

AGOSTO/2021 - 3º DECÊNIO - Nº 1118 - ANO 31**BEAP - BOLETIM TÉCNICO DE ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA****ADMINISTRAÇÃO/CONTABILIDADE****ÍNDICE**

ESTUDOS COMPARATIVOS DAS LEIS DE LICITAÇÃO - Nº 03 (LEI Nº 14.133/2021 X LEI Nº 8.666/1993) - MÁRIO LÚCIO DOS REIS ----- [REF.: CO9726](#)

É POSSÍVEL A EXECUÇÃO INDIRETA DOS SERVIÇOS DE ASSESSORIA JURÍDICA NO ÂMBITO MUNICIPAL, DESDE QUE AS ATIVIDADES CONTRATADAS NÃO CARACTERIZEM MANIFESTAÇÃO DO PODER DE IMPÉRIO ESTATAL ----- [REF.: CO9727](#)

É POSSÍVEL QUE OS RECURSOS ORIUNDOS DO BÔNUS DO EXCEDENTE DA CESSÃO ONEROSA DO PRÉ-SAL SEJAM UTILIZADOS PARA O PAGAMENTO DAS DESPESAS PREVIDENCIÁRIAS, DESDE QUE PRECEDIDO DE AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA ----- [REF.: CO9728](#)

LAUDO TÉCNICO DE CONSULTORIA - SERVIDORES OCUPANTES DE CARGO EM COMISSÃO: DIREITO A QUINQUÊNIO ----- [REF.: CO9729](#)

#CO9726#

[VOLTAR](#)**ESTUDOS COMPARATIVOS DAS LEIS DE LICITAÇÃO - Nº 03 (LEI Nº 14.133/2021 X LEI Nº 8.666/1993)**

MÁRIO LÚCIO DOS REIS*

INTRODUÇÃO

Nossa pretensão no presente trabalho é desenvolver uma série de artigos técnicos de estudos comparativos dos dispositivos da nova lei de licitações (14.133/2021), enfatizando suas principais abordagens em comparação com os procedimentos até então adotados, oriundos da antiga lei nº 8.666/93, sabendo-se que as duas leis conviverão pelos próximos dois anos, podendo a autoridade optar, no edital, pela aplicação de uma das duas leis.

ESTUDO 03 - ARTIGOS 13 A 16

A teor do Art. 13 todos os atos do processo licitatório são públicos, salvo determinação legal em contrário. No mesmo artigo 13 temos a figura da publicidade diferida, da proposta até o dia de sua abertura, e do valor estimado da licitação, desde que justificado, exceto quanto aos detalhamentos e especificações quantitativas necessárias para elaboração das propostas. (art.24).

No art. 14, não podem participar da licitação o autor dos projetos ou empresa a ele ligada, a qualquer título; salvo se a elaboração dos projetos for incluída no objeto como encargo do contratado.

Também são impedidas de participar empresas cujos sócios tenham qualquer vínculo com os dirigentes do órgão ou com agentes públicos da licitação, sejam estes vínculos de natureza civil, comercial, técnica, financeira, trabalhista, salvo sócio com menos de 5% do capital social.

Por fim, destaca-se o inciso III, do art. 14, que veda a participação de pessoa física ou jurídica que tenha sido declarada impossibilitada por sanção que lhe foi imposta. A lei, neste ponto, perdeu a oportunidade de resolver uma longa pendência judicial, pois não inclui sequer que a base teria que ser processo judicial transitado em julgado, que seria o mínimo admissível, pois, da forma como está, qualquer município, em decisão administrativa de um pregoeiro, pode condenar uma empresa a ser impedida de participar de licitações nos mais de 5.500 municípios do país, ... um verdadeiro absurdo jurídico. Afinal, cada município pode legislar sobre assunto de interesse local, a teor do art. 30 - I da Constituição, mas nunca atingindo os demais entes federativos. Assim sendo, é óbvio que a vedação de participação da empresa somente se aplicaria no âmbito do órgão que aplicou a penalidade, sem qualquer reflexo nos demais, mesmo porque, quase sempre significaria a falência da empresa, com todos os impactos econômicos e sociais no trabalho, na renda, na produção, no emprego, etc. e no próprio governo que estará restringindo a concorrência do mercado, entre seus fornecedores. Infelizmente, existem estas jurisprudências com decisões que eliminam licitantes nestas condições que somente serão resolvidas no próprio âmbito judiciário.

Finalmente registra-se o impedimento de participação de empresa que nos últimos 5 anos tiver sido envolvida em processos de exploração de mão de obra infantil e de trabalho escravo.

A teor do art. 15, a participação de empresas em consórcio é sempre possível, salvo se expressamente e justificadamente for vedada no edital, e desde que atendam ao disposto nos incisos I a V da lei, a saber: Instrumento particular ou público de constituição do consórcio, com indicação da empresa líder, admissão do somatório dos dados quantitativos e financeiros para fins de habilitação e execução contratual, bem como a responsabilidade solidária das empresas. O edital deve fixar entre 10% e 30% a exigência maior para os consórcios em relação aos licitantes individuais. (Art.15, § 1º), ressalvados os formados por empresas de pequeno porte. Sendo adjudicado, o consórcio precisa estar registrado antes da assinatura do contrato.

