



**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA – PG-17**

ISSN 2595-0630
(DOI): 10.46818/pge.v6i3.389

Rio de Janeiro, 18 de janeiro de 2023.



Parecer nº 01/2023-ARCY

Processo Administrativo SEI nº 030029/007660/2020

EMENTA. DIREITO FINANCEIRO CONSTITUCIONAL. DIREITO ADMINISTRATIVO. OBRIGAÇÕES ORÇAMENTÁRIAS E CONSENSUALIDADE ADMINISTRATIVA. Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Descumprimento da aplicação do mínimo constitucional em manutenção e desenvolvimento do ensino – MDE (art. 212 da CRFB). Tratativas para celebração de um Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) com cronograma de recomposição do déficit apurado de aplicação de recursos nos exercícios de 2016 a 2021. SUPERVENIÊNCIA DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 119/2022. Diferimento da aplicação do mínimo constitucional, em relação aos exercícios de 2020 e 2021. Divergência de interpretação sobre o parágrafo único do art. 119 da ADCT, que foi inserido pela EC nº 119/2022. FRAGILIDADE FISCAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Novo Regime de Recuperação Fiscal. Efeitos do Covid-19. Lei Complementar nº 194/2022. Perda de arrecadação. Engessamento do orçamento estadual. Inviabilidade fática de cumprimento do art. 119 do ADCT. PRINCÍPIO DA REALIDADE. CONSENSUALIDADE ADMINISTRATIVA AMPLIADA. Arts. 22 e 26 da LINDB e o novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. Transação sobre obrigações futuras e potencialmente certas. Possibilidade de sanar situações de incerteza jurídica, ainda que futura.



**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA – PG-17**

Exmo. Sr. Procurador-Geral do Estado,

I. Relatório e dúvidas jurídicas.

Trata-se do Processo Administrativo SEI nº 030029/007660/2020, inaugurado pela Secretaria de Estado de Educação – SEEDUC, para exame de minuta de Termo de Ajustamento de Gestão – TAG (SEI nº 11346389), elaborada a partir de minuta de Termo de Ajustamento de Conduta – TAC (SEI nº 11346887), relacionada ao objeto da Ação Civil Pública nº 0054872-30.2018.8.19.0001, em curso na 4ª Vara de Fazenda Pública do Estado.

A referida demanda judicial, ajuizada em 2018, pretende, como objeto central, garantir a aplicação do mínimo constitucional para a educação fixado no art. 212 da Constituição da República (CRFB). Esse percentual não vem sendo cumprido em sua integralidade pelo Estado do Rio de Janeiro desde o exercício fiscal de 2016. Confira-se a dicção do dispositivo:

*“Art. 212. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, **e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo,** da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino” (g.n).*

Após muitas tratativas e reuniões sobre a demanda, com o intuito de se buscar uma solução consensual e, tendo em vista a sensibilidade dos direitos envolvidos, as partes acordaram, no plano extrajudicial, sobre uma minuta de um TAG a ser homologado em Juízo e com a interveniência do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro (TCE). A manifestação conjunta do Estado e do MPERJ apontou que: (i) *“as partes concluíram as negociações para solução da presente ação coletiva, nos termos da inclusa*



**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA – PG-17**

minuta de Termo de Ajustamento de Gestão – TAG”; e (ii) “*além do Estado e do Ministério Público, o instrumento prevê, em sua cláusula oitava, disposições específicas relativamente ao Tribunal de Contas do Estado – TCE/RJ*”.

Em princípio, o ajuste a ser celebrado englobaria a recomposição do déficit relativo aos exercícios de 2016 a 2021, de modo que tal montante global seria adicionado como reforço de aplicação financeira nos próximos 20 anos, durante os exercícios de 2023 a 2042, conforme o item 5 da minuta do TAG (SEI nº 32801711), cuja literalidade é a seguinte:

“Item 5. O índice referido pelo art. 212 da CRFB/1988 nos exercícios de 2016, 2017, 2018, 2019, 2020 e 2021 será, para todos os efeitos, considerado como atendido pelo ERJ por meio de reforço de aplicação financeira nos exercícios de 2023 a 2042.”

Diante do atraso na análise da questão pelo TCE, as partes resolveram submeter o acordo à homologação judicial, por meio de Termo de Ajustamento de Conduta – TAC, o que levou à adaptação da minuta. Contudo, antes de a minuta do TAC ser levada à juízo, foi promulgada a Emenda Constitucional nº 119/2022, que adicionou o art. 119 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT.

Por meio da referida Emenda, estabeleceu-se regra específica para a aplicação dos recursos em ensino a que se refere o art. 212 da CRBF. A racionalidade do constituinte reformador foi construir uma solução para a aplicação de tais recursos nos anos de 2020 e 2021, período em que o sistema de educação brasileiro permaneceu praticamente inativo em face da pandemia do Covid-19, de modo a zelar pela justa e eficiente aplicação dos recursos públicos no ensino. De fato, em 2020 e 2021, com escolas fechadas, os percentuais a serem investidos em educação tornaram-se de difícil cumprimento. Daí que se estabeleceu regra de transição, que se reproduz abaixo:



**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA – PG-17**

“Art. 119. Em decorrência do estado de calamidade pública provocado pela pandemia da Covid-19, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e os agentes públicos desses entes federados não poderão ser responsabilizados administrativa, civil ou criminalmente pelo descumprimento, exclusivamente nos exercícios financeiros de 2020 e 2021, do disposto no caput do art. 212 da Constituição Federal.

