legal de vedação. Ademais, não devem constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades e servidores públicos, nos termos do § 1º do artigo 37 da Constituição.

Da mesma forma, em relação ao correio eletrônico utilizado por estes órgãos, é prudente que eventuais mensagens dirigidas ao público interno e externo não contenham a publicidade institucional já mencionada.

Exemplos Práticos dos dispositivos sob análise, e que, portanto, devem ser evitados, seriam pesquisas atreladas a determinados Municípios, divulgando atos, programas, serviços e campanhas, acarretando a promoção de candidato ou partido político ou divulgação no site oficial de órgãos públicos ou por mensagem eletrônica, interna ou externa, de publicidade institucional de determinado Município, promovendo candidato ou partido político.

No entanto, importante dizer que a recomendação não deve ser interpretada no sentido de que a divulgação das atividades-fim destes Órgãos não possam ser atualizadas em seus sítios oficiais, já que o princípio da publicidade dos atos administrativos exige o contrário. O que se deve fazer é harmonizar esses atos com outro princípio, de ordem constitucional, que é o da impessoalidade, evitando, assim, a postagem de mensagens e informações que acarretem promoção pessoal, por meio de publicidade institucional de atos, programas, serviços e campanhas.

Sobre o tema, traz-se à baila a lição do professor Francisco de Assis Vieira Sanseverino, em sua obra *“O ‘uso da máquina pública’ nas campanhas eleitorais – Condutas Vedadas aos agentes públicos”*, página 104:

Finalmente, via de regra, no site do órgão público ou da entidade da administração pública, há espaços para divulgação de suas notícias, informações sobre acontecimentos ou fatos relevantes. De um lado, é verdade que as atividades da administração pública, dirigidas ao público em geral, devem prosseguir.

Por outro lado, incidirão as vedações nas situações em que o conteúdo da notícia (a) consistir na publicidade institucional dos atos, programas, obras, serviços e campanhas; e (b) caracterizar também a promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.

Ressalta-se, portanto, que não existe na legislação qualquer proibição de divulgação de dados ou pesquisas sociais, econômicas ou outras com viés impessoal, feitas por institutos governamentais. A legislação veda é a publicidade paga pelo erário que promova ações ou informações governamentais, com nítido propósito de favorecimento de candidato e/ou partido político, caracterizando, assim, abuso de poder, nos termos do art.74, da Lei 9.504/97.

Registre-se, ainda, que o Tribunal Superior Eleitoral firmou entendimento no sentido de que a publicação de atos oficiais ou meramente administrativos não caracteriza publicidade institucional, por não apresentar conotação eleitoral¹, podendo ser legitimamente praticados pelos agentes públicos.

Para o TSE, *“o art. 74 se aplica somente aos atos de promoção pessoal na publicidade oficial praticados em campanha eleitoral”* (AG nº 2.768, de 10.04.2001, rel. Min. Nelson Jobim) e *“entende-se como ato de propaganda eleitoral aquele que leva ao conhecimento geral, ainda que de forma dissimulada, a candidatura, mesmo que apenas postulada, a ação política que se pretende desenvolver ou razões que induzam a concluir que o beneficiário é o mais apto ao exercício de função pública.”* (RESPE nº 15.732, de 15.04.1999, rel. Min. Eduardo Alckmin; vide, também, entre outros: R-Rp nº 189.711, de 05.04.2011, rel. Min. Joelson Dias; e AgR-Respe nº 35.719, de 24.03.2011, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior).

¹ Nessa linha, Ac. De 7.11.2006 nº AgRgREspe nº 25.748, rel. Min Caputo Bastos e AC. nº 25.086, de 03/11/2005, rel. Min. Gilmar Mendes.