Também as cooperativas de profissionais liberais podem participar de licitações, desde que comprovem a regularidade de sua situação legal, o regime efetivo de cooperação entre seus membros (repartição de despesas e receitas), vedado ao contratante a indicação nominal dos licitantes. (art.16)

LEI Nº 14.133/21 - DISPOSITIVOS ORA ANALISADOS

Art. 13. Os atos praticados no processo licitatório são públicos, ressalvadas as hipóteses de informações cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, na forma da lei.

Parágrafo único. A publicidade será diferida:

I - quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura;

II - quanto ao orçamento da Administração, nos termos do art. 24 desta Lei.

Art. 14. Não poderão disputar licitação ou participar da execução de contrato, direta ou indiretamente:

I - autor do anteprojeto, do projeto básico ou do projeto executivo, pessoa física ou jurídica, quando a licitação versar sobre obra, serviços ou fornecimento de bens a ele relacionados;

II - empresa, isoladamente ou em consórcio, responsável pela elaboração do projeto básico ou do projeto executivo, ou empresa da qual o autor do projeto seja dirigente, gerente, controlador, acionista ou detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital com direito a voto, responsável técnico ou subcontratado, quando a licitação versar sobre obra, serviços ou fornecimento de bens a ela necessários;

III - pessoa física ou jurídica que se encontre, ao tempo da licitação, impossibilitada de participar da licitação em decorrência de sanção que lhe foi imposta;

IV - aquele que mantenha vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira, trabalhista ou civil com dirigente do órgão ou entidade contratante ou com agente público que desempenhe função na licitação ou atue na fiscalização ou na gestão do contrato, ou que deles seja cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, devendo essa proibição constar expressamente do edital de licitação;

V - empresas controladoras, controladas ou coligadas, nos termos da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, concorrendo entre si;

VI - Pessoa física ou jurídica que, nos 5 (cinco) anos anteriores à divulgação do edital, tenha sido condenada judicialmente, com trânsito em julgado, por exploração de trabalho infantil, por submissão de trabalhadores a condições análogas às de escravo ou por contratação de adolescentes nos casos vedados pela legislação trabalhista.

§ 1º O impedimento de que trata o inciso III do *caput* deste artigo será também aplicado ao licitante que atue em substituição a outra pessoa, física ou jurídica, com o intuito de burlar a efetividade da sanção a ela aplicada, inclusive a sua controladora, controlada ou coligada, desde que devidamente comprovado o ilícito ou a utilização fraudulenta da personalidade jurídica do licitante.

§ 2º A critério da Administração e exclusivamente a seu serviço, o autor dos projetos e a empresa a que se referem os incisos I e II do *caput* deste artigo poderão participar no apoio das atividades de planejamento da contratação, de execução da licitação ou de gestão do contrato, desde que sob supervisão exclusiva de agentes públicos do órgão ou entidade.

§ 3º Equiparam-se aos autores do projeto as empresas integrantes do mesmo grupo econômico.

§ 4º O disposto neste artigo não impede a licitação ou a contratação de obra ou serviço que inclua como encargo do contratado a elaboração do projeto básico e do projeto executivo, nas contratações integradas, e do projeto executivo, nos demais regimes de execução.

§ 5º Em licitações e contratações realizadas no âmbito de projetos e programas parcialmente financiados por agência oficial de cooperação estrangeira ou por organismo financeiro internacional com recursos do financiamento ou da contrapartida nacional, não poderá participar pessoa física ou jurídica que integre o rol de pessoas sancionadas por essas entidades ou que seja declarada inidônea nos termos desta Lei.

Art. 15. Salvo vedação devidamente justificada no processo licitatório, pessoa jurídica poderá participar de licitação em consórcio, observadas as seguintes normas:

I - comprovação de compromisso público ou particular de constituição de consórcio, subscrito pelos consorciados;

II - indicação da empresa líder do consórcio, que será responsável por sua representação perante a Administração;

III - admissão, para efeito de habilitação técnica, do somatório dos quantitativos de cada consorciado e, para efeito de habilitação econômico-financeira, do somatório dos valores de cada consorciado;

IV - impedimento de a empresa consorciada participar, na mesma licitação, de mais de um consórcio ou de forma isolada;

V - responsabilidade solidária dos integrantes pelos atos praticados em consórcio, tanto na fase de licitação quanto na de execução do contrato.

§ 1º O edital deverá estabelecer para o consórcio acréscimo de 10% (dez por cento) a 30% (trinta por cento) sobre o valor exigido de licitante individual para a habilitação econômico-financeira, salvo justificção.

§ 2º O acréscimo previsto no § 1º deste artigo não se aplica aos consórcios compostos, em sua totalidade, de microempresas e pequenas empresas, assim definidas em lei.

§ 3º O licitante vencedor é obrigado a promover, antes da celebração do contrato, a constituição e o registro do consórcio, nos termos do compromisso referido no inciso I do *caput* deste artigo.

§ 4º Desde que haja justificativa técnica aprovada pela autoridade competente, o edital de licitação poderá estabelecer limite máximo para o número de empresas consorciadas.

