

Controle

Doutrina e Artigos

- **TRIBUTAÇÃO: INSUFICIENTE REFORMAR, NECESSÁRIO NOVO SISTEMA**
José Roberto R. Afonso / Kleber P. Castro
- **CASE DE SUCESSO: A IMPLANTAÇÃO DO SISTEMA DE ACOMPANHAMENTO DO CUMPRIMENTO DAS DECISÕES – ACD NO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO TOCANTINS**
Severiano José Costandrade de Aguiar / Leticia Milhomem Bonfim / Dagmar Albertina Gemelli
- **A FUNÇÃO JURISDICIONAL DOS TRIBUNAIS DE CONTAS**
Evandro Martins Guerra / Denise Mariano de Paula
- **AS RELAÇÕES FINANCEIRAS DE AUTARQUIAS, FUNDAÇÕES E EMPRESAS ESTATAIS COM A ADMINISTRAÇÃO DIRETA**
Flávio C. de Toledo Jr

REVISTA *Controle*
Doutina e Artigos
Volume X - Nº 2

Os artigos são de responsabilidade exclusiva dos autores,
não significando necessariamente a opinião do Tribunal de Contas
do Estado do Ceará e do Instituto Plácido Castelo.

Solicita-se permuta.	We ask for exchange.
Se pide canje.	On demande l'échange.
Man Bittet um Austausch.	Si richiede lo scambio.

NOTA: *É permitida a reprodução, desde que citada a fonte.
Os conceitos emitidos em trabalhos assinados são
de inteira responsabilidade de seus autores.*

Revista Controle.

Ano 1, n.1 (jun. 1998-). Fortaleza: Tribunal de
Contas do Estado do Ceará, 1998-

Periodicidade irregular (1998-2004)

Anual (2005-2008)

Semestral (2009-)

ISSN 1980-086X

1. Tribunal de Contas - Ceará - Periódicos. 2. Ceará.

Tribunal de Contas - Periódicos. I. Tribunal de Contas
do Estado do Ceará.

CDU 336.126.55(813.1)(05)

Ficha Catalográfica elaborada pela Biblioteca do Tribunal de
Contas do Estado do Ceará

ISSN 1980-086X

DISTRIBUIÇÃO GRATUITA

Tribunal de Contas do Estado do Ceará

Conselheiro Presidente

José Valdomiro Távora de Castro Júnior

Conselheiro Vice-Presidente

Pedro Augusto Timbó Camelo

Conselheiro Corregedor

Edilberto Carlos Pontes Lima

Conselheiros

Luís Alexandre A. Figueiredo de Paula Pessoa

Teodorico José de Menezes Neto

Soraia Thomaz Dias Victor

Rholden Botelho de Queiroz

Auditores

Itacir Todero

Paulo César de Souza

Ministério Público Especial junto ao TCE-CE

Procurador Geral

Gleydson Antônio Pinheiro Alexandre

Procurador

Eduardo de Sousa Lemos

Instituto Escola Superior de Contas e Gestão Pública

Ministro Plácido Castelo

Diretor-Presidente

Conselheiro Luís Alexandre A. Figueiredo de Paula Pessoa

Presidente do Conselho Consultivo Pedagógico e Editor da Revista Controle

Conselheiro Edilberto Carlos Pontes Lima

Diretor de Ensino, Pesquisa, Extensão e Pós Graduação

Francisco Otávio de Miranda Bezerra

Diretora Executiva

Maria Hilária de Sá Barreto

Coordenadora Técnica

Marcella Laura Leite Feitosa

Secretário Executivo

Paulo Alcântara Saraiva Leão

Consultora Técnica

Fabíola Pinheiro Donsouzis Cruz

Assessor da Diretoria

Pedro Henrique Alves Camelo

Chefe do Núcleo de Pesquisa e Extensão

João Adeodato Neto

Chefe de Núcleo de Atividades Pedagógicas

Raylena Pontes Cruz

Chefe do Núcleo de Biblioteca e Documentação

Márcia Bezerra Gadelha Lopes

Expediente

Conselho Editorial

Edilberto Carlos Pontes Lima (Editor)
Doutor em Economia, Conselheiro do TCE-CE

Alexandre Figueiredo

Membro nato, professor da Unifor, conselheiro do TCE-CE

Alexandre Cialdini

Mestre em Economia

Alcimir Aguiar Rocha Neto

Mestre em Direito e professor da Unifor

Amandino Nunes

Doutor em Direito, professor do Uniceub

Antonino Fontenele de Carvalho

Mestre em Gestão Pública e Modernização Pública, Advogado e professor da Unifor

Augusto Sherman

Mestre em Direito, Ministro do TCU

Bernardo Mueller

Pós-doutor em Economia, professor da Universidade de Brasília

Carlos Mauro Benevides Filho

Doutor em Economia, professor do CAEN/UFC

César Barreto

Professor da Uece, Secretário-Geral do TCE-CE

Fernando Luiz Ximenes Rocha

Mestre em Direito, Desembargador do Tribunal de Justiça do Ceará e professor da Universidade Federal do Ceará

Fernando Rezende

Mestre em Economia, Diretor da FGV

Filomeno Moraes

Doutor em Direito e livre-docente em Ciência Política, professor da Unifor

Francisco Otávio de Miranda Bezerra

Advogado, Mestre em Políticas Públicas e Diretor de Ensino do IPC/TCE-CE

Jair do Amaral Filho

Pós-doutor em Economia, professor do CAENUFC

Jorge Katsumi Niyama

Pós-Doutor em Contabilidade, professor de Contabilidade da UnB

José Oswaldo Cândido Júnior

Doutor em Economia, pesquisador do IPEA

José Roberto Afonso

Doutor em Economia, Economista do BNDES

Marcus Mello

Doutor em Ciência Política, professor da Universidade Federal de Pernambuco

Martônio Mont'Alverne Barreto Lima

Doutor em Direito, professor da Unifor

Raul Wagner dos Reis Velloso

Doutor em Economia, Consultor

Roberto Ellery

Doutor em Economia, professor da Universidade de Brasília

Valmir Pontes Filho

Mestre em Direito, professor da UFC

Jornalista responsável

Kelly de Castro - 46162MTb/DF

Colaboradores

Claudio Lino da Silva Rodrigues
J. Clécio Farias

Revisão Ortográfica

José Romaico de Carvalho

Tiragem

2.000 exemplares - Distribuição gratuita

Nota do Editor

No artigo que abre a revista, os economistas José Roberto Afonso e Kleber Castro trazem um instigante debate sobre o sistema tributário brasileiro, realizando um amplo diagnóstico de suas fragilidades, que envolvem regressividade, disfuncionalidades, elevados custos, apontando significativos impactos negativos sobre a economia. Diante de tal quadro e das tentativas fracassadas de reformas das últimas duas décadas, propõem a substituição completa por outro sistema tributário. Nesse intuito, eles sintetizam uma proposta de reformulação do sistema tributário nacional lançada por uma Comissão Especial do Senado Federal em 2010. Os autores alertam, reconhecendo as dificuldades do debate em torno do federalismo que marcam uma ampla reformulação do sistema tributário, que não se trata de uma proposta de emenda à Constituição, mas de uma estratégia para construir o novo sistema. Um dos principais objetivos da proposta é a sua radical simplificação, sendo a criação do IVA nacional um dos seus principais instrumentos.

Em seguida, o artigo de Severiano Costandrade, Letícia Bonfim e Dagmar Gemelli aborda uma questão de extrema importância para a atuação das Cortes de Contas: acompanhar o cumprimento das decisões, principalmente no tocante ao pagamento de multas e recomposição do erário. Tais decisões têm natureza de título executivo extrajudicial, não estando sujeitas, portanto, a processo de conhecimento, providência adotada diretamente pela Carta da República, a fim de conferir celeridade e efetividade às decisões. Nesse tocante, mostra um estudo de caso realizado no Tribunal de Contas de Tocantins, onde se implantou um sistema informatizado, a partir de experiências exitosas realizadas em outros Tribunais de Contas, com resultados muito satisfatórios e que pode, com as devidas adaptações, ser estendida para outras Cortes de Contas.

O artigo de Evandro Guerra e Denise de Paula debate um tema que ainda desperta controvérsia no mundo jurídico brasileiro. Trata-se da natureza jurídica

do julgamento de contas pelos Tribunais de Contas. Os autores defendem o caráter jurisdicional dessas decisões, discordando dos que as classificam como meramente administrativa, em face do monopólio do Poder Judiciário para julgar. Traçam, para tanto, um panorama sobre a evolução do Estado, a fim de criticar a visão tradicional de tripartição de poderes. Nessa linha, discordam das análises que classificam os tribunais de contas como órgãos auxiliares do Poder Legislativo, ressaltando a autonomia e independência em relação a todos os poderes. Evidenciam que a definitividade dos julgamentos das Cortes de Contas é tema pacífico na jurisprudência do STF e já o era sob a égide das constituições anteriores, constituindo, assim como o julgamento do Senado em crimes de responsabilidade de altas autoridades, exceção instituída pela própria Constituição ao monopólio jurisdicional do Poder Judiciário.

O trabalho de Flávio Toledo, por sua vez, trata de questão bastante relevante, que é a relação financeira de autarquias, fundações e empresas estatais com a administração direta. Para tanto, analisa a legislação que trata da matéria, particularmente a Lei de Responsabilidade Fiscal, a Lei nº 4.320 e o Decreto-Lei nº 200. Aborda ainda a atuação dos Tribunais de Contas sobre atos e limites financeiros individuais e consolidados, que abrangem todas as pessoas jurídicas de um mesmo nível de governo.

Há inúmeros outros artigos importantes, discutindo temas candentes para a administração pública, como o que trata dos bens dominicais, do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, da mutação constitucional, da transparência, do comparativo entre os sistemas de controle externo latino-americano e anglo-saxônico, das regras para transferências de recursos por meio de convênios, do Regime Diferenciado de Contratações, entre outros. Estou certo de que serão muito úteis e instigantes.

Conselheiro Edilberto Carlos Pontes Lima

Editor da Revista Controle

pontes.lima@uol.com.br

SUMÁRIO

Tributação: insuficiente reformar, necessário novo sistema José Roberto R. Afonso / Kleber P. Castro.....	12
Case de sucesso: a implantação do sistema de acompanhamento do cumprimento das decisões – acd no Tribunal de Contas do Estado do Tocantins Severiano José Costandrade de Aguiar / Letícia Milhomem Bonfim Dagmar Albertina Gemelli.....	33
A Função jurisdicional dos Tribunais de Contas Evandro Martins Guerra / Denise Mariano de Paula.....	58
As Relações Financeiras de Autarquias, Fundações e Empresas Estatais com a Administração direta Flavio C. de Toledo Jr.....	100
Cidadania, transparência, proteção do erário e os Tribunais de Contas George Brasil Paschoal Pítsica.....	115
Pesquisa de Clima Organizacional: a experiência do Tribunal de Contas do Estado do Ceará Dalva Stella Nascimento Loureiro / Regina Lúcia da Silva Braga.....	128
A Inconstitucionalidade da Lei N.º 15.292, de 08-01-2013, ante às novas regras de Transferência de Recursos por meio de Convênios e Instrumentos Congêneres do Estado do Ceará Antonio Paulo da Silva.....	150
Bens dominicais; um anacronismo na administração pública Wesley Corrêa Carvalho.....	166
Regime Diferenciado de Contratações: breves comentários à exceção que virou tendência Fernanda Karlla Rodrigues Celestino.....	180
Evolução das despesas municipais no Ceará: conjuntura e análise Luís Abel da Silva Filho / Fládia Valéria Dantas dos Santos / William Gledson e Silva.....	215
Sistemas de controle externo - abordagem sobre o sistemas anglo-saxão e latino-americano João Gustavo de Paiva Pessoa / José Alexandre Fonseca da Silva.....	237

O acesso dos servidores públicos à negociação coletiva como forma de efetivação do direito fundamental do contraditório no processo Legislativo	
Celso de Lima Freire.....	263
O fenômeno da modificação informal da Constituição: a mutação por interpretação Constitucional	
Anarda Pinheiro Araújo / Jéssyca Figueiredo Sampaio.....	280
Requisitos de aplicação do princípio da proteção da confiança	
Arthur Sombra Sales Campos.....	301
A Constituição federal de 1988 e o exercício das medidas afirmativas pelo poder público	
Francisco de Albuquerque Nogueira Júnior.....	326
O conhecimento contábil frente à ação dos órgãos de controle no Setor Público	
Augusto Alves de Oliveira Neto.....	345
O equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos: revisão, recomposição, reajuste e repactuação de preços – uma nova abordagem jurídica	
Diego Nogueira Kaur.....	361
A inclusão social das pessoas com deficiência como efeito da efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana: análise no plano normativo	
Aline Cristina Bezerra Leite Carvalho Lima.....	379
O exercício do poder de polícia no âmbito da atividade de fiscalização executada pelas agências reguladoras federais: breves notas sobre a fiscalização de polícia no âmbito Agência Nacional de Transportes Aquaviários	
Francisco Dias de Oliveira Júnior.....	398

Tributação: insuficiente reformar, necessário novo sistema

José Roberto R. Afonso¹
Kleber P. Castro²

Resumo: Um dos estrangulamentos da economia brasileira cada vez mais evidente e consensual é o sistema tributário. Complexo, arcaico, custoso, anticompetitivo e iníquo. Não faltam qualificações pejorativas a um sistema cuja virtude é basicamente arrecadar muito. São tantas distorções que não há nem mais como reformar o sistema tributário brasileiro: é preciso substituí-lo por outro sistema. Nas últimas décadas, já foram apresentados inúmeros projetos, com objetivos e formatos os mais diferentes entre si, porém, em comum, todos fracassaram. Esse trabalho tem por objetivo sintetizar uma proposta de reformulação do sistema tributário nacional lançada por uma comissão especial do Senado Federal em 2010.

Palavras-chaves: reforma tributária; sistema tributário; Brasil; ineficiência; proposta de reforma.

A agenda de reformas estruturais foi abandonada e negada pelo governo brasileiro, mesmo quando seria uma resposta natural para enfrentar a crise financeira global de 2007/2008. Isso seria coerente com o passado recente do País, que sempre enfrentou crises, ainda mais externas, aproveitando a oportunidade para promover mudanças institucionais mais expressivas, como foi o processo da desestatização até a responsabilidade fiscal do final do século passado. Antes, ainda se fazia uma cena de apresentar projetos que, depois,

¹ Economista especialista em Finanças Públicas. Doutor em Economia pelo IE/UNICAMP.
² Economista. Mestre em Economia pelo PPGE/UFF.

eram esquecidos no Congresso Nacional, e no pouco aprovado, a necessária regulamentação era esquecida. Nem isso tem mais sido feito porque reina uma ilusão de que basta um gerenciamento para que o país volte a se desenvolver. Porém, a desaceleração da economia em 2011/2012 deixou claro que limitações institucionais impedem um crescimento mais acelerado.

Um dos estrangulamentos da economia brasileira é cada vez mais evidente e consensual – o sistema tributário. É complexo, arcaico, custoso, anticompetitivo, iníquo. Não faltam qualificações pejorativas a um sistema cuja virtude é basicamente arrecadar muito, mais do que em qualquer outra economia emergente de porte. O que falta é reformar esse sistema. Nas últimas décadas, já foram apresentados inúmeros projetos, com objetivos e formatos os mais diferentes entre si, porém, em comum, todos fracassaram. Agora, o governo sequer tentou formular e apresentar um projeto abrangente, limitando-se a chamar de reforma fatiada um conjunto de medidas pontuais e ainda focadas no imposto estadual (ICMS), que mal gera um quinto da receita tributária nacional.

Ao mesmo tempo em que se trata de uma mudança das mais importantes para o desenvolvimento do País, a reforma tributária é inegavelmente uma das mais difíceis de serem promovidas. Por se tratar da transferência compulsória de recursos dos indivíduos para o poder público, a contestação do ímpeto tributário do governo acaba por ser um processo natural.

Não custa lembrar o conceito. De forma concisa, pode-se qualificar que reforma tributária é um conjunto de alterações nas disposições legais que regulam o tamanho e a estrutura dos impostos, taxas e contribuições vigentes em determinado país. Tais mudanças influem diretamente na vida da população, dos empresários e do setor público, independente da esfera de governo, uma vez que mexem com os recursos que são transferidos dos agentes econômicos para manter o sistema estatal e os serviços públicos, como educação, saúde, saneamento básico, segurança, justiça, entre outros. Dado que este é um processo que modifica a situação de todos, acaba por afetar o lado emocional dos envolvidos, o que o torna em um evento pouco pacífico, exigindo uma grande habilidade política para se chegar a um consenso.

Breve diagnóstico

No Brasil, o diagnóstico do sistema tributário aponta diversos defeitos que necessitam ser corrigidos ou amenizados. Se por um lado o desempenho da arrecadação é plenamente satisfatório – isto é, a carga tributária é alta e facilmente manipulável –, por outro lado a funcionalidade da tributação do país é insatisfatória, por trazer algumas distorções: a distribuição do ônus tributário é injusta; há excesso de incidência sobre exportações e investimentos; não há neutralidade no que refere à alocação de recursos, nos preços relativos e nas questões locacionais; o sistema exige um cipoal enorme de leis e atos com conseqüente custo elevado de compliance; e há um movimento crescente de centralização de recursos e competências. Com efeito, não faltam análises e diagnósticos sobre as diversas distorções do sistema tributário brasileiro.

A primeira grande distorção é a menos estudada e até falada sobre a tributação no Brasil: a falta de equidade. De acordo com a teoria econômica, um sistema tributário justo deve onerar progressivamente mais as famílias que possuem um maior nível de renda. Estudos recentes da USP e do IPEA mostraram que no Brasil ocorre justamente o contrário. A USP calculou que, em 2004, quase 49% da renda das famílias compreendidas no primeiro decil de renda (até 2 salários mínimos) estava comprometida com o pagamento de tributos. No último decil (acima de 30 salários mínimos), esse percentual fora estimado em pouco mais de 26%. A mesma estimativa foi atualizada por IPEA, que apresentou cargas de 53,9% para o primeiro decil e de 29% para o último no ano de 2008. Tais estudos comprovam não apenas o caráter regressivo da tributação no país, como a acentuação desse perfil ao longo da última década.

O debate da regressividade na carga tributária brasileira passa por dois pontos principais: o crescimento dos tributos indiretos, especialmente os das contribuições sociais e econômicas; e a forma e o potencial de tributação determinado pelos impostos incidentes sobre a renda e a riqueza.

Os tributos incidentes sobre a produção e o consumo no Brasil têm um peso muito grande e chegam a beirar a metade do total da carga tributária. Para se ter uma ideia, em 2011, os tributos sobre bens e serviços, comércio exterior e transações financeiras totalizaram R\$ 675 bilhões (16,3% do PIB), sendo o ICMS o principal imposto em arrecadação do Brasil. Pior ainda é

identificar uma crescente participação das contribuições no total arrecadado pelos tributos indiretos. PIS, Cofins e CIDE são as principais rubricas dentre as contribuições sociais e econômicas. Até 2007, a CPMF também ajudava a aumentar o peso das contribuições e sua regressividade.

A despeito do alto grau de eficiência dos tributos indiretos, por sua facilidade na arrecadação e pelo volume arrecadado, o fato é que eles, de uma forma geral, oneram igualmente todas as pessoas que adquirem determinado produto, seja ela rica ou pobre. Dessa forma, o valor cobrado pelo tributo sempre tem um peso maior no orçamento de uma família de menor classe de renda do que no orçamento de uma família de classe de renda elevada, mesmo que, em tese, um tributo do tipo IVA seja bom para economia do ponto de vista alocativo, observando-se estritamente a questão da justiça tributária do tributo sobre consumo, que apresenta sérias distorções.