Parágrafo único. Para efeitos do disposto no caput deste artigo, o ente deverá complementar na aplicação da manutenção e desenvolvimento do ensino, até o exercício financeiro de 2023, a diferença a menor entre o valor aplicado, conforme informação registrada no sistema integrado de planejamento e orçamento, e o valor mínimo exigível constitucionalmente para os exercícios de 2020 e 2021.”

Diante do novo cenário normativo, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro – MPRJ entendeu que a minuta do TAC deveria ser readequada, para a devida referência à EC nº 119/2022. Para o órgão ministerial, por uma interpretação literal do dispositivo, as diferenças de aplicação financeira referentes aos exercícios de 2020 e 2021 deveriam ser aplicadas, necessariamente, no exercício de 2023, de modo que, quanto a tal período, não seria mais possível negociar por meio do TAC. Ele deveria ser resolvido já em 2023. Daí o MP ter sugerido a alteração da cláusula quinta, a qual, segundo o *parquet*, deve assegurar, já em 2023, a solução do passivo dos anos de 2020 e 2021, na forma da EC nº 119/2022 (v. SEI nº 44674958).

A consulta que ensejou este parecer insere-se neste contexto. Indaga-se como a EC nº 119/2022 modifica (ou não) os possíveis termos do acordo desenhado no TAC. Mais especificamente, se seria lícito transigir desde já sobre o cumprimento – ou inevitável descumprimento – da nova regra do ADCT.

Para responder a esses questionamentos, parte-se da premissa de que, segundo os órgãos estaduais competentes, é impossível, ao Estado do Rio de Janeiro, tanto colocar em dia o passivo existente desde 2016, quanto cumprir, já em 2023, o passivo pontual do período pandêmico. Isto é: há, no âmbito estadual, o reconhecimento de uma situação de



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA – PG-17

extrema dificuldade financeira, de modo que não será possível, no ano de 2023, cumprir a regra trazida pela EC nº 119/2022. Nesse sentido, a não formalização do TAC importará, na prática, em descumprimento futuro que, eventualmente, poderá ensejar nova ação civil pública e nova negociação.

Dito isso, a presente Consulta pretende responder o seguinte: (i) *É possível transigir, no bojo de TAC, sobre o cumprimento futuro de nova regra constitucional (uma regra que ainda não fora violada)?* (ii) *O TAC em negociação pode, mesmo em face da EC nº 19/2022, manter o modelo de parcelamento inicial, que considera todo o passivo referente ao art. 212 da Constituição, desde 2016, inclusive o período de 2020 e 2021?*

A resposta a essas duas perguntas, adiante-se, é positiva. Para tanto, o parecer seguirá o seguinte roteiro. No **Capítulo II**, discorrerei acerca da realidade financeira estadual, conforme descrita em notas técnicas apresentadas no bojo do processo administrativo. No **Capítulo III**, a partir das premissas fáticas expostas anteriormente, argumentarei, com base, também, no art. 22 da LINDB, sobre a necessidade de se interpretar juridicamente o possível TAC à luz do princípio da realidade e da lógica ampliada de consensualidade que rege as relações com o Poder Público. Notadamente para sanar situações de incerteza jurídica, conforme o art. 26 da LINDB. São essas duas premissas – realidade e ampla consensualidade – que constroem uma hermenêutica que viabiliza juridicamente a negociação, no bojo do TAC, sobre o (des)cumprimento futuro do art. 119 do ADCT, trazido pela EC nº 119/2022. Ao final, será apresentada conclusão que buscará responder às duas perguntas acima formuladas.

Passo, então, à emissão do parecer.



**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA – PG-17**

II. A realidade financeira do Estado do Rio de Janeiro e a impossibilidade fática de cumprimento do disposto no art. 119 do ADCT.

Antes da análise jurídica, registro que tomo como ponto de partida as manifestações técnicas e informações que me foram passadas sobre o caso. Não tenho a expertise necessária, tampouco seria minha atribuição, adentrar o mérito dos elementos eminentemente técnicos da consulta apresentada. Assume-se, assim, que o Estado do Rio de Janeiro se encontra em situação de relevante fragilidade fiscal e que o modelo de vinculação de despesas pode trazer complicadores.

De início, recorde-se que o Estado está inserido no Novo Regime de Recuperação Fiscal (NRRF), trazido pela Lei Complementar nº 178/2021, que alterou a LC nº 159/2017, “*formado por leis ou atos normativos do Estado que desejar aderir ao Regime de Recuperação Fiscal, por diagnóstico em que se reconhece a situação de desequilíbrio financeiro, por metas e compromissos e pelo detalhamento das medidas de ajuste, com os impactos esperados e os prazos para a sua adoção*” (art. 2º da LC nº 159/2017, grifou-se). Ora, é um dos pilares do NRRF a reestruturação das contas públicas a fim de alcançar o reequilíbrio fiscal do ente, seja por meio de aumento de receita, seja por redução de despesa, viabilizando resultados primários ao longo do tempo que sejam capazes de tornar o ente solvente novamente.

Além disso, em 2022, sobreveio a Lei Complementar nº 194/2022, que alterou o Código Tributário Nacional e a Lei Complementar nº 87/1996 (Lei Kandir), para considerar bens e serviços essenciais os relativos aos combustíveis, à energia elétrica, às comunicações e ao transporte coletivo.

Tais alterações são relevantes. Como destacado pela Subsecretaria do Tesouro da Secretaria de Estado de Fazenda (SEI nº 44947743), conforme a Nota Técnica SEFAZ/SUBTES nº 12/2022, estima-se que isso implique relevante impacto para os



**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA – PG-17**

cofres do ERJ, com “*perdas de arrecadação na principal fonte de recursos do ERJ de aproximadamente R\$ 5,3 bilhões apenas para o exercício de 2023*” (p.1).