§ 5º A substituição de consorciado deverá ser expressamente autorizada pelo órgão ou entidade contratante e condicionada à comprovação de que a nova empresa do consórcio possui, no mínimo, os mesmos quantitativos para efeito de habilitação técnica e os mesmos valores para efeito de qualificação econômico-financeira apresentados pela empresa substituída para fins de habilitação do consórcio no processo licitatório que originou o contrato.

Art. 16. Os profissionais organizados sob a forma de cooperativa poderão participar de licitação quando:

I - a constituição e o funcionamento da cooperativa observarem as regras estabelecidas na legislação aplicável, em especial a Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971, a Lei nº 12.690, de 19 de julho de 2012, e a Lei Complementar nº 130, de 17 de abril de 2009;

II - A cooperativa apresentar demonstrativo de atuação em regime cooperado, com repartição de receitas e despesas entre os cooperados;

III - qualquer cooperado, com igual qualificação, for capaz de executar o objeto contratado, vedado à Administração indicar nominalmente pessoas;

IV - O objeto da licitação referir-se, em se tratando de cooperativas enquadradas na Lei nº 12.690, de 19 de julho de 2012, a serviços especializados constantes do objeto social da cooperativa, a serem executados de forma complementar à sua atuação.

CONCLUSÃO

Com o exposto oferecemos aos nossos prezados assinantes do BEAP uma síntese dos nossos comentários à nova lei de licitações, que terão continuidade nas próximas edições, objetivando o maior conhecimento e aplicação prática da nova lei por parte dos interessados, estudiosos ou agentes da importante atividade de licitações, contratos e compras.

*Contador, Auditor, Economista, Administrador, Professor Universitário, Consultor BEAP, Auditor Gerente da Reis & Reis Auditores Associados.

BOCO9726---WIN

#CO9727#

[VOLTAR](#)

É POSSÍVEL A EXECUÇÃO INDIRETA DOS SERVIÇOS DE ASSESSORIA JURÍDICA NO ÂMBITO MUNICIPAL, DESDE QUE AS ATIVIDADES CONTRATADAS NÃO CARACTERIZEM MANIFESTAÇÃO DO PODER DE IMPÉRIO ESTATAL

Trata-se de consulta formulada por presidente da Câmara Municipal, indagando se a Câmara pode contratar, por licitação, serviços advocatícios especializados para assessorar processo licitatório de contratação de agência para promover publicidade de orientação social e de caráter informativo e institucional.

Em sede de preliminar, a Consulta foi conhecida, nos termos do voto do Relator, Conselheiro Cláudio Couto Terrão, ficando vencidos os Conselheiros Gilberto Diniz e Wanderley Ávila, que votaram pela inadmissão da consulta.

No mérito, o Relator destacou, com fulcro no prejulgamento de tese fixado na **Consulta nº 887769**, que a regra é a atribuição das atividades jurídicas a servidores de carreira, investidos mediante concurso público (ver, também, Consultas nº **684672, 708580, 735385, 765192 e 873919**).

Nada obstante, a relatoria ressaltou que, desde a conclusão dessas deliberações, muitas alterações ocorreram na realidade da Administração Pública, com o aprofundamento do processo de desconcentração e descentralização das funções estatais. Nessa contextura, salientou que as Leis nº **13.429/2017 e 13.467/2017** inovaram, substancialmente, a sistemática da terceirização, até então disciplinada pela **Lei nº 6.019/1974**, e deram amparo legal à transferência pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução.

Em seguida, o Relator asseverou que este Tribunal, em sede de deliberação da **Consulta nº 1024677**, reconheceu que, com a novel normatização, restou superada a ideia de que a terceirização se pauta pelas noções de atividade-fim ou atividade-meio, ou mesmo de atividades "materiais acessórias, instrumentais ou complementares". Sendo assim, é possível a terceirização de todas as atividades, no âmbito da administração direta, autárquica e fundacional, que não detenham natureza típica de Estado e que não reflitam o seu poder de império, para as quais segue prevalecendo a regra do concurso público, estabelecida no **art. 37, II, da Constituição da República**. Tal prejulgamento de tese, com caráter normativo, foi reforçado na **Consulta nº 1040717**.

Com efeito, em face das disposições da **Lei nº 6.019/1974**, com as alterações conferidas pelas Leis nº **13.429/2017 e 13.467/2017**, do **Decreto Federal nº 9.507/2018**, por aplicação analógica, e, notadamente, do parecer emitido na **Consulta nº 1024677**, a relatoria considerou que não há impedimento, a priori, para a execução indireta do serviço de assessoramento jurídico no âmbito municipal, desde que as atividades contratadas não caracterizem manifestação do poder de império estatal, estando vedada para as funções que:

a) envolvam a tomada de decisão ou posicionamento institucional nas áreas de planejamento, coordenação, supervisão e controle; b) sejam consideradas estratégicas para o órgão ou a entidade, cuja terceirização possa colocar em risco o controle de processos e de conhecimentos e tecnologias; c) estejam relacionadas ao poder de polícia, de regulação, de outorga de serviços públicos e de aplicação de sanção; d) sejam inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou da entidade, exceto disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

Uma vez admitida, em abstrato, a possibilidade de execução indireta dos serviços de assessoria jurídica no âmbito municipal, inclusive para orientação quanto à contratação de agência para promoção de publicidade de orientação social e de caráter informativo e social, desde que as atividades contratadas não caracterizem manifestação do poder de império estatal, nos moldes delineados no art. 3º do **Decreto Federal nº 9.507/2018**, o Relator alteou que, caso a execução indireta dos serviços de assessoria jurídica seja compatível com os paradigmas discriminados no **caput** e no **inciso XXI do art. 37 da Constituição da República**, a deflagração de procedimento licitatório para a contratação é a primeira opção a ser considerada pelo gestor.