Contribuem para a promoção da desigualdade fiscal e a desigualdade de renda os problemas de tributação sobre a renda e sobre a riqueza. No sistema tributário brasileiro, essas fontes de recursos têm graves distorções, desde a ineficiência dos impostos sobre o patrimônio ao baixo poder de focalização do imposto de renda sobre as pessoas físicas. No Brasil, em 2011, a arrecadação dessa base de incidência chegou a 1,23% do PIB, sendo o IPVA e o IPTU os principais agentes recolhedores nesse caso. A fragilidade da tributação patrimonial no Brasil é revelada apenas por um fator simples: desde 2005, o IPVA apresenta arrecadação superior ao IPTU, e essa diferença ainda vem aumentando. Esse fato é identificável também em algumas cidades grandes, como Curitiba e Belo Horizonte. Mesmo com o crescente aumento na frota de veículos no país, o fato de o IPVA arrecadar mais que o IPTU em 93% dos municípios demonstra a dificuldade na elaboração e manutenção de um cadastro de imóveis atualizado e condizente com a realidade de mercado. Mesmo com um esforço que pudesse promover a arrecadação patrimonial em 1% do PIB, quase dobrando-a, pouca coisa mudaria na distribuição da tributação entre classes diante de uma carga global de mais de 35% do PIB.

O imposto sobre a renda é um verdadeiro desafio para a Administração Pública brasileira. A despeito do crescente poderio da Receita Federal no que toca a fiscalização da renda do contribuinte, há atualmente uma clara

falta de focalização do imposto. Isto é, ele deixa de tributar quem deveria ser tributado e, para compensar tal perda, tributa mais pesadamente quem deveria ser menos tributado. Por uma brecha na legislação, diversos indivíduos recebem seus rendimentos como pessoas jurídicas e, não, pessoas físicas. Ou seja, vários trabalhadores deixaram de receber salários para receber lucros ou dividendos. De acordo com dados de RFB (2012), o número de declarações de proprietários de empresa chegou a quase 5 milhões, com uma arrecadação de R\$ 6,2 bilhões, enquanto as declarações de empregados de empresas do setor privado totalizaram 5,7 milhões, com uma arrecadação de R\$ 22 bilhões. Ou seja, enquanto os empresários recolheram, em média, R\$ 1.240,00 na declaração de ajuste de 2011, os trabalhadores recolheram R\$ 3.860,00 – mais que o triplo. Majorar alíquotas do IRPF pode trazer pouco resultado e alcançar apenas os trabalhadores com carteira assinada e funcionários públicos.

Isso é reflexo da distribuição do rendimento na população economicamente ativa, que teve mudança significativa desde a Constituição de 1988. Em 2006, apenas 45% do total da população economicamente ativa (97,5 milhões) eram contribuintes da Previdência Social. Além disso, 30% dos contribuintes da Previdência em 1988 recebiam mais de 10 salários mínimos, enquanto em 2004 esse percentual não chegou a 10%. Os integrantes da faixa “até 3 salários mínimos” chegaram, em 2009, a mais de 80% do universo de contribuições previdenciárias, ao passo que em 1988 esse contingente fora de 21%. Isso significa que o crescimento do mercado de trabalho no Brasil está englobando cada vez mais trabalhadores de baixa renda, reduzindo os de renda mais elevada. A consequência imediata disso é o aumento do ônus do IRPF sobre os trabalhadores. Com a defasagem de reajuste na tabela do IR, mais trabalhadores de baixa renda passam a ser captados como novos contribuintes. Outro problema se refere à contribuição previdenciária: a perda de trabalhadores assalariados e o adensamento dos contribuintes de baixa renda mudam o perfil de arrecadação do INSS, aumentando a participação de contribuições que não têm relação direta com os salários (ex: sub-rogação e Simples).

Com a terceirização de serviços avançada na economia moderna e muito na brasileira, não há como discutir a tributação da renda dissociada da

tributação de salários, assim como distinguir mercadorias de serviços para fins de tributação. A formulação das políticas tributária e social precisa considerar a composição recente disponível das famílias brasileiras.

Além da falta de equidade (ao que se deu mais espaço aqui pela pouca atenção que o tema normalmente desperta nos debates tributários do País), o sistema tributário brasileiro ainda prima pelos danos (aí mais conhecidos e bem estudados) que provoca à competitividade, eficiência econômica e alocação de recursos.

A cumulatividade tributária ainda é um problema a ser erradicado. As exportações e os investimentos produtivos ainda são taxados, indiretamente, porque os créditos dos insumos e dos bens de capital não são devolvidos depois que acumulados. Esse era um problema crônico do ICMS, mas cresceu de forma acelerada no âmbito dos tributos federais. Em agosto de 2011, a Receita Federal reconheceu que detinha um saldo de R\$ 25 bilhões em créditos acumulados em apenas três tributos, IPI mais PIS/COFINS (R\$ 19,2 bilhões). Estas contribuições até passaram a contar com um regime não cumulativo desde 2004³, mas ele é restrito basicamente às empresas que declaram IR pelo lucro real e se abandonou o inicial regime de crédito financeiro, de modo que créditos são acumulados, sobretudo, por exportadores e no agrobusiness. O prejuízo desse tipo de problema é imenso, reduzindo a competitividade do produto nacional internamente e externamente, incentivando a verticalização das empresas e onerando excessivamente os bens de capital, que tradicionalmente possuem cadeias produtivas mais longas (FIESP, 2002).

O excesso de ônus aos bens de capital e às exportações, bem como a questão da guerra fiscal, passam todos diretamente pelos problemas intrínsecos ao ICMS, o maior tributo do país. Além da carga tributária muito elevada, o ICMS sempre se apresenta como um dos principais problemas tributários apresentados pelos empresários. A lista de queixas não é pequena: incidência sobre bens de capital e crédito aproveitado em até dois anos; retardamento ou não devolução de créditos acumulados; aplicação de alíquotas muito elevadas em insumos estratégicos; mudança constante na regulamentação; e, talvez o pior de todos, uma intensa guerra fiscal.

³ Acerca dos impactos da reforma do PIS/Cofins na indústria brasileira ver Castro (2010).

No caso das exportações, dentre tantas pesquisas que já trataram do assunto, vale destacar a da FIESP (2009), a qual mostra que a acumulação de créditos tributários relativos à exportação na esfera do ICMS é apontada como “problema muito grave” por 44% das empresas e como “problema grave” por 20% delas. Para 73,1% das empresas exportadoras, os tributos afetam a competitividade externa dos produtos brasileiros. O tributo que mais afetava negativamente as exportações era a, agora extinta, CPMF; em segundo lugar, apontou-se o ICMS. Cerca de 20% das empresas exportadoras não conhecem os mecanismos de ressarcimento de tributos. No caso do ICMS, a maior dificuldade é para transferir créditos para terceiros. O acúmulo de créditos tributários afeta a decisão de exportar de 44,3% das empresas. No caso das empresas cujas exportações respondem por mais de 50% do faturamento, o percentual é de 54,6%. A principal consequência do acúmulo de créditos é a imposição de limites à participação das exportações no faturamento (CNI, 2008).

Acerca da guerra fiscal, não custa lembrar que o problema não está em um Estado conceder incentivos, mas o fazer a custa dos demais Estados: de uma ou outra forma (como ao arbitrar um suposto crédito tributário para cada saída interestadual, ou como ao conceder empréstimos sem juros e sem correção), é devolvida uma parcela do imposto que caberia ao estado de origem quando da venda para outro estado.

O ICMS se tornou, na prática, a antítese de uma tradicional estratégia nacional para um mundo cada vez mais globalizado e integrado. No âmbito externo, os estados passaram a não se interessar e até mesmo a evitar negócios voltados para a exportação, ao mesmo tempo em que se passou a se interessar cada vez mais por importações, por duas opções: alguns passaram a atraí-las a seus portos (ainda que a custa de abrir mão de boa parte de sua receita); outros, a arrecadar mais na entrada da mercadoria vinda do exterior (que geram débito no desembaraço aduaneiro e receita para o estado importador), no lugar de adquirir insumos no mercado doméstico (que geram créditos contra outros estados). Já no âmbito interno, os estados passaram a se fechar para insumos e a se abrir para vendas, concedendo incentivos à revelia do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ) e da lei complementar para quem vende

para os demais estados. Desse modo, não haveria porque estranhar que muitos estados tenham passado a conceder incentivos de forma defensiva, ou seja, visando a segurar algum empreendimento que estaria com oferta de outro estado. Nesse passo, todos os estados entraram na disputa, e a atração de um novo empreendimento produtivo para o País, ou mesmo para o Estado, deixou de ser o único motor da guerra fiscal, que passou a dar suporte para atrair distribuição e comercialização e, o pior dos casos, a importação.

Um último e talvez melhor retrato da falência do atual sistema tributário tem a ver com o custo para cumprir as obrigações tributárias – ou seja, quanto custa para pagar impostos. O Brasil é campeão mundial nesse quesito e com enorme vantagem em relação aos demais países, como mostra pesquisa do Banco Mundial⁴.

A proposta de novo sistema

São tantas distorções que não há nem mais como reformar o sistema tributário adotado no Brasil desde meados dos anos sessenta: é preciso substituí-lo por outro sistema. Essa tarefa vai além de uma reforma tributária. Em essência, esta é a ideia lançada por uma comissão especial do Senado Federal, reunida entre 2008/2012, sob o comando dos Senadores Tasso Jereissati e Francisco Dornelles. O resultado de tal comissão foi o livro “Proposta de Sistema Tributário” de 2010 (Afonso, 2010b), de edição do Senado Federal. A proposta que os Senadores apresentaram será aqui defendida de forma sumária. Desde já, chamando a atenção que até evitou apresentar um projeto de emenda constitucional, pois esta deveria ser a última etapa depois que se chegasse eventualmente a um consenso para mudar o sistema. A proposta do Senado, portanto, faz parte de uma estratégia para construir o novo sistema⁵.

Em uma federação de direito e de fato, a mudança constitucional no capítulo tributário que primeiro precisa ser enfrentada envolve a definição e

4 Na posição mais recente do levantamento patrocinado pelo Banco Mundial, denominado Doing Business 2012 (<http://bit.ly/RqPSfS>), o Brasil aparece no 150º lugar no ranking de pagamento de impostos, porque uma empresa padrão gasta no País 2.600 horas por ano para recolher os tributos, dos quais 1.374 horas são despendidas com o ICMS.

5 Para uma apresentação sintética da proposta mais focada no IVA, ver Dornelles e Afonso (2010).

a divisão federativa das competências tributárias. A proposta é radicalizar na simplificação do sistema: concentrar as competências de tributos que gravam a renda, os lucros, o comércio exterior e a folha salarial na União; as que incidem sobre o mercado doméstico de produtos e serviços, nos estados; e as relativas à propriedade imobiliária, nos municípios. O fato de um governo centralizar a cobrança e a fiscalização do imposto não significa que a receita lhe pertença integralmente⁶.

Diante da predominância da tributação indireta na carga tributária brasileira e do fato de que a maioria das distorções decorre do tamanho e da forma como são aplicados tais tributos, a análise da estratégia proposta pelo Senado será concentrada em seu imposto mais importante – a criação de único e amplo imposto sobre valor adicionado – o IVA Nacional. É sugerido assim ser chamado porque a sua legislação e a sua regulamentação terão caráter nacional. Esse imposto incidirá sobre a circulação de mercadorias e sobre a prestação de serviços. As demais receitas hoje alcançadas pela Cofins e pelo PIS e não sujeitas à incidência do IVA Nacional terão um tratamento tributário específico, podendo, inclusive, ser alcançadas pela incidência do imposto de renda⁷.

O IVA Nacional incorporará tanto o imposto estadual sobre circulação de mercadorias e serviços de transportes e comunicação (ICMS), como todo e qualquer tributo federal que hoje incide sobre o faturamento ou a receita das empresas, como é o caso do imposto sobre produtos industrializados (IPI); das duas contribuições sociais incidentes sobre o faturamento e receitas (Cofins e PIS); e das contribuições econômicas, como as incidentes sobre combustíveis (CIDE) e as destinadas ao Fundo de Universalização dos Serviços

⁶ As atuais experiências bem sucedidas na repartição de impostos entre estados e municípios – como no caso da quota-parte municipal do ICMS e do imposto sobre a propriedade de veículos automotores (IPVA) –, bem como das transferências vinculadas à educação – caso do Fundeb –, indicam que é possível repartir o produto da arrecadação já na rede bancária, de modo automático e no mais curto período de tempo possível, sem que a receita transite pelos cofres do governo responsável pela coleta do imposto.

⁷ Não custa reforçar que a referência às “demais receitas” contempla duas situações: primeiro, os contribuintes atuais da Cofins/PIS, que não devem ser do IVA Nacional, ou seja, as instituições financeiras, que, para não recolherem menos no novo sistema, poderão pagar um IRPJ maior, equivalente ao que hoje pagam de contribuições; segundo, as receitas financeiras das empresas em geral também estão sujeitas hoje ao Cofins/PIS e não serão alcançadas pelo IVA Nacional (mais uma vez, o IRPJ poderá substituir tal receita).

de Telecomunicações (FUST) e ao Fundo para o Desenvolvimento Tecnológico das Telecomunicações (FUNTEL), dentre outros. O novo imposto será um autêntico tributo sobre valor adicionado, nos moldes adotados na Europa há tempos e, agora, na imensa maioria dos países do mundo.

Como a Cofins e o PIS já alcançam hoje toda e qualquer prestação de serviços, por princípio, não será necessário extinguir o correspondente imposto municipal sobre serviços de qualquer natureza (ISS) para que o novo IVA Nacional alcance tal base⁸. Ou seja, os serviços já integrarão a base do novo IVA, ainda que o ISS municipal seja mantido - enquanto não se viabiliza a substituição por outra fonte de receita igualmente rentável para os municípios.

O IVA terá legislação e arrecadação nacional. O que será compartilhado entre a União e os estados é a receita do IVA, e não a competência para a sua criação (que será da União) ou para a sua cobrança (que será dos estados). Atingirá a mesma mercadoria ou o mesmo serviço, independentemente de onde seja produzido, importado ou prestado, sujeito às mesmas alíquotas, à mesma forma de apuração e, quando for o caso, aos mesmos incentivos – como no caso de isenções ou reduções para a cesta básica.

Competirá aos estados executar a sua cobrança – ou seja, lançar, fiscalizar e cobrar judicialmente. As autoridades fazendárias federais, por sua vez, exercerão um papel-chave na retaguarda desse processo: gerir o sistema nacional de informações fiscais, compreendendo desde o cadastro único de contribuintes até a exigência de notas fiscais eletrônicas em todas as transações. Essa opção reflete o fato de que as autoridades fazendárias estaduais possuem longa e ampla tradição na tributação do valor adicionado pelo método de imposto contra imposto (caso do ICMS), enquanto as federais só há poucos anos passaram a gerir um regime não cumulativo amplo e, ainda assim, apurado por outro método, de base contra base (no caso da Cofins e do PIS).

Competirá à União legislar sobre o imposto. Para tanto, tomará por base as normas gerais estabelecidas em capítulo específico do novo código tributário nacional. A regulamentação, as consultas e as interpretações terão

⁸ Do total arrecadado de Cofins recentemente, 24% provêm de atividades ou contribuintes submetidos à incidência do ISS e não sujeitos diretamente ao ICMS, dos quais, 8% são explicados apenas pelas instituições financeiras e seguros, e os outros 16% decorrentes da construção civil, de alojamento, educação e saúde, serviços de escritório, profissionais e serviços em geral.

caráter nacional.

O IVA Nacional, a exemplo do atual ICMS e diferentemente da Cofins/PIS, será apurado por operação de circulação de mercadoria e por prestação de serviço, compensando o imposto devido sobre as saídas com o imposto creditado sobre as entradas de cada contribuinte, com a novidade de que não discriminará entre os insumos e os demais bens ou produtos por ele adquiridos. Isso garante a desoneração completa e imediata dos bens de uso e consumo e, principalmente, dos bens de capital incorporados ao ativo permanente dos contribuintes. As exportações terão imunidade do IVA, e será reforçada a garantia de aproveitamento dos eventuais saldos credores acumulados, seja por ressarcimento, seja por transferência a outros credores.

Exportadores devem preferir o IVA Nacional ao ICMS, pelas seguintes razões: a base mais abrangente dará mais oportunidade para reduzir ou compensar contra vendas internas; a apuração poderá ser nacional, compensando créditos acumulados de um estabelecimento contra débitos devidos de outro estabelecimento da mesma empresa; e, o principal, com cadastro único, nota fiscal eletrônica e sistema nacional de informações, será possível autenticar automaticamente os créditos, o que facilitará a sua securitização e transferência para terceiros.

O novo IVA será exigido no ato da saída da mercadoria ou da prestação do serviço – ou seja, será cobrado integralmente no estado de origem⁹. A justificativa para a adoção desse princípio é o combate mais eficaz da sonegação. Isso sem contar que qualquer saída ou prestação será necessariamente realizada mediante a emissão de nota fiscal eletrônica.

As alíquotas do IVA Nacional serão seletivas em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços (princípio hoje adotado no ICMS e no IPI). O novo imposto não incidirá sobre ele próprio (ou seja, a alíquota será calculada “por fora”)¹⁰.

⁹ A única exceção diz respeito à faculdade para os estados criarem um adicional limitado, sobre o consumo final de até quatro mercadorias ou serviços, e exigido no destino.

¹⁰ Antecipa-se que a provável crítica de que, ao fundir muitos tributos no IVA, será necessário aplicar uma alíquota muito elevada, que pode ser contestada pelos seguintes argumentos. Primeiro, as alíquotas já são altas no sistema tributário vigente, mas desconhecidas dos contribuintes e dos legisladores. Daí a proposta anterior para implantar a transparência na nota fiscal já no atual sistema, de modo que seja explicitado o que já se paga, mas sem saber. Segundo, o IVA não terá uma só alíquota, como no caso atual da Cofins e do PIS. A proposta mantém o atual

Alíquotas serão fixadas em lei complementar. Para assegurar o equilíbrio federativo, competirá privativamente ao Senado Federal, por proposta do Presidente da República e aprovada por quórum qualificado, o enquadramento por alíquota das mercadorias e dos serviços.

A mercadoria ou o serviço será enquadrado em uma de até oito alíquotas ad valorem. Em particular, nota-se que a incorporação do IPI ao IVA Nacional exigirá que, em caráter excepcional, sejam aplicadas outras alíquotas ad valorem ou alíquotas específicas (ad rem), como no caso típico de fumo, bebidas, perfumaria e até mesmo veículos.

Como o IVA Nacional será cobrado integralmente na origem, sobre qualquer saída de mercadoria ou prestação de serviço, não mais existirão alíquotas interestaduais, como no atual ICMS.

Será vedado estabelecer alíquotas, isenções ou quaisquer benefícios ou mesmo regras diferenciadas por região ou localidade. Desse modo, o mesmo produto, fabricado em qualquer uma das 27 unidades federadas, ou se consumido em qualquer uma delas, deverá pagar o mesmo imposto, sujeito às mesmas regras, e recolhido na mesma data. Note-se que, como competirá à União legislar sobre o IVA Nacional, será extinto o atual Conselho de Secretários Estaduais de Fazenda (Confaz) do ICMS estadual.

O estado não poderá reduzir de qualquer forma o imposto exigido dos contribuintes nele estabelecidos nem conceder quaisquer benefícios fiscais e financeiros – inclusive, não poderá retardar prazos de recolhimento, conceder crédito presumido ou deixar de cobrar o imposto ou relaxar na execução de dívidas. A atual guerra fiscal é afastada pelo simples fato de que o estado não terá competência para legislar ou regulamentar o IVA Nacional. O estado poderá continuar fomentando o desenvolvimento regional, inclusive atraindo novos empreendimentos, porém, mediante a alocação de recursos oriundos de seu orçamento – isto é, à conta de sua receita própria, e não da dos outros estados, como atualmente ocorre.

princípio do ICMS de seletividade. Ou seja, com muitas faixas de alíquotas, é possível uma maior dosagem social em sua aplicação, de modo que atenua a regressividade natural do imposto. Terceiro, a calibragem das alíquotas do novo IVA não precisará “ser feita no escuro e por cima”, como da mudança do PIS e da Cofins para o regime não cumulativo, porque, antes, será explicitado o total de tributos atuais incidentes por mercadoria e por serviço, o que permitirá balizar adequadamente as novas alíquotas.