A Subsecretaria destacou, ainda, que, no âmbito do Estado, há um elevado grau de engessamento do orçamento público, fruto de diversas vinculações, decorrentes ou de despesas obrigatórias, ou de vinculações estaduais¹. Como consequência, é baixa “*a capacidade do poder executivo de efetivamente responder a imposições que demandem expressivos volumes financeiros*” (p.3).

Ainda segundo referida Nota Técnica, a pandemia do Covid-19 agravou a crise econômico-financeira do Estado, tendo em vista a necessidade de providências de caráter excepcional e a queda na arrecadação. O cenário, assim, é de “*grande deterioração das finanças estaduais, com déficit financeiro já em setembro de 2023 e com saldo ao final do exercício negativo em R\$ 1,37 bilhões. Ao fim e ao cabo, quer dizer que o ERJ terá que realizar escolhas do que pagar, podendo, inclusive, colocar em risco o próprio cumprimento do limite mínimo de educação no exercício de 2023*” (p.3).

¹ “*Vale destacar que o Estado possui pouca margem para tomada de decisão, visto que parte significativa de suas receitas já possuem destinação específica- como é o caso das vinculações para educação, saúde e Faperj - ou são utilizadas para o custeio de despesas obrigatórias, como é o caso da folha de pessoal, repasse de duodécimos demais poderes, precatórios e dívida. Vale lembrar que no âmbito do ERJ, podemos constatar um alto grau de engessamento do orçamento público, fruto das diversas vinculações, que provém de dois grupos: (a) Despesas Obrigatórias, como a relativa aos dispêndios com pessoal, com o serviço da dívida e duodécimo dos poderes; e (b) Vinculações Estaduais, que por sua vez, subdivide-se em dois outros tipos de despesas: b.1. O das Receitas Próprias de órgãos, tais como as taxas cobradas pelo DETRAN, pelo Fundo dos Bombeiros, pelo Fundo da Polícia Militar e pelos Outros Poderes, com destinação específica dentro do orçamento; b.2. O das Vinculações Estaduais com índices mínimos de aplicação por determinação da própria Constituição Estadual ou de leis locais. No ERJ, além dos índices Constitucionais Federais da Educação e Saúde, foi instituído um denso arcabouço de vinculações, composto por inúmeros índices mínimos de aplicação por determinação da própria Constituição Estadual ou de leis Estaduais, dentre esses: FAPERJ, FECAM, FEHIS, FISED e FAF. Dentre as principais consequências para a população fluminense, diante da expressiva rigidez orçamentária, destaca-se a sua relação direta com o importante processo de Planejamento Governamental, uma vez que para o gestor público realizar o juízo sobre quais políticas maximizam os objetivos almejados pela população fluminense, bem como estabelecer uma priorização destas, é necessário um suficiente grau de discricionariedade. Não há maiores espaços para novas escolhas orçamentárias/financeiras porque o orçamento tornou-se uma peça com pequenas margens para alterações, ou seja, um instrumento rígido, pouco maleável, cenário que impacta diretamente a capacidade do poder executivo de efetivamente responder a imposições que demandem expressivos volumes financeiros*”.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA – PG-17

Já a Subsecretaria de Política Fiscal da SEFAZ, como consta da Nota Técnica SEI nº 44675243, informou que, desde 2021, a Secretaria de Fazenda transfere os recursos financeiros das receitas vinculadas para contas específicas da Secretaria de Estado de Educação e da Secretaria de Estado da Ciência, Tecnologia e Inovação. Não obstante, os órgãos de execução de recursos de manutenção e desenvolvimento do ensino não conseguiram executar despesas com os recursos de recomposição². No seu entendimento, *“repasses em volumes muito altos, além do índice do próprio exercício, podem gerar como consequência a elevação do nível de despesas que não terão como se manter quando tais repasses adicionais cessarem”* (p.2). Por isso seria imperiosa a fixação de cronograma de recomposição, que *“permite que os gestores possam realizar planejamento de longo prazo para a utilização desses recursos sem o risco de comprometer a execução futura”* (p.2). Do que decorre que *“fica evidente a importância de que a recomposição dos valores não aplicados em MDE nos exercícios de 2020 e 2021 sejam contemplados no TAC, que tem como objetivo não só o aprimoramento da gestão estadual da Educação, mas também a tentativa de regularização da execução orçamentária das ações de MDE e abrange um planejamento administrativo, orçamentário e financeiro que inclui a previsão de uma sistemática de transferências de recursos, de forma a evitar que a correção do déficit de despesas atinentes a MDE de exercícios anteriores afete as aplicações dos próximos anos.”* (SEI nº 44947743, p. 3)

² “10. Nesse sentido, pontua-se que 2021 foram enviados às contas da Educação o valor de R\$ 944.339.918,33 (novecentos e quarenta e quatro milhões, trezentos e trinta e nove mil, novecentos e dezoito reais e trinta e três centavos) para atender a aplicação mínima de 25% em MDE, contudo, apenas parte desse montante impactou o demonstrativo a seguir com o pagamento de Restos a Pagar. Assim, dos R\$ 944 milhões transferidos, R\$ 638,3 milhões (R\$ 944 mi – R\$ 306 mi) ainda não foram utilizados, mas já estão nas contas dos órgãos executores das despesas de MDE e devem ser deduzidos no momento da apuração do montante financeiro a ser transferido.