Ressalvou, todavia, que o próprio texto constitucional contempla a possibilidade de a legislação prever ressalvas, que consistem, basicamente, nas hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação, delineadas nos arts. **17, 24 e 25 da Lei nº 8.666/1993**, situações em que, segundo a avaliação em abstrato do legislador, a contratação direta sem competição atenderia em maior escala o interesse público. Afinal, não há que se considerar a licitação como um fim em si mesma, senão como um instrumento destinado a selecionar a proposta que melhor atende aos princípios do **caput do art. 37 da Constituição** no momento das contratações públicas.

Nesse diapasão, a relatoria destacou que o inciso II do art. **25 da Lei nº 8.666/1993**, que cuida de situações em que as circunstâncias fáticas inviabilizam a competição, preceitua a inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços técnicos enumerados no **art. 13** da aludida Lei, de natureza singular, com profissionais de notória especialização.

À vista da indeterminação dos conceitos legais, esta Corte de Contas foi instada inúmeras vezes a se manifestar acerca da caracterização dos elementos nucleares desse dispositivo, quais sejam a notória especialização dos profissionais e a singularidade do objeto, tendo sua jurisprudência há muito se assentado quanto à ausência desta última quando os serviços pretendidos constituam atividades de menor complexidade ou próprias da rotina administrativa, consoante entendimento firmado na **Consulta nº 746716**, com remissões ao **Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº 684973**, e sumulado no **Enunciado nº 106**, nos seguintes termos:

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

O Relator, entretanto, propôs um avanço na análise da singularidade que justifica a contratação pública direta, em virtude da inexigibilidade de licitação, asseverando que o que qualifica o serviço como singular não é a habitualidade por sua demanda dentro da rotina administrativa ou a sua complexidade, abstratamente considerada, ou não apenas isso, mas sim o aspecto subjetivo da prestação do serviço, avaliado sob a ótica do prestador, que envolve a metodologia empregada, a experiência específica, o elemento criativo, o traço pessoal do profissional, que agregam às atividades qualidades que as tornam distintas de todas as outras disponíveis no mercado.

Assim, é possível que existam tantos outros potenciais prestadores do serviço, mas que aspectos subjetivos, relacionados aos meios empregados, indiquem apenas um deles como apto a atender à necessidade pública.

Ressaltou, ainda, que essa evolução quanto à caracterização da singularidade do objeto para fins de inexigibilidade de licitação, bem como a inviabilidade de competição em razão dos aspectos subjetivos já vêm sendo reconhecidas na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, conforme decisão exarada na **Ação Penal nº 348/SC**, sob a relatoria do Ministro Eros Grau.

De igual modo, o Tribunal de Contas da União também segue tal linha argumentativa, consoante decisão proferida nos autos do Processo nº TC 017.110/2015-7 (**Acórdão nº 2616/2015**), de relatoria do Ministro Benjamin Zymler.

Nesses termos, o Relator destacou que a caracterização da hipótese de inexigibilidade calcada no inciso II do art. **25 da Lei nº 8.666/1993**, em especial no que concerne ao elemento da singularidade, não deve estar adstrita à ausência de habitualidade dos serviços, como exposto na **Súmula nº 106**, tendo em vista que a singularidade se faz presente quando, na escolha do prestador de serviços mais apto para o alcance das finalidades, incidem critérios preponderantemente subjetivos, tornando inviável a competição.

Destarte, a relatoria asseverou ser possível também a contratação direta por inexigibilidade de licitação dos serviços de assessoria jurídica, porquanto serviço técnico especializado previsto no **art. 13 da Lei nº 8.666/1993**, desde que comprovadas no caso concreto, por meio do procedimento de justificação descrito no **art. 26** da mesma norma, a notória especialização do prestador e a singularidade do objeto, assim considerado aquele que exige, na seleção do melhor executor, grau de subjetividade insuscetível de ser medido pelos critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação.