A competência para o julgamento de assuntos relativos ao IVA Nacional será da Justiça Estadual. Aliás, norma esta que contribuirá para desafogar sensivelmente a Justiça Federal, que hoje está abarrotada de processos contra o IPI, a Cofins e o PIS, dentre outros.

O produto da arrecadação de multas pertencerá ao estado que cobrar o IVA Nacional, e, nesse caso, não será aplicado o repasse para a União da sua quota e nem o rateio para outros estados da quota-parte estadual.

Em casos definidos em lei complementar (por exemplo, se houver indício de sonegação e relaxamento na cobrança pelo fisco estadual), a União poderá supletivamente promover a cobrança administrativa e a execução judicial do IVA Nacional, hipótese em que o produto da arrecadação das multas (de mora e de ofício) lhe pertencerá integralmente (isto é, sem aplicação da quota estadual)¹¹.

O produto da arrecadação do IVA Nacional será dividido em duas quotas: a da União e a dos estados¹². Os dois percentuais, o da quota federal e o da quota estadual, serão previamente fixados no próprio texto da Constituição. A receita será alocada a cada um desses governos automaticamente pela rede bancária, sem passar pelos cofres do tesouro estadual responsável pela cobrança – a exemplo da atual repartição (entre o governo estadual e os respectivos municípios) do IPVA e do Fundeb. O contribuinte preencherá uma única guia de recolhimento, não precisando discriminar quanto caberá a cada governo.

A quota federal será o percentual correspondente à participação da receita dos impostos e contribuições da União que serão incorporados ao IVA Nacional na receita deste. Já a quota estadual será o percentual da participação

11 A possibilidade de intervenção federal na fiscalização parece um detalhe, mas é crucial para evitar a possibilidade de autoridades ou administrações estaduais serem ineficientes ou negligentes na cobrança do IVA Nacional. Deve-se lembrar que o fisco federal terá acesso pleno a todas as movimentações realizadas pelos contribuintes, porque será o gestor do sistema integrado nacional, além de contar com o cadastro único e as notas eletrônicas, o que lhe permitirá cruzar automaticamente as transações entre contribuintes sediados em estados diferentes (o que é impossível no atual ICMS), validar créditos e, principalmente, verificar a compatibilidade da movimentação com o lucro apurado para fins do imposto de renda que cobra.

12 A título de exemplo, observe-se que, para o exercício de 2007, simulação muito preliminar indica que o IVA Nacional deveria ter arrecadado cerca de R\$ 350 bilhões (13,7% do PIB), dos quais, pelo princípio ora defendido, 54% seriam equivalentes à quota estadual, correspondente ao ICMS (R\$ 187 bilhões); e 46%, à quota federal, decorrente da absorção de IPI (R\$ 31 bilhões), Cofins (R\$ 93 bilhões, excluídos os bancos), PIS (R\$ 20 bilhões, excluídos os bancos e o Pasep), CIDE (R\$ 8 bilhões), salário-educação (R\$ 7 bilhões), e outras contribuições (R\$ 3 bilhões).

do ICMS na receita do IVA Nacional.

Da quota estadual, um percentual pequeno pertencerá ao estado de origem da arrecadação, em toda e qualquer operação ou prestação. O saldo remanescente será alocado entre todas as 27 unidades federadas, proporcionalmente ao índice de participação de cada uma no consumo nacional das mercadorias e serviços sujeitos ao imposto. O referido índice será periodicamente apurado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) e fixado pelo Tribunal de Contas da União (TCU).

Portanto, pela sistemática proposta de divisão federativa do IVA Nacional, o imposto será cobrado integralmente no local de origem da produção, importação ou comercialização da mercadoria ou, ainda, da prestação de serviço. A parcela estadual do IVA será partilhada, na maior parte, segundo o consumo final tributado de bens e serviços realizados em seu território e, na menor parte, segundo a origem da arrecadação.

Continuará pertencendo aos municípios 25% da receita que cada estado receber a título de quota-parte do IVA Nacional, sem que sejam alterados os critérios de rateio entre os governos municipais hoje aplicados à quota do ICMS.

A criação do IVA Nacional exigirá atenção para ao menos cinco aspectos específicos, abordados a seguir.

- Em primeiro lugar, para evitar o aumento da carga tributária no processo de nacionalização das alíquotas, que ocorreria caso as alíquotas elevadas do ICMS hoje existentes em alguns estados fossem tomadas em conta para a fixação do IVA Nacional, será facultado ao estado criar um adicional sobre o novo imposto. Este poderá ser exigido de até quatro mercadorias ou serviços sujeitos ao novo imposto, desde que destinados a consumo final (para dispensar a concessão de crédito na operação seguinte) e desde que seja sempre exigido no estado de destino da operação ou prestação¹³. A arrecadação do adicional também será repartida, em 25%, para os municípios do respectivo estado.

- Em segundo lugar, nos três primeiros anos de exigência do novo IVA Nacional, a quota-parte estadual será alocada entre os estados segundo a

¹³ O adicional estadual do IVA Estadual provavelmente incidirá sobre o consumo de combustíveis, como gasolina e álcool, e contas residenciais de energia elétrica e telefonia; nos outros casos, talvez sobre alguns bens de elevado valor, como veículos.

participação relativa de cada um no produto da arrecadação nacional do ICMS vigente¹⁴. Esse período também permitirá ao IBGE organizar a apuração por estado do consumo final tributado pelo novo imposto.

- Em terceiro lugar, será necessário adotar mecanismo pelo qual a União garanta aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios que não haverá perda de receita tributária em relação à situação anterior. É proposta a criação de um Fundo de Compensações, na forma de transferência da União em favor dos estados que tenham sofrido perdas financeiras depois da criação do novo sistema tributário. A origem dos recursos será a receita tributária federal, a mesma base dos fundos de participação¹⁵.

- Em quarto lugar, há o caso particular da Zona Franca de Manaus (ZFM). Será prevista uma redução da alíquota do novo IVA Nacional, que seja equivalente à alíquota vigente do IPI aplicada fora de Manaus, para uma lista de mercadorias com produção atualmente concentrada naquela zona franca. Na prática, será mantido o mesmo incentivo fiscal hoje existente, sem prejuízo da incorporação de impostos e contribuições ao IVA Nacional¹⁶.

- Em quinto lugar, é importante alertar que serão mantidos os programas e os recursos hoje alocados a partir das contribuições que vierem a ser incorporadas ao IVA Nacional, tanto na área social (exemplos da seguridade social, do ensino básico e do seguro-desemprego e abono salarial), quanto na área econômica (exemplos dos investimentos em transportes, em comunicações e no desenvolvimento tecnológico). Será exigida a destinação, pela União, de parcelas do produto da arrecadação tributária da União para as mesmas ações e serviços específicos atendidos pelas atuais contribuições. Tais porcentagens serão fixadas de modo que resultem em montantes equivalentes aos das receitas

¹⁴ Por esse princípio, o rateio do IVA seria mantido, inicialmente, igual ao do ICMS, o que significa, por exemplo, que, em 2006/2007, São Paulo detinha 33,7% da receita nacional do imposto, abaixo dos 35% no PIB nacional, mas acima dos 21,6% de seu peso relativo na população brasileira; ou, ainda, no caso do Rio de Janeiro, 8,4% do ICMS do país, porcentagem idêntica à da população, mas abaixo dos 11,4% que detinha no PIB.

¹⁵ Não custa mencionar que é adotada medida prevista no projeto de reforma do Executivo federal, mas são alterados o seu objetivo (de equalização para compensação) e a fonte dos recursos (sem extinguir os repasses de 10% do IPI e da Lei Kandir, mas criando-se nova repartição da receita federal).

¹⁶ Para a Zona Franca, o fundamental é que a alíquota aplicada fora de Manaus seja superior à exigida naquela região. Isso pode ser feito diferenciando-se excepcionalmente a alíquota do IVA Nacional ou concedendo-se um crédito presumido, mas sempre para uma lista limitada de mercadorias, e correspondente apenas ao que incidiria de IPI.

das contribuições a serem extintas.

Enfim, a proposta é criar um único e amplo imposto nacional sobre valor adicionado, o IVA Nacional. Será cobrado pelos estados, recolhido integralmente na origem e com arrecadação nacional, pertencente à União e aos estados e ao Distrito Federal. A quota federal será uma porcentagem equivalente à participação dos impostos e contribuições da União na receita do IVA Nacional. A quota estadual será a participação do ICMS nessa mesma receita. A arrecadação será alocada diretamente à União e aos estados pela rede bancária, sem transitar pelos cofres do Estado em que for arrecadada. No caso da quota estadual, uma pequena parte pertencerá ao estado de origem e a maior parcela será alocada a todos os estados, segundo índices de participação no consumo final das mercadorias e serviços sujeitos ao imposto, apurados periodicamente pelo IBGE. Nos três primeiros anos de cobrança do novo imposto, a alocação da quota estadual será igual à da atual arrecadação do ICMS.

A transição

Enquanto não se aprova uma emenda constitucional que crie um novo sistema tributário e independentemente até mesmo de sua proposição, é possível promover muitas alterações na legislação infraconstitucional que atendam aos mesmos princípios pregados para um novo sistema tributário.

É emblemático o caso de projeto de lei aprovado pelo Senado em 2009, que segue parado na última etapa de apreciação pela Câmara dos Deputados. O projeto de lei ordinária nº 411/2009 busca aperfeiçoar a técnica da não cumulatividade dos tributos federais incidentes sobre bens e serviços, quais sejam, o Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI)¹⁷, a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) e a Contribuição para os

17 Com esse propósito, o art. 1º do projeto de lei altera a redação do art. 25 da Lei nº 4.502, de 30/11/1964, para estabelecer duas relevantes modificações na sistemática de não cumulatividade do IPI: institui o chamado crédito financeiro e enuncia que a isenção, a não incidência e a alíquota zero não acarretarão a anulação do crédito relativo às operações anteriores. Já o art. 2º do mesmo projeto altera o art. 11 da Lei nº 9.779, de 19/01/1999, para excluir do seu texto as restrições ao aproveitamento do crédito do IPI, o qual, atualmente, aplica-se apenas em relação à aquisição de matéria-prima, produto intermediário e material de embalagem utilizado na industrialização, o chamado crédito físico.

Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público (PIS/Pasep)¹⁸. Na prática, estende o crédito do IPI nas operações que envolvam bens de capital e bens de uso e consumo. No caso do PIS e da Cofins, a extensão alcança os bens de uso e consumo. Em resumo, visa a adotar o regime de crédito financeiro no IPI e na Cofins/PIS, dando um passo decisivo para transformá-los em um autêntico tributo sobre valor adicionado.

Diante da premência em se reduzir o chamado “Custo Brasil”, é dada ênfase aos efeitos sobre as exportações. Chama-se a atenção, porém, para o fato de que o projeto beneficia as empresas em geral, que poderão recuperar os tributos que incidem não apenas sobre insumos, como já ocorre hoje, mas também sobre compras para uso e consumo próprio (como material de escritório, por exemplo), e aquelas que investem, que hoje demoram a aproveitar o tributo ainda cobrado de máquinas e obras que adquirem para implantação ou expansão.

O problema é que os dispositivos constitucionais em vigor colocados na prática acabam por não garantir a imunidade plena e integral das exportações, ao contrário do recomendado pela teoria e da prática mundialmente adotada. A Constituição Federal já determina que não incidam IPI nem contribuições sobre as vendas para o exterior, além do ICMS estadual. Porém, tais tributos federais incidem sobre insumos, outros bens e serviços que são utilizados pelos exportadores para fabricação e venda para o mercado externo. Eles podem ser usados para abater o tributo devido nas vendas para o mercado interno, mas isso nem sempre é suficiente para os que muito exportam, e eles acabam acumulando saldos contra o Fisco, que muitas vezes dificulta ou nada devolve ao exportador. Assim, indiretamente, as exportações acabam sendo tributadas

18 O art. 3º do projeto altera os arts. 3º e 5º da Lei nº 10.637, de 30/12/2002, que trata do PIS/Pasep não cumulativa, para ampliar as hipóteses de creditamento do tributo. Assim, passam a gerar créditos todos os bens e serviços utilizados na prestação de serviços e na produção ou fabricação de bens ou produtos destinados à venda, e não apenas os insumos. Há expressa previsão de que bens de uso e consumo necessários à atividade da pessoa jurídica passarão a gerar crédito tributário. Para as pessoas jurídicas exportadoras, também são incluídos os débitos relativos à contribuição previdenciária patronal entre aqueles que podem ser compensados com os créditos dessa contribuição, além de haver previsão de que esses créditos, caso não utilizados no prazo fixado, poderão ser transferidos para pessoas jurídicas controladoras, controladas e coligadas ou, na falta destas, a terceiros. Os arts. 3º e 6º da Lei nº 10.833, de 29/12/ 2003, que dispõe sobre a Cofins não cumulativa, são alterados pelo art. 4º da proposição de maneira análoga àquela realizada pelo art. 3º relativamente à contribuição para o PIS.

– já foi noticiado que se estima em cerca de R\$ 20 bilhões o total de créditos acumulados pelos exportadores.

Além de iniciar o processo de mudanças tributárias em etapas, como já mencionado no início deste texto, a proposta foi assumidamente inspirada pela justa e correta reclamação do empresariado brasileiro, que, em audiências públicas no Senado, reclamou que a forma atual de tributação subtrai competitividade da produção nacional. Em pesquisa recente da FIESP, junto aos exportadores brasileiros¹⁹, foi classificado como “problema muito grave” o acúmulo de IPI/Cofins/PIS por 29% dos exportadores (o que será solucionado pelo presente projeto), e de ICMS estadual, apontado por 44% deles (o que demandará outro projeto, aí de lei complementar).

Para corrigir essas anomalias, é necessário, antes de tudo, aperfeiçoar a técnica da não cumulatividade – o que o projeto em questão resolve no caso dos tributos federais, IPI, Cofins e PIS. Há de se abandonar a sistemática de crédito físico – que só dá crédito para insumos destinados a integrar fisicamente o produto industrializado. Isso foi criado no país em 1965, quando fomos pioneiros na criação de um imposto sobre valor adicionado, antes até da Europa, e depois não acompanhamos princípios e modernização. Assim, a proposta implanta definitivamente a sistemática de crédito financeiro, que permite às empresas recuperar todo e qualquer tributo federal sobre as compras que realizam, inclusive de bens para uso e consumo próprio e para o ativo permanente. As mudanças prosseguem ao ampliar e agilizar o aproveitamento dos saldos credores acumulados, especialmente por exportadores e investidores. Eles poderão transferir para terceiros e também compensar em relação ao que devem para a União em qualquer imposto ou qualquer contribuição, social ou econômica, inclusive junto à previdência social.

É um projeto de lei simples, mas a sua aprovação constituirá um primeiro, importante e grande passo para corrigirmos equívocos e injustiças perpetuadas há décadas no sistema tributário. As empresas em geral serão beneficiadas pela redução de custos; as que exportam compensarão parte das perdas que sofrem com o câmbio que se aprecia em demasia; e as que investem também

¹⁹ A pesquisa “Compensação e Desoneração Tributária das Exportações” foi divulgada pela FIESP em novembro de 2009.

gastarão menos com bens de capital. Certamente, a aprovação dessa alteração legislativa em muito ajudaria a atenuar os efeitos do câmbio valorizado e ainda contribuiria para uma redução inegável do Custo Brasil, além de abrir caminho para a reforma tributária ou, o ideal, a construção de novo sistema tributário.

Ainda na vigência do atual sistema, a reforma dos tributos indiretos federais poderia abrir caminho para uma modernização também do ICMS, inclusive preparando para a criação do IVA Nacional no médio prazo, os dois problemas mais graves a serem enfrentados em relação à guerra fiscal (que aparentemente pode vir a ser solucionado via adoção de súmula vinculante pelo STF, que já tem julgado inconstitucionais todos os incentivos concedidos ao arrepio do CONFAZ) e aos créditos acumulados, sobretudo pelos exportadores (que também exigirá uma intervenção do governo federal e poderia passar por um esquema inovador de securitização de créditos). Afonso (2010a) apresenta uma proposta de solução para o acúmulo de créditos tributários, passando desde o apoio da União à securitização desses créditos.

Observações finais

A reforma tributária é quase uma unanimidade nacional. Todos a querem, mas cada um reclama o melhor para si, e assim esta se torna inegavelmente uma empreitada difícil. Mas precisa ser enfrentada e equacionada, e tradicionalmente depende de uma iniciativa do governo federal. Porém, quando não se sabe onde está e muito menos para onde se quer ir, é inevitável ficar parado. Quando muito, propor uma mudança tímida ou fatiada.

Em um passado mais distante, quando o país era uma economia fechada por vocação, não havia maiores problemas em adotar impostos “em cascata” e alíquotas marginais elevadas do imposto de renda. Agora, se a globalização é inevitável e o país se abre cada vez mais ao exterior, é inaceitável tributar implicitamente as exportações (vide o pesado acúmulo de créditos pelos exportadores) e aplicar tributos cumulativos por natureza (como o da movimentação financeira), bem assim é desaconselhável aplicar um imposto de renda com alíquotas e tratamento do capital muito diferente do adotado por outras economias, especialmente as vizinhas. Se a reforma tributária ainda

tiver pretensões de afetar e reverter a desigualdade estrutural do país, é preciso repensar a tributação sobre o consumo, diferenciar alíquotas (conforme a essencialidade dos bens) e avaliar o retorno dos benefícios concedidos de forma indiscriminada (para que se tornem mais seletivos).

O Brasil precisa de uma reforma tributária para valer: na verdade, precisa de uma nova estrutura de tributação que, por sua vez, reflita uma estratégia consistente de desenvolvimento econômico e social.

Referências Bibliográficas

AFONSO, J. R. (2010a). **Por que não começa a securitizar os créditos acumulados do ICMS?**. Revista Brasileira de Comércio Exterior, nº 102. Rio de Janeiro: FUNCEX. p.36-44.

_____. org. (2010b). **Proposta de Sistema Tributário**. 1ª Edição. Brasília: Senado Federal/Subsecretaria de Edições Técnicas. p.203.

CASTRO, K. P. (2010). **Impactos da Reforma do PIS/Cofins na Indústria Brasileira**. Dissertação de mestrado em economia apresentada ao PPGE/UFF. Niterói, p. 98.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. (2008). **Pesquisa: Os problemas da empresa exportadora brasileira**. Brasília: CNI. p.130.

DORNELLES, F.; AFONSO, J. R. (2010). **Desenvolvimento exige um novo sistema tributário**. Revista Brasileira de Comércio Exterior, nº 102. Rio de Janeiro: FUNCEX. p.8-18.

FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DE SÃO PAULO. (2002). **Carga Tributária e Competitividade da Indústria Brasileira: Análise do Impacto da Incidência em Cascata do PIS/PASEP, Cofins e CPMF**. São Paulo: FIESP/CIESP. p.48.

_____. (2009). **Tributação e Exportações: Onerando o Crescimento Econômico do Brasil**. Apresentação de Roberto Giannetti da Fonseca – Out/2009. São Paulo: FIESP/DEREX. p.22.

RECEITA FEDERAL DO BRASIL. (2012). **Grandes Números DIRPF - 2011**. Brasília: RFB. Out/2012. p.4.

Case de sucesso: a implantação do sistema de acompanhamento do cumprimento das decisões – ACD no Tribunal de Contas do Estado do Tocantins

Severiano José Costandrade de Aguiar¹
Leticia Milhomem Bonfim²
Dagmar Albertina Gemelli³

Resumo: Este trabalho aborda o case de sucesso do Tribunal de Contas do Estado do Tocantins para garantir efetividade das decisões que resultem em aplicação de multa e/ou imputação de débito. Implantou-se no TCE/TO mecanismo para acompanhamento e efetivação das deliberações, denominado Sistema de Acompanhamento do Cumprimento das Decisões. Dados comprovam a evolução do controle das arrecadações de multas e débitos aplicados nas decisões condenatórias do TCE/TO. Será demonstrado o rito administrativo e os resultados alcançados por meio de abordagem comparativa em relação ao cumprimento e efetividade das decisões, antes e depois de sua implantação.