11. Por oportuno, cumpre informar que, em consulta ao SIAFE em 22/12/2022, há significativos saldos financeiros em contas dos órgãos que executam as ações da Educação, sendo: • R\$ 349 milhões na conta corrente Banco Bradesco, agência 6898, C/C 4092-4 de titularidade da SECTI • R\$ 466 milhões na conta corrente Banco Bradesco, agência 6898, C/C 3462-2 de titularidade da SEEDUC • R\$ 37 milhões na conta corrente Banco do Brasil, agência 2234, C/C 58339-1 de titularidade da SEEDUC (FUNDEB) • R\$ 214 milhões na conta corrente Banco do Brasil, agência 2234, C/C 05716-9 de titularidade da SEEDUC (salário educação).”



**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA – PG-17**

Em suma: tem-se cenário de grave dificuldades fiscais. Esse quadro implica, **segundo também me foi informado pelos técnicos do Tesouro estadual, por intermédio de sua Assessoria Jurídica** (no que me apoio para emitir o presente parecer³), a inviabilidade fática de garantir que, em 2023, satisfaça-se o passivo referente ao período pandêmico, ao mesmo tempo em que se implementem formas de cuidar do passivo existente desde 2016.

Eis o estado de coisas subjacente a este parecer: a impossibilidade de o Estado do Rio de Janeiro recompor os valores não aplicados em manutenção e desenvolvimento do ensino, consoante art. 212 da CRFB, nos anos de 2020 e 2021, na forma determinada pelo art. 119 do ADCT (i.e.: já em 2023), ao mesmo tempo em que busca meios para solucionar o passivo existente desde 2016.

III. A interpretação do TAC a partir da realidade e de uma percepção ampliada de consensualidade no direito administrativo: artigos 22 e 26 da LINDB.

III. 1. Incidência do princípio da realidade

É à luz do contexto fático narrado, que interpreto ser possível, no bojo de termo de ajustamento de conduta, a negociação acerca do cumprimento futuro do art. 119 do ADCT. Trata-se de se entender viável negociar sobre uma obrigação cujo (des)cumprimento sequer se aperfeiçoou.

Do ponto de vista jurídico, parte-se do denominado **princípio da realidade**, segundo o qual “*o Direito volta-se à convivência real entre os homens e todos os atos*”

³ O ponto merece aprofundamento técnico pelo gestor, o que talvez demande prazo incompatível com a urgência da presente consulta. De toda forma, minhas conclusões apoiam-se no que me foi informado pelos órgãos competentes.



**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA – PG-17**

*partem do pressuposto de que os fatos que sustentam suas normas e demarcam seus objetivos são verdadeiros”, de modo que “não comporta fantasias; o irreal tanto não pode ser a fundamentação de um ato administrativo quanto não pode ser o seu objetivo”*⁴. Em outros termos, o intérprete deve considerar as circunstâncias reais da Administração Pública.

O direito positivo consagra tal perspectiva. Aplica-se, aqui, o artigo 22 da LINDB, segundo o qual: *“na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados”*. De fato, o dispositivo prescreve perspectiva mais realista e contextualizada na interpretação de normas sobre gestão pública. Demanda-se do intérprete maior atenção às circunstâncias fáticas e jurídicas que impactam a atuação administrativa e podem limitá-la⁵. Tem-se aqui uma perspectiva necessariamente *contextualista*, para usar a linguagem do pragmatismo jurídico⁶. Uma percepção de que o contexto importa e o direito não é capaz de mudar situações imutáveis. Pré-compreensões e premissas teóricas devem ser aptas a algum nível de ajuste diante da interação inexorável das relações travadas na vida real⁷.

⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Legitimidade e Discricionariedade. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 53.

⁵ Jordão, Eduardo. “Art. 22 da LINDB - Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro”. *Revista De Direito Administrativo*, p. 63–92. Disponível em <https://doi.org/10.12660/rda.v0.2018.77650>. Acesso em 04.01.23.

⁶ O pragmatismo jurídico possui uma multiplicidade de perspectivas ou dimensões, as quais, em coerência com a visão de mundo que rejeita arranjos teóricos pré-concebidos, foca-se mais na forma pragmatista de agir, do que num conceito de si próprio. Em todo caso, em síntese didática, Thamy Pogrebinschi aponta três atitudes básicas do pragmatista, as quais são tidas como comuns à vasta literatura produzida sobre o tema. São elas: (i) o antifundacionalismo; (ii) o contextualismo; e (iii) o consequencialismo (POGREBINSCHI, Thamy. *Pragmatismo : teoria social e política*: Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005, p. 16). Para outras referências: v. MENAND, Louis (org.). *Pragmatism: a reader*. New York: Vintage Books, 1997. Em língua portuguesa na literatura jurídica, v.: MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito Constitucional Econômico*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2014, pp. 27-122; e KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. *Direitos humanos, direito constitucional e neopragmatismo*. São Paulo: Almedina, 2011, pp. 83-113.

⁷ Numa comparação com a linguagem, John Dewey explica que *“nós entendemos o significado daquilo que é dito na nossa própria língua não porque a apreciação do contexto é desnecessária, mas porque o contexto é inescapavelmente presente.”* Com efeito, é o *“contexto que forma o significado daquilo que falamos e*



**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA – PG-17**

Ora, o que se percebe é que a realidade na qual se encontra o gestor do Estado do Rio de Janeiro é de fragilidade fiscal, com grande deterioração das contas públicas e orçamento altamente vinculado. E foi esse o cenário considerado tanto pelo Poder Executivo quanto pelo Ministério Público quando delinearum um planejamento administrativo, orçamentário e financeiro, e inseriram no TAC a previsão de um parcelamento que considera todo o passivo referente ao art. 212 da Constituição, desde 2016, inclusive o período de 2020 e 2021⁸.