Nessa contextura, o Relator respondeu ao questionamento formulado pelo consulente, nos seguintes termos:

1) é possível a execução indireta dos serviços de assessoria jurídica no âmbito municipal, desde que as atividades contratadas não caracterizem manifestação do poder de império estatal, estando vedada para as funções que:

- a) envolvam a tomada de decisão ou posicionamento institucional nas áreas de planejamento, coordenação, supervisão e controle;
- b) sejam consideradas estratégicas para o órgão ou a entidade, cuja terceirização possa colocar em risco o controle de processos e de conhecimentos e tecnologias;
- c) estejam relacionadas ao poder de polícia, de regulação, de outorga de serviços públicos e de aplicação de sanção;
- d) sejam inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou da entidade, exceto disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal;

2) a execução indireta dos serviços de assessoria jurídica compatível com os paradigmas legais deve observar a regra definida no **art. 37, XXI, da Constituição da República**, ou seja, contratação mediante a realização de procedimento licitatório;

3) é possível, porém, a contratação direta, por inexigibilidade de licitação, dos serviços de assessoria jurídica quando caracterizados como serviço técnico especializado previsto no **art. 13 da Lei nº 8.666/1993**, desde que comprovadas no caso concreto, por meio do procedimento de justificação descrito no **art. 26** da mesma norma, a notória especialização do prestador e a singularidade do objeto, assim considerado aquele que exige, na seleção do melhor executor, grau de subjetividade insuscetível de ser medido pelos critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação.

O Tribunal Pleno, por maioria, aprovou o voto do Relator, restando vencido, em parte, o Conselheiro Gilberto Diniz, que se limitou a responder objetivamente à indagação do consulente, ou seja, que a Câmara pode contratar, por licitação, serviços advocatícios especializados para assessorar processo licitatório de contratação de agência para promover publicidade de orientação social e de caráter informativo e institucional, se esse for o caso.

Por fim, destaca-se que a resposta dada à presente Consulta resultou na revogação da tese estabelecida nas Consultas nº **684672, 708580, 735385, 765192, 873919 e 888126**, porquanto incompatíveis com os itens 1 e 2 do parecer.

[Processo nº **1076932** – Consulta. Rel. Cons. Cláudio Couto Terrão, deliberado em 3.2.2021]

BOCO9727---WIN/INTER

#CO9728#

[VOLTAR](#)

É POSSÍVEL QUE OS RECURSOS ORIUNDOS DO BÔNUS DO EXCEDENTE DA CESSÃO ONEROSA DO PRÉ-SAL SEJAM UTILIZADOS PARA O PAGAMENTO DAS DESPESAS PREVIDENCIÁRIAS, DESDE QUE PRECEDIDO DE AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA

Trata-se de consulta eletrônica formulada por Prefeito Municipal, por meio da qual questionou, in verbis, se “os recursos dos excedentes do ‘pré-sal’ - **Lei Federal nº 13.885/2019** poderão ser utilizados também nas despesas previdenciárias com o aporte financeiro para déficit atuarial ao RPPS que são empenhadas no elemento de despesa 3.3.91.97”.

Conhecida a Consulta, o Relator, Conselheiro Durval Ângelo, esclareceu que a **Lei Federal nº 13.885/2019** positivou a obrigatoriedade de que os recursos arrecadados pela União, após a realização de leilões, fossem repartidos e repassados aos demais entes federados brasileiros, tendo estabelecido, assim, requisitos objetivos de distribuição dos valores arrecadados com a exploração dos volumes excedentes ao limite de 5 bilhões de barris de petróleo, disposto no **§ 2º do art. 1º da Lei nº 12.276/2010**.

Traçado o arcabouço normativo, a relatoria analisou o questionamento abrangendo as seguintes temáticas: 1) a primeira, referente à possibilidade de utilização dos recursos do bônus do excedente da cessão onerosa do Pré-Sal para pagamento das despesas previdenciárias dos municípios que adotam o RPPS; 2) a segunda, relativa à aplicação dos valores do excedente da cessão onerosa do Pré-Sal como aporte financeiro para o equacionamento do déficit atuarial do regime próprio de previdência social.

No que tange à possibilidade de os recursos do excedente da cessão onerosa do Pré-Sal, como regulamentados pela **Lei nº 13.885/2019**, serem utilizados para pagamento das despesas previdenciárias dos municípios que adotam o Regime Próprio de Previdência Social, o Relator destacou que o regime próprio de

previdência social, como definido pelo **art. 40, caput, da Constituição da República**, possui caráter contributivo e solidário, sendo mantido por contribuições do ente federativo, de servidores ativos e aposentados, e de pensionistas, exercendo sua função primordial de proteção do indivíduo por meio do pagamento de benefícios previdenciários.

Nessa contextura, salientou que a viabilidade de tal medida consta objetivamente no **artigo 1º, III, e § 3º, I, da Lei nº 13.885/2019**, o qual estabelece que, nos Municípios, os recursos advindos dos leilões do pré-sal deverão ser destinados à “criação de reserva financeira específica para pagamento das despesas previdenciárias com os fundos previdenciários de servidores públicos ou com as contribuições sociais de que tratam as **alíneas a e c do parágrafo único do art. 11 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991**, inclusive os decorrentes do descumprimento de obrigações acessórias e os de contribuições incidentes sobre o décimo terceiro salário, do respectivo ente e de todas as pessoas jurídicas de direito público e privado integrantes de sua administração direta e indireta, ressalvadas as empresas estatais independentes, vincendas até o exercício financeiro do ano subsequente ao ano da transferência de recursos pela União”.