Palavras-chave: acompanhamento; decisões condenatórias; multas; débitos; cobrança.

1 Conselheiro do TCE/TO, Presidente do Instituto Rui Barbosa – IRB, Doutorando

em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino.

2 Bacharel em Direito pela CEULP/ULBRA.

3 Analista de Controle Externo TCE/TO, Professora curso de direito do CEULP/ULBRA, Doutora em Direito Público Universidade Ilhas Baleares-UIB – Espanha.

Introdução

O Tribunal de Contas do Estado do Tocantins – TCE/TO – é o órgão responsável pela fiscalização e controle de recursos destinados a agentes públicos ou particulares, em que se encontrem envolvidos dinheiro ou coisa pública na esfera estadual. Dos julgamentos proferidos pela Corte de Contas, emanam decisões que consideram regulares, regulares com ressalvas ou irregulares as contas desses administradores públicos. As decisões que consideram contas regulares e regulares com ressalvas não serão o foco do presente artigo, haja vista que somente as que ensejam julgamento em irregulares e resultem em aplicação de multa ou imputação de débito trazem elementos para implantação do Sistema de Acompanhamento do Cumprimento de Decisões – ACD.

Por força de preceito constitucional, as referidas decisões constituem título executivo extrajudicial, conforme disposto no artigo 71, § 3º da Constituição Federal de 1988. Assim, não há necessidade de qualquer procedimento adicional para firmar a autenticidade coativa da cobrança, implicando no dever, por parte dos responsáveis, de ressarcir ou cumprir a obrigação imposta pelo Tribunal de Contas.

Observa-se, contudo, que o cumprimento das decisões com os respectivos recolhimentos dos valores eram realizados de modo praticamente inexpressivo, tornando reduzidos os efeitos da atuação do TCE/TO.

Preocupando-se com esse cenário, o TCE/TO, em consulta a modelos implantados em outros Estados, desenvolveu uma versão do sistema de cobrança e acompanhamento para facilitar o controle no cumprimento das imposições, bem como o acesso a informações e comunicação entre os órgãos de fiscalização.

O sistema ACD é resultado de um longo estudo, que envolve as práticas efetuadas, até então, nos Tribunais de Contas de vários Estados, aliado às inovações tecnológicas decorrentes da modernidade, enfim, um case de

sucesso implantado no TCE/TO, que passará a ser relatado.

1 O sistema de acompanhamento do cumprimento das decisões

O Sistema de Acompanhamento do Cumprimento das Decisões – ACD – é uma ferramenta informatizada que objetiva assegurar o cumprimento das decisões condenatórias que imponham sanções de natureza pecuniária e/ou imputação de débitos.

Os primeiros Tribunais de Contas a implantarem esse sistema foram Rio Grande do Sul e Paraná, de onde o projeto fora espelhado e, posteriormente, adaptado à realidade e necessidades do TCE/TO.

No TCE/RS, considerado pioneiro na implantação do sistema, o Ministério Público de Contas instituiu, a partir do Provimento nº 001, de 21 de março de 2002, o projeto ACD, definindo um conjunto de atividades desenvolvidas com o intuito de zelar pelo cumprimento das decisões emanadas do TCE/RS.

Cezar Miola (*internet*, 2012) afirma que “o projeto teve ampla acolhida por sua Presidência e instâncias diretivas, determinando-se a adoção de procedimentos técnicos e administrativos necessários à implementação do fluxo de informações entre os setores correspondentes, do Tribunal e do Ministério Público de Contas”.

No TCE/TO, a Portaria nº 580, de 29 de maio de 2009, instituiu uma comissão de estudos para elaboração e implantação do sistema ACD. Essa comissão realizou visitas técnicas nos estados do Rio Grande do Sul, Paraná, Pernambuco e outros, onde a implantação do sistema já havia sido iniciada, viabilizando o redesenho do projeto informatizado, que posteriormente seria implantado.

O sistema foi implantado no TCE/TO por meio da Resolução Administrativa nº 003, de 23 de setembro de 2009, que disciplinou os procedimentos técnicos e administrativos para viabilizar a efetivação das penalidades pecuniárias e a recomposição do erário. Entretanto o início do monitoramento das decisões ocorreu em abril de 2010, em fase de testes que

visavam ao aprimoramento do sistema informatizado.

Atualmente, o sistema ACD permite o acompanhamento da cobrança nos âmbitos administrativo e judicial, controlando o procedimento de forma célere e eficaz, até a liquidação da dívida. Além disso, permite salvar informações gerais sobre os processos de cobrança. Esse sistema está dividido em duas fases.

Na primeira fase, após ser condenado por decisão definitiva, esgotadas as etapas processuais e exauridas todas as possibilidades recursais, o processo inicia-se com a emissão na notificação de cobrança. Essa notificação indicará o valor e a forma de recolhimento, com o devido registro de aviso de recebimento, realizando a contagem dos prazos e alertando a Coordenadoria do Cartório de Contas do TCE/TO para atualizar o sistema, sendo a unidade responsável pela cobrança dos valores constantes nos acórdãos, a respeito do vencimento dos respectivos prazos.

A respeito desse procedimento, ensina Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (2008, p. 380) explica que:

Do responsável do julgamento será o responsável notificado. A notificação visa dar ao interessado ciência da rejeição das alegações de defesa e do prazo que a Corte concede para o recolhimento do débito ou da multa. Por esse motivo, o Acórdão condenatório pode ser lavrado desde logo ou após o decurso do prazo para a satisfação voluntária do débito. Por uma questão prática, parece recomendável que junto com a rejeição da defesa, ainda que passível de recurso, desde logo seja lavrado o Acórdão condenatório, porque este tem a vantagem de tornar líquida a dívida, facilitando as operações tendentes à execução voluntária do débito.

Segundo os dados coletados no TCE/TO, todas as decisões proferidas pela Corte, a partir do ano de 2011, foram inseridas no sistema ACD. Nesse mesmo período, foram cadastrados os julgados referentes aos anos de 2006 a 2010, com a reemissão das notificações, garantindo a ampla defesa e o contraditório, visto que não havia segurança das informações de notificações antigas, que estavam fora do sistema.

Na maioria desses processos, já foi encerrada a primeira fase do sistema ACD, constatando-se um aumento considerável no cumprimento espontâneo das decisões. Contudo ainda se tem uma quantidade expressiva de gestores que permaneceram inertes, dando margem à emissão da certidão de decisão.

Por oportuno, ressalta-se o que ressarcimento dos valores imputados como débitos aos Cofres do Tesouro municipal ou estadual e o recolhimento dos valores referentes às multas ao Fundo de Reequipamento e Aperfeiçoamento Técnico do Tribunal de Contas do Tocantins devem ser comprovados perante a Coordenadoria do Cartório de Contas, no prazo de 30 (trinta) dias, a contar do recebimento da notificação.

A indicação da forma de recolhimento e local de pagamento restará descrita no instrumento notificatório, conforme tabela a seguir.

	Créditos do Município	Créditos do Estado	Créditos do TCE/TO
Forma de Recolhimento	Documento de Arrecadação Municipal – DAM – ou outra forma indicada pelo órgão ou entidade municipal.	Documento de Arrecadação estadual – DARE – ou outra forma indicada pelo órgão ou entidade estadual.	Depósito efetuado na conta especial do Fundo de Reequipamento e Aperfeiçoamento Técnico do Tribunal de Contas do Tocantins
Local de Pagamento	Na própria prefeitura ou em instituição por ela indicada.	Na Secretaria de Estado da Fazenda.	Depósito na Conta do Fundo, no Banco do Brasil.

Tabela 1 - Instrumento notificatório – indicação da forma de recolhimento e local de pagamento – Manual de Orientações do Acompanhamento do Cumprimento das Decisões. (AGUIAR, GEMELLI, ANDRADE, 2012, p. 14).

Na hipótese de ocorrer o recolhimento do valor no prazo legal, ou ainda se o responsável pela dívida requerer o seu parcelamento, será extraída, por meio do sistema ACD, a certidão de quitação ou a intimação de parcelamento.

Esta indicará a forma de recolhimento, cujas informações e pagamentos serão controlados, permanecendo registrado no sistema eletrônico, o que viabiliza consultas posteriores. Finalizado o processo de recolhimento integral ou parcelamento, será extraído o certificado de quitação, e o processo será arquivado.

Entretanto, na hipótese de o responsável permanecer inerte, iniciar-se-á a segunda fase do sistema ACD: a execução. Nessa fase, o sistema permitirá o acompanhamento da inscrição do débito em dívida ativa e, ainda, as ações judiciais que serão propostas pelos responsáveis pela cobrança, até a quitação do débito. Será extraída a certidão de decisão, que materializa o título executivo, que é encaminhado, conforme o caso, à Procuradoria Geral do Estado ou à entidade pública dotada de personalidade jurídica própria, para que seja promovida a execução judicial da decisão condenatória do TCE/TO, expressa por meio de acórdão.

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (2008, p. 381) ensina que em “um estudo realizado em vários Tribunais de Contas, verificou-se que a praxe tem consagrado a forma de um título executivo, certas vezes, com a estética de Acórdão e, outras vezes, com a estética de registro de dados do devedor e da dívida”.

A Constituição da República, em seu artigo 71, § 3º, atribuiu eficácia de título executivo às decisões proferidas pelos Tribunais de Contas. Assim, quando não forem cumpridas espontaneamente as decisões proferidas pela Corte, extrai-se a respectiva certidão de débito por meio do sistema ACD, que torna a dívida líquida e certa e materializa documento hábil à propositura da ação de execução.

O título executivo é o documento que autoriza a execução forçada, pelo Estado, por meio de órgão próprio, da dívida nele contida, qualificando as pessoas do credor e do devedor.

Francesco Carnelutti (1999, p. 124) assevera que “a palavra execução significa adequação do que é ao que deve ser: o juízo faz conhecer o que deve ser, se o que deve ser não é conforme o que é, necessita-se da ação para modificar o que é no que deve ser, [...] tal ação aparece como algo que vem depois e se resolve em um cumprimento”.

Como regra, o título executivo origina-se de uma sentença judicial, originado de um processo ordinário de conhecimento ou de declaração de vontade do devedor, que a lei, por expressa disposição, classifica como título executivo (SANTOS, 1990, p. 143).

Excepcionalmente, porém, a lei pode conceder a certas situações não materializadas em documento subscrito pelo devedor, eficácia executiva, permitindo que a obrigação seja exigível por via de processo executivo. É o caso das decisões do Tribunal de Contas, em que se tem um título executivo administrativo, oriundo do Poder Público, unilateralmente, sem qualquer concurso expresso do devedor, mas presumindo-se que a obrigação foi assumida pelo cidadão, em que a Carta Magna conferiu a eficácia de título executivo extrajudicial, que independe de prévio processo de conhecimento.

O efetivo cumprimento das decisões, garantido por meio do sistema ACD, é de fundamental importância para coibir o “desinteresse” das autoridades responsáveis pela cobrança ou execução, possibilitando a aplicação das disposições legais cabíveis.

1.1 A emissão das certidões de decisão

A emissão da certidão de decisão somente se dará com o encerramento da fase administrativa da cobrança, ou seja, com o fim da primeira fase do processo no sistema ACD.

A principal função da certidão de decisão, que perfaz o título executivo, é de condensar, em um único documento, as informações do processo, facilitando a restituição dos valores aos cofres públicos nas esferas administrativa e judicial.

Em 2011, foi celebrado o Termo de Cooperação Técnica nº 009/2011 entre o TCE/TO e a Secretaria da Fazenda – SEFAZ/TO –, com o objetivo de viabilizar a inscrição em dívida ativa dos débitos decorrentes de decisões de natureza condenatória, em que foi traçada uma dinâmica de comunicação entre esses órgãos. Assim, minimizam-se as discussões de natureza política e

a burocracia.

Referido termo define os procedimentos relativos à cobrança, como o modo de acompanhamento pelos órgãos interessados, formas de parcelamento, baixas, suspensões das inscrições e a destinação dos valores arrecadados.

De acordo com a Instrução Normativa do TCE/TO nº 003/2009, as certidões de decisão terão eficácia de título executivo, nos termos do art. 71, § 3º, da Constituição Federal e art. 33, § 3º, da Constituição Estadual. As certidões serão numeradas e registradas pela Coordenadoria do Cartório de Contas por meio do “controle eletrônico de certidões”, inserido no sistema ACD.

A certificação do trânsito em julgado da decisão é pré-requisito para a extração da respectiva certidão, tendo em vista o fato de tornar certa a dívida. Será extraída uma certidão para multa e outra para débito, dependendo do caso concreto, haja vista que os valores serão recolhidos a contas públicas distintas em razão da natureza de cada uma, e, para cada certidão, será autuado um processo de ACD.

As certidões de decisões serão extraídas em quatro vias originais, firmadas pelo Presidente do Tribunal. Uma permanecerá no arquivo de controle, no Cartório de Contas; outra será juntada ao respectivo processo de ACD; a terceira via será remetida à autoridade responsável pela cobrança; e a quarta via, ao Ministério Público Estadual, para, em caso de inércia do responsável para propor a respectiva cobrança, propositura da referida ação de execução para reaver o crédito (AGUIAR, GEMELLI, ANDRADE, 2012, p. 19).

A emissão da certidão de decisão, contudo, por si só não garantirá o cumprimento da obrigação imposta. Deverá ser executada pela autoridade competente, cujo acompanhamento será feito por meio do sistema, impedindo que se acumulem decisões em que sejam adotadas quaisquer providências.

1.2 O acompanhamento em relação às certidões referentes a imputações de débitos

Vários procedimentos foram disciplinados no âmbito do TCE/TO, no sentido de propiciar o acompanhamento do cumprimento das decisões.

Em se tratando de débitos estaduais, cabe à Procuradoria Geral do Estado promover a cobrança, depois que o título executivo é inscrito em dívida ativa na Fazenda Pública Estadual.

Com relação aos débitos municipais, após a instauração de um processo individual para cada certidão extraída, autuada com os respectivos documentos, devidamente instruídas, inclusive com os registros das datas dos atos, de modo a possibilitar a contagem dos prazos, cópia da decisão e demonstrativo de atualização do valor, será encaminhada a correspondente certidão de decisão ao gestor municipal. Assim, viabiliza-se a correta execução do título expedido pela Corte, concedendo-lhe um prazo de 60 (sessenta) dias, a contar do recebimento, a fim de que ele se manifeste sobre o pagamento da dívida ou da adoção de medidas que viabilizem o cumprimento das decisões.

O titular do crédito poderá ainda adotar medidas administrativas que possibilitem a cobrança amigável do débito.

Para fins de execução judicial, não é necessário que o débito esteja inscrito em dívida ativa por já se tratar de um título executivo. No entanto, a referida inscrição não é vedada, não obstando o procedimento de execução, apenas reiterando a liquidez e a certeza do título. Desse modo, a execução judicial da dívida poderá ser baseada na certidão de decisão ou na certidão da dívida ativa.

Na hipótese de pagamento, o fato deve ser informado ao TCE/TO por meio do envio do respectivo comprovante, operando-se a baixa da responsabilidade, com o conseqüente arquivamento do processo.

Quando o parcelamento for concedido pelo órgão credor, tal situação passa a ter acompanhamento sistemático, por meio da expedição periódica de novas correspondências, buscando a comprovação do recolhimento até o integral ressarcimento do erário. O devedor é o responsável por informar a respeito dessa concessão de parcelamento ao Tribunal de Contas, que também verificará essa informação no relatório mensal que deve ser encaminhado pela SEFAZ ao TCE/TO, para fins de registro, acompanhamento e controle no sistema ACD.

Vale ressaltar que a concessão do parcelamento dos débitos estaduais e das multas suspenderá a inscrição na dívida ativa, nos termos do disposto na Lei nº 1.668, de 1º de março de 2006.

A continuidade da verificação e efetivação das providências adotadas pelos órgãos responsáveis será item de fiscalização, mediante auditoria, inspeção ou diligências. Utiliza-se para tanto o *Relatório de Verificação do Cumprimento de Decisão*, que trará informações de todas as incidências ocorridas no processo de execução, minuciosamente descritas pelo corpo técnico e posteriormente encaminhadas ao Tribunal, para análise e providências cabíveis.

A eventual omissão, inércia ou ineficácia das medidas do agente responsável pela tomada de tais providências, devidamente apuradas por meio do “relatório de verificação do cumprimento de decisão”, documentadas no processo de acompanhamento do cumprimento de decisão correspondente, implicará representação à Corte de Contas. Isso para que se examinem os fatos em seus procedimentos de auditoria e se considere a conduta do administrador, considerado inerte, como agravante na análise de suas contas. Implicará também no encaminhamento da matéria ao Ministério Público Estadual, para análise dos fatos à luz de suas atribuições, especialmente com o objetivo de apurar a eventual ocorrência de ato de improbidade administrativa (ou mesmo de ilícito penal), que, caso comprovado, poderá ensejar a perda do cargo e outros reflexos da condenação.

O Presidente do Tribunal de Contas encaminhará comunicação ao Ministério Público Estadual para providências cabíveis, em conformidade com a Resolução nº 002, de 17 de abril de 2009, do Conselho Superior do Ministério Público, que determina competência subsidiária, nos termos do art. 10 da IN- TCE/TO nº 003/2009.

A inércia ou omissão do gestor em promover a recuperação do crédito público e a omissão de informações ao TCE/TO ensejarão penalidades civis, penais e administrativas ao administrador inerte ou desidioso.

1.3 O acompanhamento em relação às certidões referentes a aplicações de

multas

O não cumprimento da pena pecuniária imposta pelo TCE/TO no prazo estabelecido acarretará a inscrição do valor em dívida ativa, bem como a adoção de medidas extrajudiciais e/ou administrativas cabíveis pertinentes com a legislação em vigor para a recuperação do crédito.

Relativamente às certidões cujo objeto é aplicação de multas, a cobrança fica a cargo da Procuradoria Geral do Estado, depois da inscrição do título em dívida ativa, demandando outro modelo de acompanhamento. Esse processo se torna mais fácil, tendo em vista que os valores são recolhidos à Conta Especial do Fundo de Reequipamento e Aperfeiçoamento Técnico do Tribunal de Contas do Tocantins.

A ação de execução deve ser proposta pela Procuradoria Geral do Estado, por ser sua função própria, conforme disposição contida no artigo 12 do Código de Processo Civil. Se assim não fizer, restará configurada desídia no desempenho de suas funções.

2 Os resultados da implantação do projeto acd

A implantação do sistema ACD, embora recente e em fase de aprimoramento, já apresentou resultados significativos nos recolhimentos dos valores consignados nas decisões oriundas da Corte de Contas.

Segundo informações da Coordenadoria do Cartório de Contas do TCE/TO, houve um aumento considerável no número de gestores que procuraram o Tribunal em busca de regularizar sua situação, para evitar os desgastantes de uma possível execução judicial.

Em 2012, foram extraídas as primeiras “certidões de decisão” por meio do novo sistema, sendo as mesmas encaminhadas à Secretaria da Fazenda para

a inscrição em dívida ativa, originando os primeiros processos de ACD no TCE/TO.

Vale ressaltar que, além de possibilitar o acompanhamento da cobrança nas fases administrativa e judicial, o ACD auxiliará os servidores e gestores públicos no acompanhamento dos seus pedidos de parcelamento e quitação. Isso possibilita consulta, emissão de certidões de regularidade, no que se refere à existência ou não de processos de cobrança sob responsabilidade dos gestores, bem como implantação da ferramenta que possibilite a emissão de boleto eletrônico para recolhimento dos valores. Tudo feito de forma eletrônica, por meio do banco de dados existente no sistema.