O objetivo almejado com a construção da minuta do TAC é zelar pela justa e eficiente aplicação dos recursos públicos no ensino, sem prejuízo de se garantir o respeito a outras finalidades orçamentárias. Em um cenário de fragilidade fiscal e de comprometimento das verbas públicas, o âmbito de incidência do art. 119 do ADCT deve ser apreciado considerando os elementos que possam levar a uma solução mais eficiente e sistemática. O cumprimento, a qualquer custo, da determinação pode ser indesejável à implementação de outras finalidades constitucionais igualmente relevantes (como saúde e segurança pública). Mais ainda quando se sabe que será inviável o cumprimento da determinação constante do parágrafo único do referido dispositivo.

De outro ângulo, mas ainda considerando o *princípio da realidade*, pode-se sustentar que, a partir do cenário das finanças estaduais, é razoável tomar como desde já descumprida a obrigação futura trazida pelo artigo 119 do ADCT. A complementação na

ouvimos” (DEWEY, John. “Context and thought”, in *John Dewey – Later works: 1925-1953*, Carbondale: Southern Illinois University Press, 2008, p. 4).

⁸ De acordo com a própria Subsecretaria de Política Fiscal da SEFAZ (SEI nº 44675243): “Os compromissos abarcados na minuta do TAC estão relacionados às medidas consideradas pelo Estado para a concretização do atendimento da ordem judicial e abrangem um planejamento administrativo, orçamentário e financeiro que inclui a previsão de uma sistemática de transferências de recursos, de forma a evitar que a correção do déficit de despesas atinentes a MDE de exercícios anteriores afete as aplicações dos próximos anos, atendendo ao objeto da Ação Civil Pública nº 0054872- 30.2018.8.19.0001, em curso na 4ª Vara de Fazenda Pública do Estado, além de mitigar os riscos de declarações supervenientes de descumprimento da aplicação em MDE com a ampliação da cobertura dos exercícios para o período de 2016 a 2021”.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCURADORIA ADMINISTRATIVA – PG-17

aplicação de MDE, até o exercício financeiro de 2023, da diferença a menor entre o valor aplicado e o valor mínimo exigível constitucionalmente para os exercícios de 2020 e 2021 não será cumprida e, portanto, já pode de antemão ser objeto de negociação no TAC. É como se já existisse um descumprimento que autoriza a transação sobre a ilicitude.

Em outras palavras: se o descumprimento de obrigação futura é certo (conforme os órgãos técnicos), é como se o estado de coisas de ilicitude futuro se antecipasse. Imagine, por exemplo, um sujeito desempregado que sabe que não irá pagar o aluguel no mês seguinte e já quer negociar; ou, ainda, alguém que dirige um carro em alta velocidade e sabe que não irá conseguir frear em um sinal mais à frente. Esses são cenários de potencial – ou, pode-se dizer, inevitável – ilicitude, que autorizam a celebração prévia de acordos (quando possíveis). Antecipar a negociação, em tais casos, será mais condizente com o interesse público do que esperar a ocorrência ilicitude. Com a transação, já se antecipam os problemas e garante-se a melhor solução.

É essa a lógica que permeia a possibilidade de previsão no TAC de um parcelamento que considera todo o passivo referente ao art. 212 da Constituição, desde 2016, inclusive o período de 2020 e 2021.

III.2. Consensualidade ampliada.

A viabilidade jurídica de celebração de TAC nos termos apresentados é corroborada por uma percepção contemporânea do direito administrativo segundo a qual o interesse público pode ser mais bem alcançado pela **consensualidade**. A própria realidade – diante da qual o Poder Público não é capaz de lidar com todas as suas tarefas e desafios – torna a celebração de acordos medida altamente indicada.

Nesse ponto, vale lembrar que a celebração de acordos pela Administração Pública envolve o debate sobre alguns dogmas do direito administrativo. Ainda hoje, o



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCURADORIA ADMINISTRATIVA – PG-17

pensamento tradicional rejeita a prática de atos de natureza consensual por parte do Estado, sob a premissa fundacional de que o interesse público por ele tutelado seria invariavelmente indisponível. O administrador público – em posição hierarquicamente superior – não poderia, nessa linha, transacionar tais interesses.

A literatura mais contemporânea, no entanto, ao lado da superação da noção de indisponibilidade e de supremacia do interesse público sobre o privado⁹, confere maiores possibilidades à capacidade negocial pública. Muitas vezes, é por meio do consenso e de flexibilização de posições que o melhor interesse público será atingido.

Privilegia-se, assim, uma lógica de consensualidade nas relações públicas, justificada e amparada por uma série de razões. A *primeira* delas está na constatação de que soluções consensuais podem representar maior celeridade e menores custos às partes. Diminuem-se custos em demandas prolongadas perante o Poder Judiciário – que nem sempre solucionarão o problema –, ao mesmo tempo em que se criam mecanismos de engajamento para que o Poder Público cumpra aquilo a que se comprometeu. A *segunda* é permitir que os conflitos não sejam solucionados de forma impositiva, mas sim superados e pacificados em sua essência, assegurando maior estabilidade e segurança jurídica às partes nas relações administrativas. Por fim, a *terceira* reside na maior

⁹ ÁVILA, Humberto. “Repensando o ‘Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular’”. In: *Revista Trimestral de Direito Público*, nº 24. São Paulo: Malheiros, 1998; SCHIER, Paulo Ricardo. “Ensaio sobre a Supremacia do Interesse Público sobre o Privado e o Regime Jurídico dos Direitos Fundamentais”. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006; ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 82-84; SARMENTO, Daniel. “Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade”. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 131-168; MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 195-194; JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*, 2005, p. 45/46; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, *Novos Paradigmas do Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 30; SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 124-144; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. “A Bipolaridade do Direito Administrativo e sua Superação”. In: Carlos Ari Sundfeld; Guilherme Jardim Jurksaitis (org.). *Contratos Públicos e Direito Administrativo*, Malheiros Editores, São Paulo, 2015, p. 353-415. BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. 2ª ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 180-185.