Não obstante, em que pese a clareza e a literalidade contida na interpretação da referida norma, o Relator alteou ser imprescindível que a execução de tais despesas seja precedida da devida autorização legal, seja na Lei Orçamentária Anual, seja por meio de créditos adicionais. Assim, na hipótese de os recursos serem utilizados no exercício de 2021, porém sem ter havido a previsão no orçamento anual, as despesas deverão ser executadas por meio de aprovação de créditos adicionais, tendo como fonte o excesso de arrecadação ou superávit financeiro apurado no balanço patrimonial de 2020, conforme consta em entendimento expressado pela Secretaria do Tesouro Nacional, mediante a **Nota Técnica SEI nº 11490/2019/ME**.

Sendo assim, concluiu que os recursos arrecadados com os leilões dos volumes excedentes do Pré-Sal, regulamentados pela **Lei nº 13.885/2019**, poderão ser empregados no pagamento de despesas previdenciárias do RPPS municipal, desde que precedido de autorização legislativa, devendo as respectivas despesas ser registradas de acordo com os códigos disponibilizados no Anexo II da Instrução Normativa nº 05/2011 - “DISCRIMINAÇÃO DAS NATUREZAS DE DESPESA”, TCE/MG.

No que diz respeito à aplicação dos recursos do excedente da cessão onerosa do Pré-Sal como aporte financeiro para o equacionamento de déficit atuarial do RPPS municipal, o Relator frisou que, desde a Emenda Constitucional nº 20/1998, a observância de critérios que visem à preservação do equilíbrio financeiro e atuarial dos Regimes Próprios de Previdência Social (RPPS) ganhou contornos constitucionais e traçou, assim, vetores estruturantes do sistema previdenciário, os quais permanecem vigentes e operantes mesmo após as modificações normativas implementadas pela novel Reforma Previdenciária instituída pela **Emenda Constitucional nº 103/2019**.

Na esteira de tais preceitos insculpidos pelo constituinte derivado, a relatoria asseverou que a **Orientação Normativa SPS/MPS nº 02/2009**, importante marco para a regulamentação da organização dos RPPS, previu, em seu artigo 22, que a garantia do equilíbrio no referido sistema de previdência deve ocorrer mediante “[...] avaliação atuarial inicial e as reavaliações realizadas em cada exercício financeiro para a organização e revisão do plano de custeio e de benefícios.”

Nesse viés, destacou que a primeira opção à disposição dos entes federados, para fins de contenção de situações deficitárias, é materializada pela instituição do mecanismo intitulado “plano de amortização”, o qual deverá ser instaurado mediante lei, nos termos dos artigos 53, § 6º, e 54 da supracitada **Portaria MF nº 464/2018**, regulamentado pela Instrução Normativa nº 07, de 21 de dezembro de 2018, conforme esclarece o Manual de Demonstrativos Fiscais da Secretaria do Tesouro Nacional.

O segundo mecanismo que a **Portaria MF nº 464/2018** disponibiliza aos entes federados para o controle do déficit atuarial de seu sistema previdenciário é materializado pelo sistema de “segregação de massa”, o qual, também instituído por lei, nos termos dos artigos 53, § 6º, e 58 da referida portaria, deve passar por aprovação da entidade fiscalizadora federal (art. 20, § 4º), e se fundamenta na ideia de que uma parte dos benefícios seja custeada por um “Fundo de Repartição” e outra por um “Fundo em Capitalização”, nos termos de seu artigo 56.

Expendidas tais considerações, o Relator destacou que, da análise do art. 1º da **Portaria MPS nº 746/2011**, é possível concluir que os aportes para cobertura do déficit atuarial do Regime Próprio de Previdência Social - RPPS instituído pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, deverão atender a duas condições: a) se caracterizarem como despesa orçamentária com aportes destinados, exclusivamente, à cobertura do déficit atuarial do RPPS conforme plano de amortização estabelecido em lei específica do respectivo ente federativo; e b) serem utilizados para o pagamento de benefícios previdenciários dos segurados vinculados ao Plano Previdenciário de que trata o art. 2º, inciso XX, da Portaria MPS nº 403, de 10 de dezembro de 2008.

Ademais, o § 1º do referido art. 1º da **Portaria MPS nº 746/2011** prevê que os aportes para cobertura de déficit atuarial do RPPS ficarão sob a responsabilidade da Unidade Gestora, devendo tais recursos serem controlados separadamente dos demais, de forma a evidenciar a vinculação para qual foram instituídos e, além disso, permanecerão devidamente aplicados em conformidade com as normas vigentes, pelo prazo de, no mínimo, 5 anos.

Diante de todo o cenário legislativo delineado pelo Relator, conclui-se que o arcabouço normativo não impõe maiores óbices para que os recursos oriundos dos leilões do excedente do “pré-sal”, transferidos aos entes federados em decorrência da **Lei Federal nº 13.885/2019**, venham a ser destinados às despesas previdenciárias vinculadas aos aportes financeiros para o equacionamento do déficit atuarial do RPPS, e que sejam, portanto, empenhados no elemento de despesa 3.3.91.97.