1.3 DO PRONUNCIAMENTO EM CADEIA DE RÁDIO E TELEVISÃO

Em relação à vedação prevista na alínea “c” do mesmo dispositivo (fazer pronunciamento em cadeia de rádio e televisão, fora do horário eleitoral gratuito, salvo quando, a critério da Justiça Eleitoral, tratar-se de matéria urgente, relevante e característica das funções de governo), conclui-se que o Município não pode realizar publicidade institucional em rádio e televisão a partir do início da vedação, salvo autorização expressa da Justiça Eleitoral nos moldes do dispositivo legal em destaque.

Esta vedação específica se aplica apenas aos agentes públicos das esferas administrativas cujos cargos estejam em disputa na eleição (cf. § 3º do art. 73 da Lei nº 9.504, de 1997). Contudo, os agentes públicos federais, em ano de eleições municipais, devem ter cautela na prática da referida conduta, para não infringir o § 1º do art. 37 da Constituição, que veda a promoção de autoridades ou servidores públicos em publicidade oficial, ou para não fazer propaganda a favor de candidato ou partido político, sob pena de configurar abuso de poder.

Nesse contexto, os agentes públicos devem ter cuidado com as informações municipais veiculadas em rádio ou televisão, oriundas de pesquisas realizadas no âmbito de seus órgãos de lotação, de modo a não caracterizar promoção pessoal de determinado candidato ou partido político.

1.4 DAS DESPESAS COM PUBLICIDADE

O art.73, inciso VII, da Lei 9.504/1997, traz a seguinte vedação:

VII - realizar, no primeiro semestre do ano de eleição, despesas com publicidade dos órgãos públicos federais, estaduais ou municipais, ou das respectivas entidades da administração indireta, que excedam a média dos gastos no primeiro semestre dos três últimos anos que antecedem o pleito; (Redação dada pela Lei nº 13.165, de 2015)

Como visto alhures (art. 73, inciso VI, “b”), a regra é que no segundo semestre dos anos de eleição não poderá ser veiculada propaganda institucional, excetuadas a propaganda de produtos e serviços que tenham concorrência no mercado e em caso de grave e urgente necessidade pública, assim reconhecida pela Justiça Eleitoral.

Já no primeiro semestre do ano eleitoral, é possível fazer publicidade de órgãos municipais, desde que haja obediência aos limites impostos na norma em apreço e no comando do art.37, §1º, da CF/88. A redação anterior da Lei 9.504/97 previa como limite de gastos para publicidade institucional a média anual dos três anos anteriores ao pleito, ou a do último ano. Contudo, com o advento da Lei nº 13.165/15, esse limite foi alterado passando a ser semestral, contemplando assim os primeiros semestres dos 3 anos anteriores ao pleito.

No cálculo para verificação ou não de aumento de despesas com publicidade deve ser considerado o gasto global, que abranja a publicidade da Administração Pública direta e indireta (nesse sentido: Petição nº 1.880, de 29.06.2006, Rel.Min. Carlos Ayres Britto, Nota nº AGU/LS-02/2002 e Nota Técnica nº14/2009/DENOR/SGCN/SECOM-PR da Secretaria de Comunicação Social da Presidência da República).

No âmbito dos órgãos e entes federais recomenda-se que os agentes públicos guiem suas atuações, incluindo a quantidade de publicidade das matérias de sua competência, com base no princípio da legalidade e da impessoalidade, devendo toda conduta ser previamente avaliada segundo o potencial de afetar ou não a igualdade de oportunidades entre candidatos nas eleições municipais.

Exemplo prático: Realizar despesas com veiculação de informações sobre determinado Município, em quantidade superior à média dos gastos no primeiro semestre dos três últimos anos que antecedem o pleito.

1.5 DO DEVER DE INFORMAÇÃO E ABUSO DE PODER DECORRENTE DE SUA AUSÊNCIA DE PRESTAÇÃO

Antes de concluir, imperioso registrar que toda a abordagem feita acerca da vedação da publicidade institucional voltada para promoção de candidato, aplica-se, na mesma proporção, para a omissão no dever da publicidade constitucionalmente assegurada – art.37, caput e §1º, da CF/88.