**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA – PG-17**

contribuição à transparência das atividades administrativas, já que o seu escopo e as suas condições tendem a ser formalizadas por meio de instrumentos contratuais devidamente publicizados. A fiscalização por parte de órgãos de controle e pela própria sociedade é favorecida¹⁰.

A atuação consensual, assim, não representa, *per se*, uma subversão do interesse público. Muito ao contrário: a consensualidade pode ser – e muitas vezes é – o meio mais adequado para atingi-lo. Afinal, não existe uma noção estática de interesse público. O que há, em cada caso, é um plexo de interesses legítimos, públicos e privados, que devem ser devidamente ponderados diante das circunstâncias concretas, pelo agente tomador da decisão¹¹. E o fim a ser buscado pela Estado é justamente o melhor resultado para a Administração Pública, decorrente da acomodação dos interesses em jogo.

Nessa linha, nas últimas duas décadas, em âmbito normativo, foram editadas leis relevantes que conferiram à Administração Pública a prerrogativa de firmar acordos com o objetivo de encerrar litígios administrativos ou judiciais com particulares. Veja-se, *e.g.*: (i) os acordos de leniência previstos nos artigos 16 e 17 da Lei nº 12.846/2013 (denominada “Lei anticorrupção”)¹²; (ii) a previsão de criação de câmaras de mediação e conciliação por parte da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, com competência para dirimir conflitos ocorridos no âmbito administrativo, conforme artigo 174 do Código

¹⁰ De forma similar, v. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, para quem a preocupação com o consenso representa uma benéfica renovação para o Direito e para a Política. Isso porque, a adoção de mecanismos de composição (i) garante maior eficiência aos atos da Administração Pública, (ii) proporciona a conciliação de todos os interesses em jogo, (iii) propicia decisões mais sábias e concedentes, evitando ilicitudes e desvios morais, e, por fim, (iv) torna as decisões e comandos estatais mais estáveis e facilmente obedecidos pelos administrados. (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Novas Tendências da Democracia: Consenso e Direito Público na Virada do Século – O Caso Brasileiro*. In: *Revista Brasileira de Direito Público*, vol. 3. Belo Horizonte: Fórum, 2001, p. 36).

¹¹ V. BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 65.

¹² O caput do art. 16 da Lei estabelece que “a autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte: I - a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e II - a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração. (...)”



**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA – PG-17**

de Processo Civil¹³; (iii) a possibilidade de celebração de termos de ajustamento de conduta, com previsão expressa na Lei nº 13.140/2015; e (iv) a admissão de celebração de acordo de não persecução cível em ações de improbidade administrativa, segundo o art. 6º da Lei nº 8.429/1992, alterado pela Lei nº 13.964/2019.

É nesse ambiente de redução de conflitos que o Tribunal de Contas da União já reconheceu a relevância da celebração de TAC. Em 2017, ao analisar um TAC celebrado pela Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL com empresa do setor regulado, a Corte de Contas lavrou o Acórdão nº 2.121/2017, por meio do qual entendeu que a atuação consensual da autarquia especial era legítima, pressupondo que o TAC seria um pacto de livre vontade inspirado por estímulos e incentivos, resultante de uma análise de custo-benefício tanto do setor público, quanto do setor privado.¹⁴

O tema ganha destaque no direito positivo fluminense. No âmbito do Estado do Rio de Janeiro, tem-se a importante previsão do princípio da consensualidade como vetor de atuação estatal. Segundo o art. 46 da Lei de Processo Administrativo Estadual (Lei Estadual nº 5.427/2009), a Administração Pública estadual poderá, no exercício de sua função decisória, *“firmar acordos com os interessados, a fim de estabelecer o conteúdo discricionário do ato terminativo do processo, salvo impedimento legal ou decorrente da natureza e das circunstâncias da relação jurídica envolvida, observados os princípios previstos no art. 2º desta Lei, desde que a opção pela solução consensual, devidamente motivada, seja compatível com o interesse público”*.

¹³ “Art. 174. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como: I - dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública; II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública; III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.”

¹⁴ TCU, Acórdão nº 2.121/2017, Re. Min. Bruno Dantas, Plenário, j. em 27/09/2017. Sobre o referido acórdão, v., também, GUERRA, Sérgio. “Acordos Regulatórios – Caso ‘TAC ANATEL’: Acórdão nº 2.121/2017 – TCU”. In: MARUQUES NETO, Floriano de Azevedo; MOREIRA, Egon Bockmann; GUERRA, Sérgio. Dinâmica da regulação. Estudo de casos da jurisprudência brasileira: a convivência dos tribunais e órgãos de controle com agências reguladoras, autoridade da concorrência e livre iniciativa. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 87/101.