Assim, considerando que os gastos com o equacionamento do déficit atuarial do RPPS são passíveis de serem classificados como despesas previdenciárias, tal como proposto pela legislação federal, asseverou inexistir impedimento para que tais recursos sejam destinados ao equacionamento do déficit atuarial do RPPS municipal, desde que o ente federado tenha instituído, mediante lei, um dos regimes de equacionamento de seu déficit

previdenciário (“plano de amortização” ou “segregação de massa”) e que atenda à necessidade de que os recursos vinculados a tal fim sejam controlados separadamente dos demais, de forma a evidenciar a vinculação para qual foram instituídos e, que permaneçam devidamente aplicados em conformidade com as normas vigentes, por, no mínimo, 5 anos.

Acrescentou, ainda, que, nos termos do entendimento elaborado pelo Tribunal Pleno desta Corte de Contas ao responder, na sessão de 31.8.2011, à **Consulta nº 837548**, de relatoria do Conselheiro Elmo Braz Soares, os valores do excedente da cessão onerosa do Pré-Sal, utilizados como aporte financeiro para equacionamento do déficit atuarial do RPPS e revertidos para o pagamento de benefícios previdenciários dos segurados do Plano Previdenciário, deverão ser escriturados sob o código 3.3.91.97.00 (3 - Despesas Correntes; 3 - Outras Despesas Correntes; 91 - Aplicação Direta Decorrente de Operação dentre Órgãos, Fundos e Entidades Integrantes dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social; 97 - Aporte para Cobertura do Déficit Atuarial do RPPS), conforme aponta a classificação orçamentária e financeira prevista na **Instrução Normativa nº 05/2011**, TCE/MG.

Outrossim, destacou que, nos termos da jurisprudência consolidada por este Tribunal na **Consulta nº 862594**, de relatoria do Conselheiro Sebastião Helvecio, caso o ente municipal tenha optado por realizar o equacionamento de seu déficit atuarial previdenciário mediante o mecanismo da segregação de massas, previsto essencialmente nos artigos 56 a 60 da **Portaria MF nº 464/2018**, a contabilização de aportes financeiros feitos no plano/grupo financeiro de Regimes Próprios de Previdência Social que tenham optado por tal sistema deverá ocorrer “sob o código 3.5.1.3.2.01.01 - Recursos para cobertura de insuficiências financeiras (DÉBITO); 1.1.1.1.0.00.00 - Caixa e Equivalência de caixa em moeda nacional (CRÉDITO); 8.2.1.1.1.00.00 - Disponibilidade por destinação de recursos (DÉBITO) e 8.2.1.1.4.00.00 - Disponibilidade por destinação de recursos utilizada (CRÉDITO), nos termos do Manual de Demonstrativos Fiscais da Secretaria do Tesouro Nacional”.

Nesse diapasão, o Tribunal Pleno aprovou, por unanimidade, o voto do Relator, no sentido de que:

1) é possível que os recursos oriundos do bônus do excedente da cessão onerosa do Pré-Sal sejam utilizados para o pagamento das despesas previdenciárias, com fulcro no **artigo 1º, III, e § 3º, I, da Lei nº 13.885/2019**, desde que precedida de autorização legislativa, devendo as despesas a eles vinculadas ser registradas de acordo com os códigos disponibilizados por este Tribunal no Anexo II da **Instrução Normativa nº 05/2011** - “DISCRIMINAÇÃO DAS NATUREZAS DE DESPESA”;

2) inexistem impedimentos para que os recursos oriundos dos leilões do excedente do “pré-sal”, transferidos aos entes federados em decorrência da **Lei Federal nº 13.885/2019**, venham a ser destinados às despesas previdenciárias vinculadas aos aportes financeiros para o equacionamento do déficit atuarial do RPPS, e que sejam empenhadas no elemento de despesa 3.3.91.97, desde que o ente federado tenha instituído, mediante lei, um dos regimes de equacionamento de seu déficit previdenciário (“plano de amortização” ou “segregação de massa”) e que, em observância aos termos do art. 1º, II, da **Portaria MPS nº 746/2011**, atenda à necessidade de que os recursos vinculados a tal fim sejam controlados separadamente dos demais, de forma a evidenciar a vinculação para qual foram instituídos e, que permaneçam devidamente aplicados em conformidade com as normas vigentes, por, no mínimo, 5 anos.

[Processo nº 1082555 - Consulta. Rel. Cons. Wanderley Ávila. Tribunal Pleno, deliberado em 3.2.2021]

BOCO9728---WIN/INTER

#CO9729#

[VOLTAR](#)

LAUDO TÉCNICO DE CONSULTORIA - SERVIDORES OCUPANTES DE CARGO EM COMISSÃO: DIREITO A QUINQUÊNIO

CONSULENTE: Prefeitura Municipal
CONSULTOR: Regiane dos Reis

1 - INTRODUÇÃO:

O Departamento de Administração e Pessoal no uso de seu direito junto a essa Consultoria especializada, solicita os seguintes esclarecimentos sob as questões postas:

Um servidor público efetivo exerceu cargo comissionado no período de 20x1 a 20x4, período este que não recebeu o chamado quinquênio.