A implantação do sistema ACD está contribuindo para o alcance de melhores resultados por meio do aperfeiçoamento dos métodos de fiscalização e cobrança, fortalecendo, portanto, as decisões do TCE/TO.

2.1 Do atual cumprimento das decisões

Apesar de apresentarem um aumento significativo nos últimos 3 (três) anos, as decisões dos Tribunais de Contas sempre foram cumpridas de forma muito tímida, caracterizando um número bastante inexpressivo diante do universo de decisões proferidas.

Cezar Miola (*internet*, 2012) entende que:

Destarte, não obstante sejam estes Entes, Tribunais de Contas, os eleitos para apreciar e julgar as contas de administradores públicos e demais responsáveis pelo manuseio de recursos públicos – até mesmo podendo determinar-lhes ressarcimentos ao erário e aplicar-lhes sanções pecuniárias – e mesmo tendo presente a notável força atribuída a esta espécie de decisões (tem eficácia de

título executivo, quando houver fixação de débito ou aplicação de multa, na dicção do artigo 71, § 3º da Constituição) os resultados práticos vem se mostrando absolutamente. Essa ineficiência, que atenta contra os demais princípios constitucionais que se postam na regência da atividade de administração pública, não somente se atribui ao fato de não se bastarem as Cortes de Contas, mas também, em consequência, e por infelicidade, à evidencia de que, muitas vezes, os atingidos pelas decisões são os próprios titulares do processo executivo, são correligionários destes ou com os mesmos detêm outros vínculos.

Com a idealização e a organização sistêmica do projeto ACD, em 2009, foram realizados eventos pedagógicos para orientar os agentes políticos, gestores e sociedade quanto aos procedimentos de quitação ou cobrança dos débitos e multas aplicadas pelo TCE/TO, tais como: o I e II Fórum de Controle Externo para gestores municipais e estaduais, advogados, contadores; as palestras no projeto Agenda Cidadã, que levaram informações aos 139 municípios do Estado; e palestras realizadas nas universidades.

Também foi promovido pelo TCE/TO o 1º Encontro Nacional sobre Execução das Decisões dos Tribunais de Contas, que aconteceu em Palmas/TO, para debater as experiências de Tribunais de Contas de diversos Estados. Nesse evento, foi elaborada e aprovada a Carta de Palmas, descrevendo práticas facilitadoras ao cumprimento das decisões, caracterizando uma tentativa de uniformizar ou ao menos minimizar as diferenças entre os procedimentos de cobrança e execução nas Cortes de Contas.

As principais recomendações contidas no documento são as de que os TCE's devem:

- I- Instituir mecanismos de acompanhamento do cumprimento das decisões (ACD), criando uma estrutura mínima para o monitoramento e controle;

- II- Firmar convênios com as Secretarias de Fazenda e Procuradorias Gerais dos Estados, com vistas a promover ações de cobrança;
- III- Instar os municípios, na forma da lei, a registrar em suas contabilidades os débitos decorrentes de decisões dos Tribunais de Contas, cujos valores devem ser ressarcidos ao erário municipal, exigindo relatórios periódicos das providências executivas;
- IV- Recomendar as Procuradorias Municipais a denunciar à lide o Estado nas ações em que se questionar as decisões dos Tribunais de Contas, propiciando a defesa da validade e eficácia do título executivo pelas Procuradorias Gerais dos Estados;
- V- Fiscalizar e coibir que multas e débitos fixados aos gestores sejam quitados com verba pública;
- VI- Firmar convênios com o Ministério Público Estadual visando coibir eventuais omissões na execução dos títulos e promover ações de improbidade, bem como para executar supletivamente os créditos na tutela do interesse público;
- VII- Desenvolver estudo técnico para viabilizar o protesto como via de execução extrajudicial das decisões dos Tribunais de Contas;
- VIII- Incluir nos portais dos Tribunais de Contas as ações referentes à execução das decisões, incluindo o rol de devedores, as entidades credoras e os respectivos valores;

- IX- Divulgar a imprescritibilidade das ações de ressarcimento nos termos do art. 37, § 52, da Constituição Federal, em conformidade com a jurisprudência pacificada no STJ e STF;
- X- Zelar pela não incidência da prescrição quinquenal das multas impostas;
- XI- Promover, nas instruções processuais em que se vislumbre a possibilidade de responsabilização de servidores públicos e de terceiros, a inclusão destes no polo passivo, além do gestor, e a respectiva citação, bem como tipificar e quantificar, adequadamente, os danos apurados;
- XII- Propiciar aos Ministérios Públicos de Contas os mecanismos para zelar pela efetiva execução das decisões referentes à aplicação de multas, débitos e demais cominações das Cortes;
- XIII- Implantar mecanismos de registro das decisões dos Poderes legislativos Estaduais e Municipais acerca do julgamento de mérito das contas do Poder Executivo, em relação às quais emitiu parecer prévio;
- XIV- Promover avaliação periódica da eficiência dos mecanismos de acompanhamento do cumprimento das decisões, bem como o intercâmbio de informações entre os Tribunais de Contas do país.

Apesar das diferenças de procedimentos entre os Tribunais que estão adotando o sistema ACD, observa-se a finalidade em comum, que é a reconstituição do erário, sobretudo porque o mais importante é a preservação do patrimônio e do interesse público, mantendo ou recompondo os valores que ilegalmente não permaneceram no erário.

A partir das iniciativas já citadas, aliada à ampla divulgação sobre o tema, aumentou o número de interessados em obter informações a respeito do projeto, bem como de seu funcionamento, e ainda em efetuar os pagamentos

de suas pendências financeiras junto ao TCE/TO.

Na tabela a seguir, pode-se observar a evolução dos valores referentes ao cumprimento espontâneo das decisões da Corte de Contas do Tocantins a partir do ano de 2007, para quitação de multas.

	1º Trimestre	2º Trimestre	3º Trimestre	4º Trimestre	Total
2007	29.422,71	16.488,76	13.805,73	16.595,40	76.312,60
2008	27.814,74	67.704,92	24.812,22	14.022,53	134.354,41
2009	42.053,79	21.012,28	45.156,56	26.134,87	134.357,50
2010	28.475,18	25.695,65	88.655,00	56.517,52	199.343,35
2011	75.710,38	59.217,12	45.623,72	52.407,61	232.958,83
2012	99.596,97	144.473,89	150.601,72	146.524,61	541.196,69

Tabela 2 – Evolução dos valores recolhidos pelo TCE/TO referentes as multas impostas no anos de 2007 a 2012

Fonte: Cartório de Contas – TCE/TO (*Valores expressos em reais)

Segundo a Coordenação do Cartório de Contas, o sistema ACD foi de fundamental importância para o alcance desses resultados e tem estimulado o pagamento voluntário dos valores impostos nos acórdãos, de modo que em 2012 os valores recolhidos já superam a marca projetada.

Destaca-se ainda a dificuldade de controlar os valores decorrentes de imputações de débitos, tendo em vista que os mesmos são ressarcidos aos cofres municipais e estaduais, e poucas vezes a comprovação do recolhimento é apresentada à unidade que efetua esse controle no Tribunal de Contas. Essa

é mais uma problemática a ser solucionada pelo TCE/TO, com a implantação do sistema ACD.

Apesar de se comprovar o aumento significativo no número, em valores, de decisões cumpridas, esse ainda não é o ideal almejado pelo TCE/TO, nem tampouco pela população. Esta, com cada vez mais acesso às informações, cobra a efetividade das decisões, de modo que sejam realmente responsabilizados os gestores e que essas decisões sejam efetivadas.

Com a implantação de novas ferramentas no sistema ACD, e ainda com ações de divulgação, previstas no cronograma do projeto, pretende-se aumentar ainda mais o número de decisões cumpridas espontaneamente. E, caso isso não ocorra, que os gestores tenham consciência de que existe um meio capaz de determinar o pagamento por meio da constrição dos bens, visando a satisfazer a obrigação, que se dará por meio de execução judicial, alcançando o cumprimento da totalidade das decisões. Conforme se observa por meio dos números apresentados, a simples divulgação de implantação do sistema ACD e de sua forma de funcionamento já contribuiu para que alguns gestores responsáveis pelo dinheiro público providenciassem sua regularização junto ao TCE/TO.

3 No caso de inércia dos titulares do direito de cobrança e a atuação do Ministério Público Estadual

A Resolução nº 002/2009, do Conselho Superior do Ministério Público do Estado do Tocantins, regulamenta a atuação supletiva do Ministério Público para garantir a cobrança judicial das imputações de débitos determinadas pelo TCE/TO. Essa Resolução objetiva garantir a efetividade das decisões do TCE/TO nos casos em que os titulares do direito de cobrança, que não raramente se confundem com a própria figura a ser executada, permanecerem inertes.

Quanto à legitimidade para a atuação do Ministério Público do Estado, os arts. 1º e 2º da Resolução nº 002/2009 assim dispõem:

Artigo 1º. Determinar que os membros do Ministério Público, dentro de suas atribuições, acompanhem as decisões do Tribunal de Contas já transitadas em julgado e encaminhadas aos municípios ou à Procuradoria Geral do Estado para fins de execução.

Artigo 2º. Em caso de omissão do município ou da Procuradoria Geral do Estado na propositura da respectiva ação executiva, deve o membro do Ministério Público atuar supletivamente na tutela do interesse público, através de Ação Civil Pública, garantindo o ajuizamento das ações.

Essa atuação se justifica não somente pelo fato de que a tutela recai sobre a coisa pública ou pelo fato de que a lesão ao erário gera prejuízos à coletividade, na medida em que os recursos públicos desfalcados deveriam ser revestidos em prol da sociedade (nesse particular, o Ministério Público é constitucionalmente legitimado para exercer a defesa, nos termos do artigo 129, III da Constituição Federal, do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos) mas ainda pelo fato de que a Constituição vigente silenciou-se quanto ao legitimado para executar as decisões do TCE/TO.

Deve-se levar em conta também o fato de que a ausência de pagamento espontâneo pelo gestor dos valores junto à Corte de Contas ocasiona o encaminhamento do título gerado pela imputação de débito à Procuradoria Geral do Estado, se estadual, ou aos municípios, se municipais, para a execução.

Entretanto, constatou-se que a maioria dos municípios do Tocantins não possui em seu quadro próprio de servidores o cargo de Procurador Jurídico. A ausência desse profissional no município estimula a contratação direta ou

a licitação para trabalhos de consultoria jurídica, que não se adequam ao interesse público, especialmente quanto à preocupação de se fazer retornar esses recursos desviados do erário, já que não possuem autonomia para a realização dessas cobranças.

O respaldo para essa atuação também pode ser baseado na Lei nº 8.625/1993 – Lei Orgânica Nacional do Ministério Público –, no seu artigo 25, inciso VIII:

Artigo 25. Além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público:

[...]

VIII – ingressar em juízo, de ofício, para responsabilizar os gestores do dinheiro público, condenados por tribunais e conselhos de contas;

O dispositivo refere-se às condenações impostas pelos Tribunais de Contas aos gestores do dinheiro público, o que equivale a promover a responsabilização dos mesmos por meio da ação de execução, que é a forma adequada para se ver satisfeita a condenação.

O entendimento de ser legítimo o Ministério Público na defesa do patrimônio público pode ser ainda reforçado por meio da Súmula 329 do Superior Tribunal de Justiça: “Súmula 329 – O Ministério Público tem legitimidade para propor Ação Civil Pública em defesa do patrimônio público”.

Como a decisão do Tribunal de Contas já possui *status* de título executivo Constitucional, a ação civil pública não é o meio adequado para forçar a execução, visto que esta tem o condão de originar uma nova condenação, a ser executada. Contudo, fica clara a legitimidade do MP para proteger o patrimônio público, mas este só poderá atuar na cobrança quando for observada a inércia do agente público responsável pela mesma. Conforme já mencionado

anteriormente, como não raras vezes o executor se confunde com o próprio executado, em alguns casos dificilmente essas decisões terão eficácia garantida pelos legitimados.

O entendimento de que o Ministério Público é legítimo para a cobrança no caso de inércia dos responsáveis é pacífico nos Tribunais Superiores, conforme se infere do julgado a seguir:

PROCESSUAL CIVIL. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE ATIVA. AÇÃO DE EXECUÇÃO. TÍTULO EXTRAJUDICIAL. CERTIDÃO DE DÉBITO EXPEDIDA POR TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL.

1. O Ministério Público ostenta legitimidade para a propositura de ação de execução de título extrajudicial oriundo de Tribunal de Contas Estadual. (...)
2. É que a decisão de Tribunal de Contas Estadual, que, impõe débito ou multa, possui eficácia de título executivo, a teor do que dispõe o art. 71, § 3º, da Constituição Federal de 1988.
3. *In casu*, o Tribunal de Contas do Estado de Sergipe, em sede de Processo Administrativo (TC 12.032), constatando irregularidades na compra de materiais de construção, para a recuperação de moradias de pessoas carentes do Município de Maruim-SE, ensejadoras de prejuízo ao Município de Maruim-SE, determinou a restituição dos mencionados valores à municipalidade *in foco*.
4. A Constituição Federal de 1988 conferiu ao Ministério Público o *status* de instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (artigo 129, *caput*). (...)
6. Os arts. 129, III, da Constituição Federal de 1988, 6º, VII, “b”,

da LC 75/93, e 25, IV, “a” e “b”, da Lei 8.625/93, admitem a defesa do patrimônio público pelo Ministério Público, em ação civil pública.

7. Recurso Especial provido para reconhecer a legitimidade do Ministério Público do Estado de Sergipe, para a propositura de execução de título originário de Tribunal de Contas Estadual. (RECURSO ESPECIAL Nº 1.109.433 - SE (2008/0280350-2) RELATOR: MINISTRO LUIZ FUX. Julgamento em 28/04/2009)

Ainda sobre a matéria, cabe colacionar o entendimento do Promotor de Justiça Cassius Guimarães Chai (*internet*, 2003), descrito em nota técnica apresentada no Congresso Estadual do Ministério Público do Estado do Maranhão, em dezembro de 2003:

Se ao Ministério Público é deferida a legitimidade para o exercício da defesa dos direitos inscritos nas Constituições Federal e Estadual, visando-se-lhes a garantia ao respeito e, portando, a ordem jurídica do regime democrático e dos interesses social, é certo que lhe é atribuída a legitimidade processual inicial, concorrente e subsidiária para ingressar em juízo objetivando responsabilizar os gestores do dinheiro público, a quem o Tribunal ou Conselho de Contas haja imputado débito ou cominado multa, que tenham descumprido ordem de ressarcir o erário público. Obviamente que sua legitimidade de agir é coetânea à sua capacidade de fazê-lo.

A título de exemplo, cita-se o caso do Estado do Rio Grande do Norte. Por meio da Recomendação nº 001/2006 – PGJ, de 22 de março de 2006, o Ministério Público propôs, embora em caráter não vinculante, que os Promotores de Justiça do Estado, com atribuição em matéria de defesa do patrimônio público, que fiscalizem se os gestores dos municípios e do Estado

do Rio Grande do Norte, da administração pública direta ou indireta, estariam cumprindo as decisões do Tribunal de Contas do Estado que tinham condenado agentes públicos ou terceiros ao ressarcimento de danos ao erário. Em caso negativo, deveriam promover a execução das mencionadas decisões, bem como instaurar inquéritos civis públicos destinados à apuração de possíveis atos de improbidade administrativa em face de tais omissões.

Independentemente do entendimento firmado em cada Estado, certo é que o Ministério Público Estadual é parte legítima para promover essa execução, pois o objetivo principal é tornar eficaz uma decisão. Isto porque, se os títulos forem ineficazes, torna vazia de sentidos a própria existência dos Tribunais de Contas, por falta de garantia de efetividade ao comando de suas decisões. Na maioria dos Estados, os gestores são os primeiros legitimados, mas não os únicos.

Portanto, restando comprovado que a autoridade descumpriu o procedimento para formalização e cobrança da dívida, poderá ser responsabilizado pelo descumprimento da decisão, com repercussão da matéria em suas contas anuais, bem como será enviada representação ao Ministério Público do Estado, para efetivação da cobrança, visto a sua competência subsidiária, e ainda para verificação da ocorrência de ato de improbidade administrativa.

Para o alcance de melhores resultados, é fundamental que, além do aperfeiçoamento dos métodos e técnicas de fiscalização, sejam adotadas medidas que contribuam para maior eficácia das decisões da Corte.

Considerações finais

Conforme o abordado no presente artigo, o sistema de acompanhamento do cumprimento das decisões surgiu a partir da necessidade de uma ferramenta específica que possibilitasse o acompanhamento e efetivação das decisões proferidas pelo TCE/TO, no exercício do controle estabelecido pela Constituição Federal de 1988.

A necessidade de um controle efetivo sobre os administradores de bens e recursos públicos, no Estado Democrático de Direito, com o objetivo de

salvaguardar os interesses da coletividade, levou a Corte de Contas a realizar um estudo e desenvolver o projeto, a exemplo de outros Estados da Federação, que também se mobilizaram para acompanhar o cumprimento de suas decisões.

As decisões proferidas pelos Tribunais de Contas devem ser cumpridas sobretudo para concretizar a atuação da Corte, impedindo que não se tornem vazias e ineficazes as suas competências constitucionais.

A verificação do cumprimento das decisões exaradas pela Corte de Contas objetiva fortalecer os mecanismos de controle externo e coibir as práticas lesivas ao erário, preservando, antes de tudo, os interesses sociais.

Assim, a correta aplicação desses valores dará à população em geral a possibilidade de uma vida mais justa e equilibrada, conforme o almejado pelas sociedades democráticas, que despertam para uma nova realidade social, em que pode, sim, haver fiscalização e controle dos agentes públicos.

A não efetividade do cumprimento das decisões dos Tribunais de Contas por ausência de meio coercitivo levam não só a um sentimento de impunidade por parte dos maus gestores públicos, o que incentiva a corrupção, como também imprime na sociedade a mesma sensação, fazendo todo o sistema cair em descrédito.

A sociedade em geral é favorável ao desenvolvimento de projetos como o ACD, e, normalmente, os que se posicionam contrário a essa postura são aqueles que direta ou indiretamente são afetados pelas decisões e terão de cumpri-las de forma mais efetiva.

Portanto, com a implementação desse projeto, pretende-se aprimorar os mecanismos para o acompanhamento dos índices de cumprimento das deliberações do Tribunal de Contas do Estado do Tocantins, bem como promover maior integração com os gestores e órgãos responsáveis por sua execução.

Referências Bibliográficas

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília-DF: Senado, 1988. *Vade Mecum*, 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processual Civil. Ministério público. **Legitimidade ativa. Ação de execução**. Título extrajudicial. Certidão de débito expedida por tribunal de contas estadual. Recurso especial nº 1.109.433 - SE (2008/0280350-2) Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.citadini.com.br/justica/STJ-REsp-1109433-acordao-200905217.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2012.

_____. **Instrução Normativa-TCE/TO nº 003, de 23 de setembro de 2009**. Estabelece procedimentos para formalização do processo de acompanhamento do cumprimento de decisão-ACD. Publicado Boletim Oficial do TCE/TO, ano 2, nº 129, p.3-5, 28 set.2009,

_____. **Lei nº 8.625/1993, de 12 de fevereiro de 1993**. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8625.htm>. Acesso em: 15 nov. 2012.

_____. **Lei nº 1.284, de 17 de dezembro de 2001**: Lei Orgânica/Tribunal de Contas do Estado do Tocantins. Palmas-TO. Disponível em: <<http://www.tce.to.gov.br/sitetce/ims/pdf/LeiOrganicaTCE.pdf>>. Acesso em: 1 dez. 2012.

_____. **Recomendação nº 001/2006** – PGJ. Recomenda aos Promotores de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte com atribuição em matéria de defesa do patrimônio público providências quanto à execução das decisões condenatórias ao ressarcimento do erário proferidas pelo Tribunal de Contas Estadual. Disponível em: <<http://www.mp.m.gov.br/legislacao/pgj/recomend/2006/rec-2006.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2012.