**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA – PG-17**

Daí que hoje se admite e, mais que isso, se incentiva a celebração de mecanismos consensuais para solução de conflitos. Algo, aliás, robustecido, em 2018, com as inovações feitas à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942 – LINDB), por intermédio da Lei nº 13.655/2018. O novo art. 26 da LINDB estabelece que *“para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial”*. Trata-se de verdadeira cláusula geral da consensualidade administrativa. Um *consenso ampliado* que vai além de solucionar conflitos, mas afastar cenários de dúvidas.

Realmente, um dos diferenciais do art. 26 da LINDB é o reconhecimento de que a celebração de acordos pode servir justamente para eliminar situações de incerteza e de insegurança jurídica. Em outros termos, a consensualidade apresenta-se como uma possível via eficiente e legítima para atender ao próprio interesse público de que não haja, no futuro, litigiosidade. Para usar linguagem metafórica, soluciona-se a dúvida por meio de acordo como espécie de vacina; não como remédio para conflito futuro. Tal, justamente, como se coloca na hipótese em exame. O Estado não conseguirá cumprir seu dever, de modo que se mostra legítimo que já se negocie.

Observe-se, ademais, que a possibilidade de negociação é ratificada pela própria EC nº 119/2022. A EC cria regime diferenciado e explicita que, em circunstâncias extraordinárias, é possível diferir o atendimento do índice do art. 212 da Constituição. Logo, como destacado pelo Procurador Ciro Grynberg (Despacho SEI nº 44675434), *“a EC nº 119/2022, em vez de vedar, se apresenta como reforço de fundamentação para autorizar transação sobre a forma de regularização de déficits de aplicação financeira*



**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA – PG-17**

do índice constitucional da educação”. Em outros termos, “se é possível transacionar sobre a forma de recomposição referente a outros exercícios que o constituinte sequer diferiu a obrigação constitucional, não há razão para se afastar a transação sobre o prazo para a recomposição nas hipóteses em que o constituinte expressamente autorizou o diferimento”.

A interpretação do termo de ajustamento de conduta objeto desta Consulta, portanto, não deve ignorar a percepção ampliada de consensualidade que rege as relações com o Poder Público: há alargada possibilidade de negociação entre as partes na definição do objeto do TAC, isto é, do conteúdo do acordo. Algo que afastará incertezas e permitirá que situação ilegítima futura já seja solucionada.

Dois registros finais. *Primeiro:* a possibilidade de o Estado do Rio de Janeiro transacionar sobre as obrigações relativas à manutenção e desenvolvimento do ensino não afasta eventual apuração de responsabilidade daqueles que tenham dado causa ao descumprimento dos deveres do art. 212 da Constituição (e, agora, da EC nº 119/2022), respeitado o devido processo legal. Nesse sentido dispõe a cláusula 5.8. da minuta de TAC (SEI nº 44674958), segundo a qual “*celebração do TAC não exclui a fiscalização de legalidade, legitimidade e economicidade, a cargo do TCE-RJ, incidente sobre aplicação dos recursos nele referidos, e nem a responsabilização dos gestores aos quais seja imputada a má utilização*”.

Segundo: o modelo de vinculação orçamentária é passível de crítica e sua implementação enseja cautela. Não que o constituinte não possa adotar políticas de vinculação. Mas é fato essa modelagem causa problemas a gestores eleitos pelo voto popular que têm limitadas possibilidades de interferir no orçamento público, amarrado por uma série de pré-definições constitucionais. Daí a dificuldade democrática, muito



**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA – PG-17**

bem notada por Ricardo Lobo Torres, para quem a: “*principal crítica às vinculações constitucionais é que engessam o orçamento, retirando da Administração e do próprio Legislativo a competência discricionária para as escolhas acerca dos investimentos e das políticas sociais. Constituem instrumento pouco democrático porque transformam em regras superiores as escolhas dos partidos, que deveriam ficar ao sabor das manifestações da cidadania nas eleições periódicas*”¹⁵. Isto é: a vinculação orçamentária pode até ser exigida. Mas a cobrança cega, a ferro e fogo, sobre seu cumprimento não é condizente com a lógica democrática – o que ratifica a ideia de que soluções compromissórias podem ser bem-vindas.

IV. Conclusão.

Em razão do exposto, fixadas as balizas jurídicas relativamente à consulta formulada, e, ainda, considerados os elementos técnicos e econômicos encaminhados a mim, é possível responder de forma objetiva às perguntas formuladas, replicadas abaixo para facilitar a leitura:

(i) É possível transigir, no bojo de TAC, sobre o cumprimento futuro de nova regra constitucional (uma regra que ainda não fora violada)?

Sim. O gestor público, a partir da sua realidade concreta – diante da qual nem sempre é capaz de lidar com todas as suas tarefas e desafios (art. 22 da LINDB) –, e de uma percepção contemporânea de consensualidade – segundo a qual a celebração de acordos pode ser medida que melhor atende ao interesse público, inclusive para afastar incertezas jurídicas (art. 26 da LINDB) – pode transigir sobre cumprimento futuro de regra que ainda não foi violada, mas que certamente será descumprida. Antecipar a

¹⁵ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*, vol. V, 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 338



**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA – PG-17**

negociação, nesses casos, poderá ser mais condizente com o interesse público do que esperar a ocorrência da inevitável ilicitude.

(ii). O TAC em negociação pode, mesmo em face da EC nº 119/2022, manter o modelo de parcelamento inicial, que considera todo o passivo referente ao art. 212 da Constituição, desde 2016, inclusive o período de 2020 e 2021?