Segundo o mestre José Afonso da Silva²:

“A publicidade do § 1º não é essencialmente diversa da publicidade do caput do artigo. Não há uma publicidade-vício e uma publicidade-virtude das atuações administrativas, pois o princípio da publicidade, inerente

2 SILVA, José Afonso. *Comentário Contextual à Constituição*. 2. ed. Malheiros Editores, p. 346-347, 2006.

à técnica da boa administração pública (caput), manifesta-se também na publicidade governamental (§ 1º). Por isso, com razão, Cretella Jr. reconhece, como se viu acima, que ela não é apenas uma possibilidade, mas um dever dos órgãos públicos. Por esse motivo também é que não se pode aceitar a radical distinção que o ilustre Jurista faz entre as duas modalidades de publicidade. O que existe são duas modalidades de realização do mesmo princípio: uma que é necessária à eficácia do ato administrativo, e se satisfaz pela publicação oficial (caput); outra que é a propiciação de conhecimento, aos administrados, de atuações dos órgãos da Administração (§ 1º). Mas o dever de publicidade tem outro fundamento da mais alta importância: o de ser contrapartida do direito à informação, do direito de ser informado, que a Constituição reconhece a todos no art. 5º XIV e XXXIII”.

Pelo esclarecimento do ilustre professor José Afonso da Silva, a publicidade aplicada para Administração Pública configura como sendo um dever dos órgãos públicos que tem como contrapartida o direito à informação, enquanto direito fundamental previsto no art. 5º, incisos XIV e XXXIII, da CF/88.

Assim, conforme se extrai das transcrições supras, a publicidade governamental, enquanto direito à informação, deve ser observada, inclusive durante as eleições, desde que respeitado o princípio da impessoalidade e demais limitações legais e constitucionais, conforme o caso.

O não cumprimento do direito constitucional de informação pode também configurar abuso de autoridade pelo uso da máquina pública para favorecimento de candidato ou partido político, com as implicações legais decorrentes, além de ofensa a ditames do Estado Democrático de Direito.

Nesse passo, respeitado o regular exercício da missão institucional dos órgãos públicos responsáveis pelas atividades de pesquisa e divulgação de dados e desde que observado o princípio da impessoalidade e demais limitações legais ou constitucionais aplicadas (sigilo imprescindível à segurança da sociedade e do Estado ou defesa da intimidade ou interesse social exigir tal limitação - CF, art. 5º, XXXIII e LX), durante as eleições, é recomendável a execução normal das atividades dos entes com o devido conhecimento dos trabalhos desenvolvidos - de interesse da sociedade -, vez que a restrição - desproporcional e sem amparo legal - à informação pode ser tida como atuação abusiva, causando desigualdade entre os candidatos, além de ofensa a princípios e direitos constitucionais.

2 CONCLUSÃO

O presente estudo enfrentou a questão da aplicabilidade de restrições aos agentes públicos federais em ano de eleições municipais, objetivando tecer considerações segundo a legislação aplicável e entendimentos consagrados pela jurisprudência, especialmente no que tange à realização de pesquisa e sua divulgação.

Entende-se que o tema é revestido de grande relevância, mormente nas condições e circunstâncias atuais, que podem gerar no gestor público dúvidas ou inseguranças referentes à sua correta atuação, de acordo com os princípios da legalidade, impessoalidade, proporcionalidade e moralidade, de modo que as considerações proferidas no presente estudo servem, também, como norte para o alcance desse desiderato.

REFERÊNCIAS

SILVA, José Afonso. *Comentário Contextual à Constituição*. 2. ed. Malheiros, 2006.

SANSEVERINO, Francisco de Assis Vieira. *O “uso da máquina pública” nas campanhas eleitorais: condutas vedadas aos agentes públicos*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.

AGU – ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. *Condutas vedadas aos agentes públicos federais em eleições: eleições 2014*. Brasília: AGU; Presidência da República/Casa Civil, 2014.