_____. **Resolução nº 002, de 17 de abril de 2009**. Conselho Superior do Ministério Público Estado do Tocantins. Dispõe sobre a atuação supletiva do Ministério Público para garantir a cobrança judicial das imputações de débitos determinadas pelo TCE. Disponível em: <http://www.mp.to.gov.br/admsuperior/conselho/arqs/resolucao/002_2009.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2012.

_____. **Resolução Normativa nº 002/2002**. Aprova o Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado do Tocantins. <<http://www.tce.to.gov.br/sitetce/index>>.

php?option> Acesso em 15 de nov de 2012.

_____. **Relatório de atividades anual – 2011**. Tribunal de Contas do Estado do Tocantins. Disponível em: <[HTTP://www.tce.to.gov.br](http://www.tce.to.gov.br)> . Acesso em: 15 dez. 2012.

AGUIAR, Severiano José Costandrade; GEMELLI, Dagmar Albertina; ANDRADE, Cejane Márcia Aires Alves de. **Manual de Orientações do Acompanhamento do Cumprimento de Decisão**, Tribunal de Contas do Estado do Tocantins, Palmas, 2012.

BONFIM, Letícia Milhomem. **Tribunal de Contas do Estado do Tocantins: a implantação do sistema de acompanhamento do cumprimento das decisões – ACD**. Trabalho de Conclusão de Curso em Direito – Centro Universitário Luterano de Palmas-CEULP, orientação Profa. Dra. Dagmar Albertina Gemelli, Palmas, 2012.

CAENELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil**. Trad. Adrián Sotero De Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999.

CHAI, Cassius Guimarães. **Nota Técnica apresentada no Congresso Estadual do Ministério Público do Estado do Maranhão**. Dezembro de 2003. Disponível em: <<http://www.mpe.ma.jus.br>> . Acesso em: 30 jul. 2012.

COSTA, Luiz Bernardo Dias. **Tribunal de Contas: evolução e principais atribuições no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

FERNANDES, Bruno Lacerda Bezerra. **Tribunal de Contas: julgamento e execução**. Campinas: Edicamp, 2002.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MIOLA, Cezar. **Rumo à efetividade das decisões dos Tribunais de Contas**. Disponível em: <http://portal.tce.rs.gov.br/pls/portal_prod/pk_portal_noticias.Prc_Download_BlobClip?p_noticia=572> . Acesso em: 20 nov. 2012.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de Direito Processual Civil**. V.1, 14. ed. São Paulo: Saraiva: 1990.

A Função jurisdicional dos Tribunais de Contas

Evandro Martins Guerra¹
Denise Mariano de Paula²

Resumo: O presente trabalho versa sobre a função jurisdicional dos tribunais de contas no âmbito do Estado Democrático de Direito contemporâneo, promovendo uma releitura da clássica teoria da tripartição das funções e o movimento cíclico inerente às instituições de controle. Em face do ordenamento jurídico vigente, o Tribunal de Contas, órgão especializado no julgamento de contas, e o Senado Federal, no julgamento do Presidente da República e demais autoridades, por crime de responsabilidade, exercem função jurisdicional especial, constituindo, pois, exceções à regra do monopólio da jurisdição.

Palavras-chave: Estado; Estado Democrático de Direito; tripartição das funções; Tribunal de Contas; jurisdição; função jurisdicional.

Introdução

Os órgãos de controle, acompanhando o processo de modernização a que vem sendo submetida a Administração Pública, tendo como grande protagonista a sociedade, passam a exercer modernas e complexas funções, constituindo ferramentas em defesa dos direitos fundamentais e da democracia.

1 Mestre em Direito, Especialista em Controle Externo e em Direito Público, Professor da Faculdade de Direito Milton Campos, Analista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais e Assessor da Vice-Presidência.

2 Analista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais.

Nesse cenário, apresenta-se a necessidade de se repensar o papel do Estado e as novas funções que vem assumindo, reexaminando a teoria da tripartição dos poderes, cujo objetivo, à época, foi evitar a concentração absoluta de poder nas mãos do soberano.

Todavia, no Estado contemporâneo os chamados três poderes (funções) demonstram-se insuficientes para fazer face às necessidades atuais, e, em virtude disso, forma-se um sistema moderno mais sofisticado de funções, propiciando dar garantia aos processos democráticos.

Com efeito, as Cortes de Contas, diante de tais mudanças, têm-se preocupado em não figurar como coadjuvantes, mas como fomentadoras dessas transformações. Acompanhando o processo evolutivo, extrapolam o controle das finanças, constituindo-se em instrumentos de cidadania, protetores dos direitos fundamentais no exercício da jurisdição das contas.

Jurisdição, nessa perspectiva, não é monopólio do Poder Judiciário, mas do Estado, atribuída constitucionalmente aos tribunais de contas. Nesse sentido, revela-se falsa a ideia de que possuem natureza de meros órgãos auxiliares do Poder Legislativo, contumélia irremissível decantada pelos governos autoritários como forma de arrefecimento do controle.

Neste estudo, pretende-se demonstrar o caráter definitivo das decisões dos Tribunais de contas, tema que ainda divide a opinião dos estudiosos.

1 O Estado e suas diversas acepções

A concepção de evolução do Estado implica o resgate histórico desde a antiguidade até alcançar a dimensão da organização contemporânea. Apesar de infinitas conceituações de Estado, de cunho político, sociológico e constitucional para indicar a finalidade da sociedade politicamente organizada, segundo João Ribeiro Júnior, foi a partir da obra de Maquiavel que o termo Estado passou a designar uma “unidade política global”:

É uma criação necessária da exigência de coexistência e cooperação entre os homens, que não pode realizar-se, de modo satisfatório, se o grupo social não se organiza sob uma autoridade, reconhecida por todos e com força de impor-se. Esta autoridade

dá ao grupo o ordenamento jurídico indispensável para realizar a convivência pacífica e a atuação dos fins coletivos, garantindo, ainda que coativamente, a observância daquele ordenamento³.

Considerando a evolução histórica do Estado, os estudos doutrinários apontam para existência do Estado Antigo, Estado Grego, Estado Romano, Estado Medieval e Estado Moderno. O Estado Antigo é notadamente marcado pela prevalência absoluta da diferenciação de castas, de onde emerge, pelo predomínio da classe sacerdotal, uma verdadeira teocracia, que se traduz na presença da autoridade divina no governo dos homens⁴.

Nessa fase da história, família, religião, Estado e a organização econômica se fundiam num mesmo conjunto, gerando, como consequência, a impossibilidade de distinção do pensamento político da religião, da moral, da filosofia ou das doutrinas econômicas⁵.

A influência religiosa era tão predominante que as normas de comportamento individual e coletivo eram manifestações da vontade de um poder divino, o que afirmava a natureza unitária do Estado, uma vez que não havia qualquer divisão política interna, territorial ou de funções⁶.

Com relação ao Estado Grego, não se pode afirmar que contava com uma estrutura política centralizada, o que justifica a inexistência de um Estado único. Essa organização política deu origem às Cidades-Estado, que detinham, além de soberania, autonomia administrativa e legislativa. Aristóteles entendia que a polis era “um tipo de associação, e toda associação é estabelecida tendo em vista algum bem (pois os homens sempre agem visando a algo que consideram ser um bem)”⁷.

A sociedade que se forma em seguida, formada por várias famílias, constituída não só para apenas atender às necessidades cotidianas, mas tendo em vista uma utilidade comum, é

3 RIBEIRO JUNIOR, João. Curso de teoria geral do Estado. São Paulo: Acadêmica, 1995, p. 113.

4 MENEZES, Aderson de. Teoria Geral do Estado. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 106.

5 STRECK, Lênio Luiz. MORAIS, José Luiz Bolzan de. Ciência Política e Teoria Geral do Estado. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 20.

6 DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos da teoria geral do Estado. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 53.

7 ARISTÓTELES. A Política. Tradução: Pedro Constantin Torres. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 53.

a aldeia (komé). [...] E quando várias aldeias se unem em uma única e completa comunidade, a qual possui todos os meios para bastar-se a si mesma, surge a Cidade (polis) [...]»⁸.

Já o Estado Romano assemelha-se ao grego, tendo como base o agrupamento da família e o culto aos antepassados. Nesse período, destaca-se a consciência da separação entre o poder político e o poder privado.

quando surge o império, o poder político é visto como supremo e uno, compreendendo o *imperium* (poder de mandar), a *potestas* (poder modelador e organizador) e *majestas* (grandeza e dignidade do poder). A idéia de *auctoritas* está presente na concepção de poder para os romanos e significa autoridade, mando consentido pelo prestígio de quem exerce o poder e não apenas pela imposição da força⁹.

O Estado Romano foi caracterizado pela estrita noção de povo, muito mais de fato do que de direito, uma vez que direitos relativos à cidadania eram conferidos apenas aos que eram romanos. No decorrer dos tempos, outras camadas sociais tiveram seus direitos ampliados, entretanto foram mantidas a base familiar e a ascendência de uma nobreza tradicional. Mais tarde, foi concedida a naturalização a todos os povos do Império, assegurando, dessa forma, a liberdade religiosa, já influenciada pelo gradativo e incisivo avanço do Cristianismo, fazendo desaparecer a noção de superioridade dos romanos, que fora a base da unidade do Estado Romano.

O surgimento do Estado Moderno caracteriza-se precipuamente pela transição da relação de poder, da esfera privada para a pública, com centralização no soberano. Nesse ponto, o poder se torna instituição, ocorrendo a separação do público e do privado, separando o poder político do econômico, atuando cada um em sua esfera própria e, por corolário, também se separam as funções administrativas, políticas e sociedade civil.

8 Ibidem.

9 CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito Constitucional. 14. ed., ver. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 80.

Verifica-se no Estado Moderno o fortalecimento da monarquia e o surgimento do sistema político absolutista, marcado predominantemente pela concentração dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário nas mãos do soberano, sob a justificação da teoria do direito divino de Bossuet ou pela cessão de direito de Hobbes¹⁰.

No que tange à cessão de direito, concebida por Hobbes, a legitimação do poder do Estado Absolutista, segundo a teoria contratualista, parte da análise do homem em estado de natureza, detentor de um poder ilimitado sobre todas as coisas, que utilizava livremente para sua preservação. Daí, a necessidade do estabelecimento de uma ordem capaz de limitar o poder e a liberdade em face dos conflitos que se instalariam entre os homens.

De acordo com o instrumento, os membros da sociedade deveriam se submeter a um poder exercido por um representante, quer seja um homem ou uma assembleia, a quem seja atribuído, pela maioria, o direito de representação de todos.

o homem abdica da liberdade dando plenos poderes ao Estado absoluto a fim de proteger a sua própria vida. Além disso, o Estado deve garantir que o que é meu me pertença exclusivamente, garantindo o sistema da propriedade individual. Aliás, para Hobbes, a propriedade privada não existia no estado de natureza, onde todos têm direito a tudo e na verdade ninguém tem direito a nada. O poder do Estado se exerce pela força, pois só a iminência do castigo pode atemorizar os homens. “Os pactos sem a espada (sword) não são mais que palavras (words).” Investido de poder, o soberano não pode ser destituído, punido ou morto. Tem o poder de prescrever leis, escolher os conselheiros, julgar, fazer a guerra e a paz, recompensar e punir. Hobbes preconiza ainda censura, já que o soberano é juiz das opiniões e doutrinas contrárias à paz. E quando, afinal, o próprio Hobbes pergunta se não é muito miserável a condição de súdito diante de tantas restrições, conclui que nada se compara à condição dissoluta de homens sem senhor ou às misérias que acompanham a guerra civil¹¹.

10 RIBEIRO JUNIOR, João. *Op. cit.*, p. 49

11 HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 132.

Thomas Hobbes, ao afirmar que “o homem é o lobo do homem”, explicava que o homem, em seu “estado de natureza”, é dominado pela paixão e pelos impulsos, tornando-se uma ameaça aos outros. A ameaça se dá por conta da absoluta igualdade existente. O homem, em seu “estado de natureza”, almeja mais a honra do que os bens. Para Hobbes, a sociedade nasce com o Estado, e, sem ele, o homem regressaria ao “estado de natureza”.

Ao defender que o poder governante deveria ser ilimitado, revela um caráter absolutista em sua obra, afirmando, assim, que um mau governo é melhor do que o “estado de natureza”, sempre um estado de guerra: mesmo que não haja batalha, ela está latente, podendo ocorrer a qualquer momento e sem causa aparente. Assim, preocupados em se defender ou atacar e em busca de maior segurança, é que surgem as sociedades amplas e duradouras.

John Locke parte da perspectiva de que no Estado Natural as pessoas eram submetidas à lei da natureza, o que era possível porque dotadas de razão. Cada indivíduo possuía a prerrogativa de fazer o papel de juiz e aplicar a pena que considerasse justa. A arbitrariedade é um dos principais motivos a se buscar um Estado Civil. De acordo com o Direito Natural, o ser humano tem direito sobre sua vida, liberdade e bens.

Para Locke, diferentemente de Hobbes, o homem, em seu “estado de natureza”, encontra-se amedrontado e indefeso, portanto, impossibilitado de causar dano ao próximo.

Inspirado em Locke, Charles-Louis de Secondat, Barão de Montesquieu, em sua obra *De l'esprit des lois*, defende o equilíbrio dos poderes numa atuação dinâmica e harmônica, desenvolvendo uma elevada teoria do governo que alimenta ideias fecundas do constitucionalismo, pelo qual se busca descobrir a autoridade por meios legais, de modo a evitar o arbítrio e a violência.

Ainda entre os contratualistas, encontra-se Rousseau, que, assim como Locke, defendia o ideal do homem bom em seu “estado de natureza”. Suas teorias apresentaram um avanço em relação às de Montesquieu, que defendia uma política liberal com participação reservada à burguesia. Locke nega a origem divina do poder real e outorga-o ao povo, estabelecendo os fundamentos dos princípios democráticos.

O Estado Liberal surge como um desdobramento do Estado Moderno,

representando um conjunto de ideias éticas, políticas e econômicas da burguesia, que se opunha, inicialmente, ao sistema feudal e, depois, ao absolutismo monárquico, traduzindo o pensamento burguês, que buscava a separação entre as questões que caberia ao Estado e os cuidados com as atividades particulares, sobretudo econômicas, que competiam apenas à sociedade. Dessa forma, reduzia a intervenção do Estado na vida do indivíduo¹².

Em face das mutações sociais e econômicas ocorridas, sobretudo no primeiro pós-guerra, passa-se do Estado Liberal ao Social de Direito, Estado intervencionista, patrono e paternalista, compadecendo-se tanto com o totalitarismo como com a democracia, coexistindo com o Estado socialista sem com ele se confundir¹³.

A partir desse modelo de Estado Social, erige-se o Estado Democrático de Direito, realizando a integração conciliadora dos valores da liberdade, da igualdade, da democracia e do socialismo, “ideal possível de ser atingido, desde que seus valores e sua organização sejam concebidos adequadamente”¹⁴.

1.1 O Estado Democrático de Direito

O Estado contemporâneo é caracterizado pela alteração nos processos políticos, que propicia a coexistência da multiplicidade de ideias e de valores nos grupos sociais, e os órgãos estatais mantêm diálogos pluralizados e difundidos não apenas com os indivíduos, mas também com todas as expressões da sociedade para, em concerto, decidirem acerca do interesse público. Quanto mais pluralista for a sociedade, mais ricos os desdobramentos do poder social e mais consistente a sedimentação do poder político que dele emana¹⁵.

O poder do Estado, recepcionado pelas sociedades contemporâneas

12 ARANHA, Maria Lúcia de Arruda. MARTINS, Maria Helena Pires. Temas de filosofia. 2 ed. São Paulo: Moderna, 2002, p. 163.

13 BONAVIDES, Paulo. Do estado liberal ao estado social. 5ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p.18.

14 DALLARI, Dalmo de Abreu. Op. cit., p. 257.

15 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O parlamento e a sociedade como destinatários do trabalho dos tribunais de contas. In SOUSA, Alfredo José de (*et al*). O novo tribunal de contas: órgão protetor dos direitos fundamentais, Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 55.

é, por natureza, uno e indivisível, concebido a partir da integração jurídica das vontades que convergem para produzi-lo nos “complexos seletivos desenvolvidos nas modernas democracias contemporâneas”, o que se sintetiza na expressão Estado Democrático de Direito.

Com efeito, desdobra-se, podendo expressar-se de muitos modos para executar distintas funções. Dessa forma, “cada uma delas passa a ser, assim, um modo específico de expressão do poder estatal, o que remete às Constituições uma definição derivada da expressão limitadora e condicionadora do emprego do Poder Estatal pelo manejo do instituto da competência”. Isto porque, longe de ser um instituto que reparte o poder estatal, a competência incumbe a “determinados entes e órgãos a missão de exercitá-lo, seja de modo exclusivo, compartilhado ou em associação”¹⁶.

[...] às funções tradicionais constitucionalizadas – a normativa, a administrativa e a jurisdicional novas outras funções constitucionais, como, à falta de consenso científico sobre a nomenclatura, a para-normativa, para-administrativa e para-jurisdicional, a fiscalizadora, a provocativa, a participativa, a defensiva (*haberliana*) e tantas outras mais que venham ser caracterizadas na lei ou na doutrina *juspublicista* contemporâneas, como, por exemplo, destacadamente assoma no Brasil a importante função consultiva vinculadora da advocacia pública bem como, no Direito Comparado, outras destacadas funções, como a de jurisdição constitucional (exercidas por cortes Constitucionais independentes) ou a de regulação monetária (a cargo de bancos centrais independentes).

Por outro lado, em se tratando de funções públicas cometidas ao Estado, ainda que o sejam apenas em princípio, notadamente as que exigem o exercício do monopólio da coerção, neste caso, como condição para que logrem produzir suas pretendidas eficácias jurídicas, será necessário que se defina, na ordem jurídica, a quem imputar o dever de exercê-las, o que torna necessário que se instituem órgãos aptos a desempenhá-las (melhor dito, portanto, que “poderes”), que podem ser, assim, conceituados genericamente como formas

16 *Ibidem*, p. 53.

estruturais estáveis destinadas à expressão do Poder Estatal.¹⁷

Os citados órgãos são criados e estruturados por meio de normas constitucionais ou infraconstitucionais, contudo é exclusivamente pela constitucionalização que alguns deles concentrarão certas funções específicas, de maior relevo, consideradas como essenciais à existência do Estado, entre elas distribuindo do modo mais definido o exercício do poder público, daí situarem-se no vértice da ordem jurídica.

Nessa perspectiva, é que o constitucionalista italiano Giuseppe de Vergottini identifica a característica predominante do Direito Público Contemporâneo, traduzido como fenômeno juspolítico, que denomina categoricamente “pluralidade dos centros constitucionais de imputação do poder”¹⁸.

Tão importante é hoje, para a teoria constitucional, a estruturação do poder estatal, entendida como a distribuição de tarefas por vários centros de imputação, todos com suas múltiplas funções públicas, que autores como José Joaquim Gomes Canotilho a eles dedicam estudos com vistas a uma melhor “compreensão material das estruturas organizatório-funcionais” do Estado, o que leva ao conceito de “constituição de direitos fundamentais, materialmente legitimada” e implica, ainda, “na articulação das normas de competência com a idéia de responsabilidade constitucional dos órgãos constitucionais, sobretudo dos órgãos de soberania, aos quais é confiada a prossecução autônoma de tarefas”.

Outras vertentes contemporâneas atrevem-se a ir mais longe, ao reconhecerem, nesse desdobramento estrutural de entes e órgãos constitucionais, as novas formas ampliativas com que vem se apresentando, em suas mutações, o antigo princípio da separação de poderes.

Nesse diapasão, José Luiz Quadros de Magalhães tece comentários sobre a separação de poderes, já considerada um tanto ultrapassada e em descompasso com um Estado que a cada dia amplia suas funções para receber suas

17 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Op. cit.*, p. 54/55.