Sim. Há, no âmbito estadual, conforme informado a esse parecerista, o reconhecimento de uma situação de calamidade financeira, de modo que não será possível, no ano de 2023, cumprir a regra do art. 119 do ADCT, trazida pela EC nº 119/2022. Possibilitar que o TAC mantenha o modelo de parcelamento inicial, relativo ao passivo decorrente do art. 212 da Constituição, desde 2016, inclusive o período de 2020 e 2021, é medida mais consentânea: (a) à realidade fiscal do Estado; (b) ao próprio objetivo almejado pelo art. 119 do ADCT (zelar pela justa e eficiente aplicação dos recursos públicos no ensino); e (c) à percepção de que o interesse público, inclusive de garantia de mais investimentos em educação e outras finalidades igualmente relevantes (como saúde e segurança pública), será mais bem realizado, no caso concreto, por meio de solução consensual.

Rio de Janeiro, 18 de janeiro de 2023.

ANDRÉ RODRIGUES CYRINO

PROCURADOR-ASSISTENTE DA PROCURADORIA ADMINISTRATIVA



Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro

Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro

Gabinete do Procurador Geral

Visto. Aprovo o bem lançado Parecer no 01/2023-ARCY, de autoria do i. Procurador-Assistente da Procuradoria Administrativa ANDRÉ RODRIGUES CYRINO, que examinou de minuta de Termo de Ajustamento de Gestão – TAG (SEI no 11346389), elaborada a partir de minuta de Termo de Ajustamento de Conduta – TAC (SEI no 11346887), relacionada ao objeto da Ação Civil Pública no 0054872-30.2018.8.19.0001, em curso na 4ª Vara de Fazenda Pública do Estado.

Registre-se que a pano de fundo do instrumento em análise envolve solução jurídica para a inobservância pelo Estado do Rio de Janeiro, desde o exercício fiscal de 2016, da aplicação do mínimo constitucional para a educação fixado no art. 212 da Constituição da República, observado o regramento introduzido pela Emenda Constitucional no 119/2022, que adicionou o art. 119 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, de modo a disciplinar o emprego de tais recursos nos anos de 2020 e 2021, período em que o sistema de educação brasileiro permaneceu praticamente inativo em face da pandemia do Covid-19.

Não há o que acrescentar aos precisos e profundos fundamentos desenvolvidos ao longo do Parecer no 01/2023-ARCY, que bem enfrentou (i) os complexos contornos da realidade financeira estadual, conforme descrita em notas técnicas apresentadas ao longo do processo administrativo, considerando o inevitável descumprimento futuro do art. 119 do ADCT, trazido pela EC no 119/2022 e; (ii) a viabilidade jurídica do TAC à luz do princípio da realidade e da lógica ampliada de consensualidade que rege as relações com o Poder Público, observados os arts. 22 e 26 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB, sempre a partir de premissas essenciais para a compreensão do direito administrativo contemporâneo.

É assim que endosso as conclusões finais do Parecer no 01/2023-ARCY, construídas a partir de questionamentos que bem sintetizam os elementos centrais da consulta:

(i) É possível transigir, no bojo de TAC, sobre o cumprimento futuro de nova regra constitucional (uma regra que ainda não fora violada)?

Sim. O gestor público, a partir da sua realidade concreta – diante da qual nem sempre é capaz de lidar com todas as suas tarefas e desafios (art. 22 da LINDB) –, e de uma percepção contemporânea de consensualidade – segundo a qual a celebração de acordos pode ser medida que melhor atende ao interesse público, inclusive para afastar incertezas jurídicas (art. 26 da LINDB) – pode transigir sobre cumprimento futuro de regra que ainda não foi violada, mas que certamente será descumprida. Antecipar a negociação, nesses casos, poderá ser mais condizente com o interesse público do que esperar a ocorrência da inevitável ilicitude.

(ii). O TAC em negociação pode, mesmo em face da EC no 119/2022, manter o modelo de parcelamento inicial, que considera todo o passivo referente ao art. 212 da Constituição, desde 2016, inclusive o período de 2020 e 2021?

Sim. Há, no âmbito estadual, conforme informado a esse parecerista, o reconhecimento de uma situação de calamidade financeira, de modo que não será possível, no ano de 2023, cumprir a regra do art. 119 do ADCT, trazida pela EC no 119/2022. Possibilitar que o TAC mantenha o modelo de parcelamento inicial, relativo ao passivo decorrente do art. 212 da Constituição, desde 2016, inclusive o período de 2020 e 2021, é medida mais consentânea: (a) à realidade fiscal do Estado; (b) ao próprio objetivo almejado pelo art. 119 do ADCT (zelar pela justa e eficiente aplicação dos recursos públicos no ensino); e (c) à percepção de que o interesse público, inclusive de garantia de mais investimentos em educação e outras finalidades igualmente relevantes (como saúde e segurança pública), será mais bem realizado, no caso concreto, por meio de solução consensual.

À PG-15 para ciência.

Ao CEJUR, com recomendação de publicação.

Após, à Secretaria de Estado de Educação, em prosseguimento.

Rio de Janeiro, 18 de janeiro de 2023

RAFAEL ROLIM DE MINTO
SUBPROCURADOR-GERAL DO ESTADO



Documento assinado eletronicamente por **Rodrigo Crelier Zambão da Silva, Procurador**, em 18/01/2023, às 20:15, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento nos art. 21º e 22º do [Decreto nº 46.730, de 9 de agosto de 2019](#).



Documento assinado eletronicamente por **Rafael Rolim de Minto, Procurador**, em 19/01/2023, às 15:00, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento nos art. 21º e 22º do [Decreto nº 46.730, de 9 de agosto de 2019](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site http://sei.fazenda.rj.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=6, informando o código verificador **45948877** e o código CRC **09EF425D**.