Perguntas:

a) O servidor público mesmo exercendo cargo comissionado terá direito a quinquênio, caso tenha como será calculado o montante a ser pago: de acordo com o salário efetivo ou de acordo com o salário do cargo comissionado?

b) Sendo obrigado a realizar o pagamento deverá ser computado algum tipo de juros ou deverá ser calculado de acordo com o valor do salário atual?

2 - CONSIDERAÇÕES TÉCNICAS E LEGAIS:

a) Por cargo comissionado entende como uma ocupação funcional criada em lei, de livre nomeação e exoneração, podendo ser de recrutamento amplo ou limitado, ocupado por pessoa da confiança dos agentes políticos ou dos dirigentes do alto nível, não exigindo Concurso Público para ocupá-lo. A CF/88 assegura o direito do gestor público de realizar contratação via cargo comissionado:

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:

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, **ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;**

V - **as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento;**

XIV - os acréscimos pecuniários percebidos por servidor público não serão computados nem acumulados para fins de concessão de acréscimos ulteriores;

b) O quinquênio é uma vantagem pecuniária que a Administração Pública concede aos servidores em razão do tempo de exercício ou em face da natureza peculiar da função, que exige conhecimentos especializados em regime próprio de trabalho ou em outras atividades especificadas em lei.

Segundo ensinamento do Prof. Diógenes Gasparini, o entendimento de quinquênio é o seguinte:

Os adicionais concedidos em função do decurso do tempo são chamados de adicionais por tempo de serviço, enquanto os outorgados em razão do exercício de cargo que exige conhecimentos especializados ou em função de um regime especial de trabalho são chamados de adicionais de função. **O adicional por tempo de serviço, concedido ao servidor pelo simples decurso de um prazo de prestação de serviço, é somado ao padrão e a ele adere para todos os efeitos (férias, licença, aposentadoria, disponibilidade), salvo para novos adicionais.** Assim são os biênios, triênios e quinquênios, concedidos a cada dois, três ou cinco anos de serviço dedicados à entidade a que o servidor está vinculado. Sua razão é o serviço já prestado ao longo de certo tempo. Cada estatuto, segundo critérios discricionários, acolhe este ou aquele tempo para outorgar a vantagem. por tempo de serviço ou do exercício. (Direito Administrativo, Ed. Saraiva, P. 208, 2003). (grifos nossos)

c) Como a própria CF/88 estabelece a prerrogativa da gestão pública escolher dentre os seus servidores efetivos aquele que irá ocupar cargo comissionado não se pode com isso retirar direitos desse servidor com a sua nomeação. Porém o direito a quinquênio é um direito estabelecido no Estatuto do Servidor Público do Ente Federado, ou seja, desde que esteja previsto deverá ser pago ao servidor efetivo, todavia no cargo efetivo.

d) Tem como base de cálculo o salário efetivo e não o salário advindo do cargo comissionado, pois o direito ao quinquênio é proveniente tempo de serviço efetivo do servidor na administração pública, e isso, no caso de servidor público compreende o cargo efetivo que ele ocupa e não o cargo temporário (livre nomeação – cargo comissionado). Ou seja, o servidor público quando nomeado para cargo comissionado o direito ao quinquênio será suspenso, ou seja, o servidor não terá perdido ao direito a tal benefício, uma vez retornando ao cargo anterior efetivo poderá pleitear os quinquênios provenientes do tempo que ficou estabelecido no cargo comissionado.

e) O servidor efetivo, ao ocupar o cargo efetivo, teria direito ao benefício, porém ao ocupar o cargo comissionado, a lei lhe faculta optar pela remuneração do primeiro ou o segundo, e ao optar pela remuneração do cargo comissionado, os direitos adquiridos no cargo efetivo se mantêm suspensos até que retorne, quando o tempo de serviço no cargo comissionado também servirão de base para o cálculo dos quinquênios.

f) É conveniente observar a Lei Municipal que instituiu o direito aos servidores efetivos de perceber quinquênios, pois caso a lei tenha estabelecido que os servidores efetivos que ocupem cargo comissionado podem receber quinquênios, durante o período que se encontrarem neste cargo, assim deverá ocorrer.

g) O cálculo para pagamento dos quinquênios anteriores deverá observar o salário atual a que o servidor faz jus, ou seja, deverá ser pago de acordo com o último salário que o servidor fazer jus.

3 - CONCLUSÃO E PARECER FINAL:

a) Levando em consideração as explicações colocadas, somos de parecer o direito ao quinquênio é prerrogativa do servidor público pelo tempo de serviço na administração pública, sendo que no caso quinquênio está relacionado com o cargo efetivo do servidor. Por isso o servidor ao retornar ao cargo efetivo terá direito ao quinquênio pelo tempo de serviço que ele prestou no cargo comissionado.

b) Para cálculo dos referidos quinquênios deverá observar o valor atual do salário do servidor no cargo efetivo, ou seja, o salário-base para o cálculo do quinquênio será o salário proveniente do cargo efetivo em valores atuais e não do cargo comissionado que o servidor ocupava.

c) O cargo comissionado será observado apenas como base para a contagem de tempo para o pagamento do quinquênio e não como base salarial para o mesmo.

Este é nosso parecer, s. m. j.

BOCO9729---WIN/INTER