18 MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. A teoria da separação de poderes e a divisão das funções autônomas no Estado contemporâneo – o Tribunal de Contas como integrantes de um poder autônomo de fiscalização. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, v. 71 – n. 2 – ano XXVII, abr/mai/jun de 2009.

crescentes demanda. E assevera que, com a evolução do Estado moderno, percebe-se que a ideia de tripartição de poderes se tornou insuficiente para dar conta das necessidades de controle democrático do exercício do poder, sendo necessário superar a teoria dos três poderes para se chegar a uma organização de órgãos autônomos reunidos em mais funções do que as originais.

Essa inteligência, segundo o autor, vem se consolidando em uma prática diária de órgãos de fiscalização e controle, essenciais à democracia, notadamente os Tribunais de Contas e o Ministério Público.

O destacado professor ressalta “que por mais esforço que os teóricos tenham feito, o encaixe destes órgãos autônomos em um dos três poderes é absolutamente artificial, e mais, inadequado”.

Superando a clássica divisão de poderes (funções) do Estado, entre Legislativo, Judiciário e Executivo, pode-se dizer que o Estado hoje necessita de um sistema mais sofisticado de exercício de funções que permita a garantia dos processos democráticos. A Constituição brasileira de 1988 reconheceu a necessidade de uma nova função de fiscalização, e embora o constituinte não tenha tido a iniciativa de mencionar um quarto poder, efetivamente criou esta quarta função autônoma essencial para a democracia e a garantia da lei e da constituição, que é a função de fiscalização. O Ministério Público encarregado desta função, para exercê-la de maneira adequada, necessita de efetiva autonomia em relação às outras funções (poderes) não pertencendo nem ao executivo, nem ao legislativo, nem ao Judiciário. O mesmo ocorre com os Tribunais de Contas, que embora necessitem nova forma de escolha de seus membros para que assumam este novo status, não podem pertencer a nenhum dos poderes tradicionais para exercer com eficiência sua função fiscalizadora.¹⁹

A discussão ocorre dentro de outra perspectiva contemporânea não menos importante: a busca da descentralização e fragmentação coordenada

19 MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. A teoria da separação de poderes e a divisão das funções autônomas no Estado contemporâneo – o Tribunal de Contas como integrantes de um poder autônomo de fiscalização. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, v. 71 – n. 2 – ano XXVII, abr/mai/jun de 2009.

de poder, o que, conseqüentemente, permite maior celeridade nas decisões, responsabilidade do administrador, visto que quem decide está próximo do administrado, e é exatamente a proximidade entre administrado e administrador que enseja a possibilidade concreta de controle social²⁰.

2 Tripartição das funções

Charles-Loui de Secondat iniciou sua teoria a partir principalmente das teses lançadas por John Locke, ainda que de maneira implícita, cerca de cem anos antes. Outrossim, a ideia da existência de três poderes não era novidade, remontando a Aristóteles, o qual “havia tratado do tema ao distinguir a assembléia-geral, o corpo de magistrados e o corpo judiciário (deliberação, mando e julgamento)”²¹.

Em sua obra, Montesquieu analisou as relações que as leis têm com a natureza e os princípios de cada governo, desenvolvendo a teoria de poder que alimenta as ideias do constitucionalismo, que, em síntese, busca distribuir a autoridade por meios legais, de modo a evitar o arbítrio e a violência. As análises desenvolvidas propiciaram melhor definição da separação das funções do Estado, hoje um dos principais pilares do exercício do poder democrático. O princípio da separação “alcançou a expansão numa época em que se buscava preservar os direitos individuais mediante a limitação do poder político, que, ao se abster, concorria para o exercício da liberdade: a um mínimo de estado corresponderia um máximo de liberdade”²².

Na verdade, Montesquieu idealizava apenas duas funções, legislativa e executiva. Em 1748, com a publicação da sua clássica obra, acrescenta a função judicial, embora não a tenha identificado como poder judiciário. Segundo sua teoria, o executivo seria exercido por um rei, com direito de veto sobre as decisões do parlamento. O legislativo, convocado pelo executivo, deveria ser separado em duas casas: o corpo dos comuns, composto pelos representantes do povo, e o corpo dos nobres, com a faculdade de impedir (vetar) as decisões do corpo dos comuns. Essas duas casas teriam assembleias

²⁰ *Ibidem*.

²¹ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Op. cit.*, p. 166.

²² *Ibidem*, p. 1687.

e deliberações separadas, assim como interesses e opiniões independentes²³.

Visando a combater o abuso do poder real, o filósofo concluiu que só o poder freia o poder, permitindo o delineamento do chamado sistema de freios e contrapesos, daí a necessidade de cada poder manter-se autônomo.

Na verdade, o poder do Estado é uno, e, portanto, não se deve falar em separação de poderes, mas, sim, em separação ou distribuição de funções do poder uno, e a cada órgão ou complexo de órgão corresponde uma função estatal materialmente definida. Nesse diapasão, não há, no Estado contemporâneo, nenhum inconveniente em reconhecer outras realidades que se apresentam como centros de poder e que constitucionalmente exercem parcela da soberania estatal na esfera das finanças públicas.

A conclusão a que se chega é que a tão apregoada separação de “poderes” está ultrapassada, e, por conseguinte, já se admite a existência de outras funções estatais, entre elas, a controladora, exercida pelas Cortes de Contas.

3 Jurisdição

Jurisdição trata-se de expressão que vem assumindo contornos mais amplos, merecendo especial atenção, sobretudo de estudiosos que entendem que, no Estado Democrático de Direito, pode ser declarada por outros órgãos de estatura constitucional.

O termo tem origem no latim *juris*, direito, e *dicere*, dizer, traduzido como o poder que detém o Estado para aplicar o direito ao caso concreto, objetivando solucionar os conflitos de interesses e, por corolário, resguardar a ordem jurídica, bem como a autoridade da lei. Em seu sentido tradicional:

A jurisdição compete apenas aos órgãos do Poder Judiciário. Não obstante, modernamente, já é aceita a noção de que outros órgãos também exercem a função jurisdicional, desde que exista autorização constitucional. Um exemplo é a competência que foi dada ao Senado Federal para julgar o

23 *Ibidem*, p. 166

Presidente da República em caso de crime de responsabilidade²⁴.

Considerando a teoria da separação dos poderes, a jurisdição é a função precípua do Poder Judiciário, e, em regra, é exercida somente diante de casos concretos de conflitos de interesses, quando provocada pelos interessados.

Não obstante, a partir do sistema de freios e contrapesos, verifica-se também o exercício de funções atípicas por órgãos detentores de competências específicas, vale dizer, o Legislativo e o Executivo também exercem, mesmo que excepcionalmente, a função jurisdicional.

A doutrina não definiu claramente as características da jurisdição, em confronto com outras funções do Estado. Parte da doutrina conceitua a jurisdição como tutela de direitos subjetivos pelo Estado. Entretanto, para outros, não há como caracterizá-la a não ser considerando o órgão de que promana, “necessariamente um juiz”. Há, ainda, aqueles que consideram que o elemento característico da jurisdição é a presença do contraditório ou a composição do conflito de interesses²⁵.

Segundo Giuseppe Chiovenda, a “função jurisdicional é aquela que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la praticamente efetiva”²⁶.

Plácido e Silva assinala que a expressão, embora utilizada para designar atribuições especiais conferidas aos magistrados, a elas não se restringe. E, nesse sentido, acrescenta:

Isto por que, em sentido lato, jurisdição quer significar todo poder ou autoridade conferida à pessoa em virtude da qual pode conhecer de certos negócios públicos e os resolver. E neste poder, em que se estabelece a medida das atividades funcionais da pessoa, seja juiz ou autoridade de outra espécie, estão incluídas

24 CASTRO, Franklin Veloso de. A CONSTITUIÇÃO, A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E O DESENVOLVIMENTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO. Disponível em: <<http://www.diritto.it/pdf/27840.pdf>>. Acesso em 18 dez. 2011.

25 FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Tribunal de contas do Brasil: jurisdição e competência. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 117/118.

26 *Ibidem*.

não somente as atribuições relativas à matéria, que deve ser trazida a seu conhecimento, mas ainda a extensão territorial, em que o mesmo poder se exercita.

Também João Mendes limita o conceito à etimologia ao afirmar que “jurisdição é o poder de dizer o direito aplicável aos fatos, nas relações dos indivíduos entre si e entre os indivíduos e a sociedade”²⁷.

As discussões acerca desse tema podem levar ao estabelecimento de outros qualificativos, como a finalidade da jurisdição - compor lide, ou estabilizar relações - e a efetivação concreta do que foi dito, ou seja, executar o comando dito ou decidido. Esses elementos adjetivadores, criados pelos estudiosos, não estão incorretos, em termos didáticos; para principiante do direito, não seria correto, todavia, pretender limitar os termos ao uso no campo processual judiciário. Para invalidar o pretendido absolutismo desses ensinamentos, é mister ressaltar que o termo jurisdição não está obrigatoriamente associado, na sua origem, a outros elementos e não há porque permitir que “estudiosos do direito judiciário pretendam o monopólio da aplicação do termo, no contexto que, embora verdadeiro para o seu ramo da ciência, não é correto no amplo conteúdo da teoria geral do direito”. O poder de dizer o direito, num estado Democrático, só pode ser definido pelo próprio direito²⁸.

A função jurisdicional é, na atualidade, própria do Estado, e, assim sendo, enfeixa-se na soberania estatal, porque não adianta dizer o direito aplicável ao caso concreto, se, na necessidade de tornar efetiva e concreta a interpretação, o agente encarregado estiver impedido de fazê-lo. Vale dizer que não poderia o Estado aplicar o comando contido na regra jurídica se, em determinado momento do processo, não impusesse a definitividade do julgamento. É por isso que a expressão está intimamente associada à expressão coisa julgada.

O Estado substitui aos particulares na síntese das discussões, para indicar a quem pertence o Direito no exercício pelos órgãos do Estado, em especial, pelo magistrado, o juiz. Mas o juiz, e assinala

27 *apud* FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Op. cit.*, p. 119.

28 *Ibidem*, p. 121.

Carnellutti, não é somente o indivíduo julgador, também o que dispõe, cuja decisão tem eficácia ordenadora e que essa eficácia esteja consubstanciada numa sentença que tem a característica principal para a sua configuração como ato jurisdicional, “a autoridade da coisa julgada” na devida expressão de Liebman, porque os limites objetivos da jurisdição civil são fixados em razão da causa material ou objeto sobre o qual incide essa função estatal, e isto encontramos nos atos discricionários não passíveis de reexame total pelo Judiciário, porém, examinam-se as formalidades extrínsecas e a regularidade dos atos executórios.²⁹

Depreende-se, portanto, que, do amplo espectro de funções que devem ser definidas no ordenamento jurídico, compete à norma definir o exercício dessa função para regular a vida em sociedade, salientando que não bastará tão somente defini-lo, é também indispensável atribuir-lhe caráter de executoriedade e definitividade.

4 Tribunais de Contas

Os mais remotos registros existentes das primeiras tentativas de controle e fiscalização das contas e finanças públicas encontram-se nos papiros do faraó egípcio Menés, que governou o Alto Egito nos idos de 3000 a.C., cuja intenção era a cobrança de tributos de camponeses submetidos a intermináveis labores, tendo criado uma classe de funcionários públicos, chamados “escribas”, responsáveis pela supervisão da administração pública e pela cobrança de impostos³⁰.

Também na Grécia Antiga havia instituição assemelhada, a quem homens públicos prestavam contas, cujos resultados eram registrados em pedra e apresentados ao público. Na Roma antiga, a aferição das contas públicas já se procedia de forma mais ampla, chegando mesmo a ter seus fundamentos estabelecidos na legislação romana. As civilizações modernas, por sua vez,

29 *apud* FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Op. cit.*, p. 121.

30 SIQUEIRA, Bernardo Rocha. O Tribunal de Contas da União de hoje e de ontem. *In* Prêmio Serzedello Corrêa, 1998: monografias vencedoras. Brasília: Instituto Serzedello Corrêa, 1999.

contam do registro do *chambre des compte*, que remontam os tempos de Luiz IX, Rei da França, época em que as contas públicas eram mantidas sob maior vigilância³¹.

Destarte, não se pode ignorar a existência de um tribunal financeiro antes de 1215, o *Exchequer*, composto por barões feudais, ano em que também foi instituída a Magna Carta, responsável pelo controle das despesas oficiais³².

Ressalte-se, ainda, que, ao longo dos séculos XVI, XVII e XVIII, o império Austro-Húngaro e a Prússia também aderiram à criação de órgãos controladores das contas públicas. Tal adesão era reflexo da expansão da vida em sociedade, da participação maior do Estado na vida social, da necessidade de um controle maior do uso do dinheiro por parte dos administradores. Aliado a isso, contribuiu também para que a sociedade exigisse maior controle dos gastos públicos a laicização do Estado, que pôs fim ao direito divino, em que parlamentares passaram a se opor a reis, estabelecendo limites de arrecadação e despesas. E nessa batalha, que registra a transição das ditaduras do reino para os modernos Estados Democráticos de Direito, triunfaram os parlamentares.

No Brasil, desde o Período Colonial, há registros de formas que se assemelhavam a uma sistematização de controle das contas públicas. Ressalte-se que nas ordenações Manoelinas (1516) e Filipinas (1591) já era possível evidenciar o controle de contas. Mais à frente, em meados do século XVIII, o Marquês de Pombal tornou realidade instrumentos de controle como o Tesouro Geral e Real Erário, além dos Conselhos da Fazenda, e, visando ao aprimoramento do controle das contas públicas, centralizou a administração fazendária³³.

No entanto, somente Ruy Barbosa manifestou de forma contundente a necessidade imperiosa de se criar um órgão dotado de poderes amplos o suficiente para exercer a fiscalização sobre o erário, contribuindo para a consolidação de “um sistema sábio, econômico escudado contra todos os desvios, todas as vontades, todos os poderes que ousam perturbar-lhe o curso forçado”. Assim, decretada a falência do regime monárquico, a proposição da

31 SIQUEIRA, Bernardo Rocha. *Op. cit.*

32 MOREIRA, Maria do Céu Couto. Os 70 anos da corte de contas de Minas Gerais: um bosquejo histórico. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, v. 56 – n. 3 – ano XXIII, jul./set. de 2005.

33 *Ibidem*.

criação do Tribunal de Contas só aconteceu por meio da emenda à Constituição, tendo como escopo de liquidar as contas da receita e despesa da União e de verificar a legalidade delas, antes de serem prestadas ao Congresso Nacional, buscando na experiência italiana o ancoradouro para o controle das contas³⁴.

Somente no século seguinte, os Tribunais de Contas se instalaram efetivamente em todos os Estados da União, passando por fases diversas, obedecendo às mutações no cenário político brasileiro.

Nesse cenário contemporâneo, de efetivas mudanças no âmbito da Administração Pública, os órgãos de controle, acompanhando o processo de modernização, tendo como sua grande protagonista a sociedade, passam a exercer modernas e complexas funções, constituindo-se efetivamente em ferramentas de defesa dos direitos fundamentais e da democracia.

E assim as Cortes de Contas assumem papel de relevância, sobretudo num momento em que a sociedade clama por maior clareza na prestação de contas por parte daqueles que gerem recursos públicos.

4.1 Natureza jurídica e função de controle

Em 1948, a Constituição italiana e, logo depois, em 1949, a alemã, concederam autonomia constitucional aos seus respectivos tribunais de contas, inserindo-os no rol dos órgãos constitucionais de soberania³⁵.

Inaugurou-se, assim, nova etapa para a instituição de controle, sintonizando-a com o conceito fundante de Estado Democrático de Direito, com todas as implicações juspolíticas.

Portugal também assegurou à sua Corte de Contas o mesmo *status* dos demais tribunais, todos considerados órgãos soberanos, dotados de independência e subordinados apenas à lei.

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, tratou do Tribunal de Contas da União nos artigos 70 a 75 e 96, definindo-o como padrão para os órgãos congêneres estaduais e municipais (art. 75) e deferindo-lhe as mesmas prerrogativas de autonomia constitucional asseguradas aos tribunais do Judiciário (art. 73 c/c art. 96), de forma que,

34 ANHAIA MELLO, José Luiz de. Ruy, Instituidor da Justiça de Contas. Tribunal de Contas de São Paulo, 1974, p. 6.

35 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Op. cit.*, p. 59.

no rol das atribuições que lhe são constitucionalmente dispostas, satisfaz concomitantemente a todos os critérios que o identificam e o distinguem como uma das estruturas políticas da soberania, no desempenho das atividades inerentes à proteção dos direitos fundamentais³⁶.

Assim sendo, considerando a classificação de Spagna Musso, além de apresentar-se formalmente como órgão de matriz constitucional, materialmente detém todos os requisitos necessários, tratando-se de órgão constitucional subordinante, detentor de função constitucional distribuída em tarefas constitucionais (art. 71 e § 2º), e também essencial, pelo desempenho de competências políticas, expressões imediatas da soberania³⁷.

O processo de organização do poder, não tendo se esgotado no constitucionalismo clássico, está mais do que presente no fenômeno moderno, porquanto novas funções específicas passam a ser desempenhadas por órgãos constitucionalmente independentes, não participantes das estruturas dos três complexos orgânicos denominados Poderes, uma vez que exercem o que eram antes as únicas segmentações do poder do Estado, mas que hoje configuram apenas como as mais importantes, pelas funções que desempenham, assim como pela especial investidura de seus membros.

A função de controle foi constitucionalmente moldada e desconcentrada entre órgãos de poder. A partir do vínculo constitucional existente entre o Legislativo, poder político por excelência, por se tratar do órgão máximo de representação democrática, e o Tribunal de Contas, depreendem-se duas interpretações: a primeira, de que a Constituição, propositalmente, quis estabelecer entre ambos uma relação nem paritária nem hierárquica, mas de cooperação. A segunda, é que a função de cooperação compartilha a mesma natureza política de controle exercido pelo órgão assistido.

No elenco das atribuições específicas, distingue-se a cooperação técnica, quando o Tribunal de Contas atua como especialista na verificação da legalidade e da economicidade, relativamente aos aspectos contábeis, financeiros, orçamentários e patrimoniais, conforme preceitua o art. 70, da Carta de 1988, da cooperação de natureza política, situação em que a Corte

36 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Op. cit.*, p.60.

37 *Ibidem*.

atua na avaliação da legitimidade dos dados operacionais da Administração, emitindo decisões tipicamente de órgãos de soberania.

Nessa perspectiva, a gestão fiscal pública vai se tornando inexoravelmente a expressão financeira de políticas públicas legítimas, consentidas e subsidiárias, que devem prever riscos fiscais, cenário em que os agentes políticos e administrativos devem atuar com prudência, responsabilidade, abrindo, em consequência, às Cortes de Contas, amplas e fascinantes fronteiras nesse novo, delicado, mas superiormente concebido controle fiscal de legitimidade³⁸.

No exercício da função de controle, a instituição é marcada por alguns atributos:

1 são órgãos autônomos, constitucionalmente construídos, desvinculados de qualquer relação de subordinação com os Poderes, prestando auxílio, de natureza operacional e apenas em algumas situações específicas, ao Poder Legislativo;

2 a Constituição da República Federativa do Brasil prevê função de controle externo, composta por competências diversificadas, às Cortes de Contas: fiscalizadora, corretiva, opinativa e jurisdicional especial;

3 as Cortes de Contas possuem natureza jurídica de difícil apreensão, enquadrando-se nos chamados “órgãos constitucionais autônomos” ou “de destaque constitucional”, encontrando-se posicionados por entre as esferas do Poder ou ao lado delas, porquanto a evolução da sociedade e do Direito não mais admitem a teoria tripartite como estanque e absoluta;

4 o Tribunal de Contas exerce a função jurisdicional especial quando julga as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos, não havendo possibilidade de revisão de mérito pelo Poder Judiciário, salvo quando houver afronta ao devido processo legal ou manifesta ilegalidade³⁹.

4.2 Competências constitucionais

Competência é o feixe de atribuições reservadas a determinado órgão,

38 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Op. cit.*, p. 67.

39 GUERRA, Evandro Martins. *Direito financeiro e controle da atividade financeira estatal*. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 159/160.

entidade ou servidor, propiciando a titularização do poder e a consequente capacidade de exercício das funções. Em outras palavras, é a aptidão prevista, em primeiro plano pela Constituição e, em segundo, pela lei, para a atuação do Estado, mediante seus órgãos, entidades ou agentes públicos. É, por assim dizer, a distribuição do poder uno estatal, proporcionado a partir da ideia de desconcentração da Administração.

É o poder de ação e de atuação atribuído aos vários órgãos e agentes constitucionais, com o fim de prosseguirem as tarefas de que são constitucional ou legalmente incumbidos⁴⁰. É cediço que as competências, como atribuições estipuladas para o exercício do poder, são marcadas por serem obrigatórias, irrenunciáveis, imodificáveis, intransferíveis e imprescritíveis. Como asseverou Celso Antônio Bandeira de Mello, “o poder, na competência, é a vicissitude de um dever. Por isto é que é necessário colocar em realce a ideia de dever – e não a de poder”⁴¹.

A seu turno, as funções são as ações próprias, as atividades específicas, típicas de determinado órgão ou entidade, compostas de uma ou mais competências, formando a essência, a substância, a razão da existência do ser estatal.

Os Tribunais de Contas são órgãos fundamentais para o desenvolvimento e consolidação da democracia no Brasil, por serem responsáveis pela garantia de zelo às coisas do povo mediante o controle externo, exercido por meio das competências que lhes foram deferidas pela Carta Magna. Sua função (o controle) encontra-se determinada na Constituição. Seu perfil normativo ressaí da Constituição. O *caput* do art. 71 dispõe que o controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, listando ainda onze incisos, nos quais são descritas, pormenorizadamente, suas competências originárias.

O constituinte definiu com bastante precisão o rol das exclusivas competências destinadas aos Tribunais de Contas. Aliás, releva dizer, quando a Constituição determinou as atribuições, não reservou espaço para preenchimento por lei, isto é, o constituinte destinou para si a representação

40 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 543.

41 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 133/135.

do controle externo, não permitindo que fosse retomada a matéria por via legislativa. Assim, tendo as normas constitucionais dessa natureza eficácia plena, procurou o constituinte garantir a sua aplicação de forma independente e inequívoca, separando de forma expressa os serviços de cada um dos titulares do controle externo.

Entre tais competências, algumas se revestem de caráter subsidiário, visando a colaborar e apoiar os atos de fiscalização e controle exercidos pelo Poder Legislativo. Noutras, a maioria delas, a Constituição elencou as hipóteses de execução diretamente pelas Cortes de Contas.

Na verdade, o controle externo caracteriza-se pela existência de um sistema de duas forças paralelas de suportes distintos, com sentido único, atuando sobre o mesmo objeto. Vale dizer, há o exercício pelo Poder Legislativo, com ou sem a colaboração do Tribunal de Contas, e, por parte deste, a execução autônoma das competências privativas que lhe foram outorgadas pela Carta da República. Com efeito, para uma só função genérica, dois órgãos foram determinados, formando um sistema a serviço da mesma causa.

4.2.1 emissão de parecer prévio

4.2.1.1 funções política e administrativa da administração pública

A Administração Pública é compreendida em duas vertentes. Formalmente, apresenta-se como um conjunto formado por órgãos públicos, partes componentes do Poder Executivo, criados a partir do fenômeno da desconcentração da atividade administrativa estatal; entidades públicas, pessoas jurídicas administrativas, derivadas do fenômeno da descentralização funcional do estado (delegação legal); e agentes públicos, pessoas físicas que ocupam os cargos, empregos e funções públicas e exercem as atividades administrativas por meio de manifestações de vontade unilaterais, os denominados atos administrativos.

Materialmente, compreendem-se as atividades desenvolvidas pela Administração, abarcando a prestação de serviços públicos, limitações à liberdade e à propriedade (poder de polícia), medidas de intervenção (regulação) e atuação no domínio econômico, fomento e atividade financeira.

A expressão possui origem nos termos latinos: *administrare* – significando servir, executar, fazer, cometer; e também em *ad manus trahere* – indicando direção, comando, gestão. Em ambos, apresenta-se o sentido de subordinação e hierarquia, o que permite concluir que a Administração, em sentido amplo, vai atuar por meio de atos políticos, de comando, de iniciativa, praticados exclusivamente pelos detentores da função política, denominados agentes políticos que ocupam a chefia do Poder Executivo, bem como pelos servidores públicos que realizam as atividades administrativas em sentido estrito⁴².

Nesse sentido, destacam-se as funções política e administrativa da Administração Pública, que, subjetivamente, compõem o mesmo complexo, embora envolvendo atividades de naturezas distintas: uma positiva, de comando; outra neutra, de fazimento, de obediência, que caracteriza, nas linhas técnico-jurídicas do Direito Administrativo, a Administração propriamente dita, ou em sentido restrito.

Daí decorre a distinção dos atos de governo e dos atos de gestão, que irão ensejar, conforme o caso, a prestação de contas respectiva. A chefia do Executivo, exercendo a missão precípua de governo, produz atos de natureza política, visando à condução global dos misteres públicos e à definição dos comandos e diretrizes para as estruturas administrativas subordinadas. Nesse caso, os atos produzidos vão ensejar prestação de contas de governo. De outra sorte, os atos de gestão caracterizam-se como manifestações de consecução e materialização das determinações emanadas do governo, que vão ser agrupadas e formar as denominadas contas de gestão.

4.2.1.2 parecer prévio sobre as contas de governo

Na seara do controle externo, enquanto as contas de gestão submetem-se a julgamento da competência exclusiva dos tribunais de contas, as contas de governo, por sua vez, serão julgadas pelo Poder Legislativo, mediante parecer prévio - peça técnica, instrumento de apreciação das contas globais de governo que dará suporte para o julgamento pelo Poder Legislativo. A competência para emissão do parecer é atribuída ao Tribunal de Contas e visa a colaborar com

42 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Direito administrativo. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 48.

os representantes do povo, ao oferecer opinião fundamentada e especializada acerca das contas globais apresentadas pelo chefe do Poder Executivo.

A Constituição da República de 1988 reservou para o Tribunal de Contas da União, art. 71, I, a missão de apreciar e emitir parecer prévio conclusivo acerca das contas prestadas anualmente pelo chefe do Poder Executivo. Trata-se de etapa fundamental no procedimento de controle externo da gestão pública brasileira, porquanto oferece ao Poder Legislativo elementos técnicos essenciais para permitir-lhe o judicioso julgamento das contas de governo.

No art. 75, a Lei Maior determina a aplicação das normas dispostas naquela seção⁴³ à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios. Em relação às contas dos prefeitos municipais, a Constituição da República de 1988, no art. 31, determina a emissão de parecer prévio pelos Tribunais de Contas estaduais ou municipais, onde houver, que somente deixará de prevalecer por decisão de dois terços dos membros da Câmara Municipal.

A Constituição do Estado de Minas Gerais de 1989, a seu turno, dispõe que o controle externo, em âmbito estadual, é exercido pela Assembleia Legislativa, com auxílio do Tribunal de Contas, ao qual compete a emissão de parecer prévio sobre as contas do Governador. Dispõe, ademais, que, no âmbito municipal, o controle será exercido pela Câmara Municipal, que deve julgar as contas do Prefeito mediante parecer prévio do Tribunal de Contas.

Vale dizer, é pacífico o entendimento de que o modelo federal foi estendido simetricamente para o julgamento das contas dos Municípios, preservando a competência do Poder Legislativo para julgar as contas do chefe do Poder Executivo, após a necessária análise do parecer prévio emitido pela Corte de Contas competente.

Nesse ponto, reside uma das principais competências destinadas aos Tribunais de Contas, isto é, apreciar as contas prestadas pelo chefe do Poder Executivo. Apreciar é dar apreço, avaliar, examinar, estimar, considerar, analisar a prestação de contas apresentada, mediante parecer prévio, elaborado por um

43 Seção IX – Da fiscalização contábil, financeira e orçamentária; do Capítulo I – Do Poder Legislativo; do Título IV – Da organização dos poderes.

relator e levado à sessão plenária para decisão do colegiado.

O parecer prévio, consubstanciado no relatório das contas de governo, acompanhado do juízo técnico de conformidade, objetiva permitir uma análise do cenário financeiro e econômico e das ações macroeconômicas governamentais; promover a *accountability* governamental; dar transparência às ações estatais; avaliar o desempenho do governo; incentivar o aperfeiçoamento da gestão pública em seus mais variados aspectos; fornecer um parecer sobre os dados financeiros, patrimoniais e contábeis da União; além de realizar um diagnóstico profundo dos temas importantes para a sociedade, principalmente no que diz respeito ao crescimento⁴⁴.

No documento, há extensa exposição das questões econômicas, contábeis e financeiras, acompanhada do balanço geral e demais demonstrações financeiras correlatas e pelos quais se demonstram as receitas e despesas do exercício findo, com ênfase especial no desempenho orçamentário estatal e nas realizações do governo⁴⁵.

Com efeito, o parecer prévio é emitido com o escopo de subsidiar o julgamento das contas prestadas anualmente pelos chefes do Poder Executivo de todos os entes federados. Assim, o Congresso Nacional julga as contas do Presidente da República após emissão de parecer emitido pelo Tribunal de Contas da União; a Assembleia Legislativa julga as contas do governador do Estado, e a Câmara dos Vereadores julga as contas do prefeito municipal, amparadas pelos pareceres elaborados pelos Tribunais de Contas estaduais, salvo naqueles Estados onde foram constituídos Tribunais de Contas dos Municípios e nos municípios do Rio de Janeiro e de São Paulo, que possuem, cada qual, um tribunal próprio. Ademais, no Distrito Federal, a Câmara Distrital julga as contas do governador com arrimo na peça elaborada pelo Tribunal de Contas respectivo.

No parecer prévio emitido, as Cortes de Contas irão opinar pela aprovação, pela aprovação com ressalvas, quando são elencadas as providências necessárias ao saneamento das irregularidades apontadas, ou pela

44 Relatório sobre as contas do governo da República – exercício de 2011. Disponível em: http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/contas/contas_governo/Contas2011/index.html

45 FERNANDES, Jorge Ulisses. Tribunal de Contas do Brasil: jurisdição e competência. Belo Horizonte> Fórum, 2003, p. 308.

reprovação das contas. No exercício dessa competência, o Tribunal de Contas atua de maneira meramente opinativa, quer dizer, colaborando, ajudando, subsidiando, auxiliando o Poder Legislativo em sua missão constitucional de julgamento das contas.

Assim sendo, recebido o parecer pelo Poder Legislativo, esse deverá proceder ao julgamento das contas do chefe do Executivo, decidindo pela sua regularidade ou irregularidade.

Há, no que tange ao julgamento realizado na esfera municipal, excepcional particularidade, visto que, nos termos do §2º, do art. 31 da Carta da República, o parecer prévio emitido pelo Tribunal de Contas só deixará de prevalecer por decisão de dois terços dos membros da Câmara Municipal.

Nesse ponto, entendem alguns, a peça técnica lavrada pelos Tribunais de Contas não pode ser considerada como simples parecer, mas, sim, trata-se de princípio de julgamento, já que deixará de prevalecer tão só por maioria qualificada de dois terços. Ademais, tal parecer é citado por alguns como anomalia à pretendida autonomia político-administrativa destinada aos municípios brasileiros, tendo o constituinte originário de 1988 determinado um tratamento diferenciado a um dos entes federados sem haver fundamentação lógica.

Data venia, entende-se que a intelecção do dispositivo constitucional não remete a tal entendimento, até porque, julgamentos não comportam relativização, vale dizer, existem determinadas competências que não comportam meio-termo. Explicando: não existe, na ciência jurídica, “meio-julgamento”; um juízo pressupõe decisão acerca de alguma matéria em caráter de definitividade, isto é, se não há essa característica, não há caráter de decisão.

Por fim, o procedimento de julgamento das contas, por ser da competência exclusiva do Poder Legislativo, não poderá ser colocado em segundo plano, não se admitindo disposições legais que pretendam o chamado julgamento ficto das contas por decurso de prazo, isto é, o Parlamento não poderá deixar de proceder ao julgamento sob nenhuma hipótese, devendo sempre observar as regras constitucionais vigentes, mormente aquelas insculpidas no art. 5º, LV, propiciando a aplicação dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

O julgamento realizado pelo Poder Legislativo não elide eventual

responsabilidade civil ou criminal do agente político, visto que o patrimônio público possui caráter de indisponibilidade. Com efeito, havendo qualquer lesão ao erário, mesmo ocorrendo a aprovação das contas globais anuais do chefe do Executivo, poderá haver a responsabilização do agente ordenador de despesas, ou seja, daquele que ordenou o gasto que porventura tenha sido praticado de forma apartada da legalidade e legitimidade.

4.2.2 função jurisdicional

Nos termos expressos no art. 71, II, da Constituição da República de 1988, compete exclusivamente ao Tribunal de Contas:

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

Muitas linhas têm sido escritas a respeito do caráter jurisdicional das decisões emanadas pelos Tribunais de Contas. A polêmica surge a partir de algumas linhas interpretativas divergentes. A jurisdição traduz uma função estatal, e o seu exercício apresenta-se difuso entre os órgãos e poderes do Estado. De fato, quando, em colegiado, a Corte de Contas efetua o julgamento das contas dos administradores públicos, incluídos todos os responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos de toda a Administração direta e indireta do Estado, está executando tarefa que lhe é peculiar, de origem constitucional, sendo sua decisão definitiva.

O Tribunal de Contas está, no plano axiológico, a serviço da verificação e controle da regularidade das contas e da legalidade das despesas. É o órgão estatal especializado no julgamento das contas públicas. Destarte, o Poder Judiciário possui a força de rever as decisões do Tribunal de Contas no plano meramente formal, observando-se o devido processo legal, como também os direitos e as garantias individuais. Sem embargo, o mérito da decisão, próprio da Corte de Contas, envolvendo sua função precípua, isto é, o controle

contábil, orçamentário, financeiro, operacional e patrimonial, dizendo se as contas são regulares ou irregulares, não poderá ser apreciado pelo Judiciário, tendo em vista o caráter de exclusividade disposto ao órgão constitucional sobre a matéria.

Em face do ordenamento jurídico vigente, o Tribunal de Contas, órgão especializado no julgamento de contas, e o Senado Federal, no julgamento do Presidente da República e demais autoridades, por crime de responsabilidade, consoante os artigos 71, II, e 52, I, da Constituição da República de 1988, exercem função jurisdicional especial, constituindo, pois, exceções à regra do monopólio da jurisdição. Esses são os órgãos, dentro da sistemática constitucional brasileira, que, apartados da organização do Poder Judiciário, têm competência para decidir em caráter definitivo.

É importante notar a situação que ocorre nos pequenos municípios. Sucede que nos âmbitos federal e estadual, bem como nos grandes municípios, o Chefe do Executivo não atua como ordenador de despesa, em razão da distribuição e escalonamento das funções de seus órgãos e das atribuições de seus agentes. Contudo, há municípios em que o prefeito acumula as funções políticas com as de ordenador de despesa. Nesses casos, conforme decidiu o Superior Tribunal de Justiça, prefeito submete-se a duplo julgamento: um político, perante o Parlamento, precedido de parecer prévio; outro técnico, a cargo da Corte de Contas⁴⁶.

Assim, por imposição do razoável, o regime de julgamento de contas será determinado pela natureza dos atos a que elas se referem, e não por conta do cargo ocupado. Para as contas de governo, o julgamento será político; para os atos de gestão, de natureza técnica.

Nesse passo, Flávio Sátiro Fernandes explica que, se o Prefeito “se posiciona como agente político e como ordenador de despesa e de dispêndio, assinando empenhos, emitindo cheques, autorizando gastos, homologando licitações, enfim, responsabilizando-se por todas as despesas, das menores às maiores, pois todas são por ele ordenadas”, está sujeito a duplo julgamento.

46 STJ. RMS nº 11.060/GO, 2ª Turma. Rel. Min. Laurita Vaz. rel. p/ Acórdão Min. Paulo Medina. Julg. 25.6.2002. DJ, 16 set. 2002. Em outra assentada, o STJ entendeu que o Prefeito será julgado pelo Tribunal de Contas se, na condição de ordenador de despesas, cometer ato de improbidade. Vide STJ. RMS nº 13.499/CE, 2ª Turma. Rel. Eliana Calmon. Julg. 13.8.2002. DJ, 14 out. 2002.

Um, político, emitido pela Câmara de Vereadores, sobre as contas anuais oferecidas pela administração e examinadas, previamente pelo Tribunal de Contas que sobre elas emite, apenas, um parecer. O outro, técnico e definitivo, exarado pela Corte de Contas, que conclui pela legalidade ou ilegalidade dos atos praticados pelo Prefeito, na qualidade de ordenador de despesas⁴⁷.

Mas, quando em colegiado, as Cortes efetuam o julgamento das contas dos demais administradores públicos, está executando tarefa que lhe é peculiar, a competência jurisdicional prevista na Carta Magna (art. 71, II), sendo seu juízo dotado de definitividade no que se refere ao julgamento das contas. Assim sendo, sua atividade é também contenciosa.

A posição colacionada é corroborada por doutrinadores de escol, bem como pelas decisões prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal. Em linhas gerais, o Tribunal de Contas julga, sim, as matérias dispostas no inciso II do art. 71 da Carta Magna, e sua decisão possui caráter de definitividade, não podendo ser alcançada, no mérito, pela revisão judicial, pois seu julgamento é especializado, especificado, qualificado, referindo-se à regularidade ou irregularidade das contas julgadas.

Nesse ponto, é magistral o escólio de Frederico Pardini:

Só o Tribunal de Contas tem competência para julgar as contas públicas. De outra parte, só a Justiça comum tem competência, também exclusiva e privativa, para julgar as contas dos particulares, fazendo-o por decisão singular e, em caso de eventual recurso, por decisão colegiada⁴⁸.

As decisões dos Tribunais de Contas são tomadas de forma colegiada, por meio de suas Câmaras ou do Pleno. As decisões, revestidas de definitividade, possuem natureza diversa daquelas tomadas no exercício das competências fiscalizadoras.

O julgamento realizado pelo Tribunal refere-se exclusivamente às contas,

47 FERNANDES, Flávio Sátiro. O Tribunal de Contas e a fiscalização municipal. Revista do Tribunal de Contas da União, p. 37-49.

48 PARDINI, Frederico. Tribunal de Contas da União: órgão de destaque constitucional, p. 230.

ou seja, se elas serão ou não encerradas e liquidadas definitivamente, ao passo que a responsabilidade do gestor poderá vir a ser discutida no âmbito do Poder Judiciário.

De fato, como exposto antes, a matéria não é pacífica. Autores existem que negam aos Tribunais de Contas o exercício da jurisdição, dizendo que, em face das regras do art. 5º, XXXV, da Constituição, nenhuma lesão ou ameaça a direito poderá ser excluída da apreciação do Poder Judiciário.

Jurisdição é poder, prerrogativa prescrita a determinada autoridade pública de, no exercício das suas funções, dizer o direito (*ius dicere*), de acordo com os princípios da legalidade e legitimidade. O exercício da jurisdição não é exclusivo do Poder Judiciário, porquanto caberá, no Estado de direito, a quem a Lei Maior determinar competência.

O dispositivo em tela ressalta que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. O dispositivo refere-se à lei infraconstitucional, afinal a Constituição não é a lei, não se trata como tal. Quando prescreve que a lei não excluirá, significa que ela mesma, a Constituição, não só pode, como efetivamente afastou matérias da jurisdição do Poder Judiciário, e o fez expressamente nos artigos 52, I e II, e 71, II.

Nesse ponto, importa trazer à baila a lição dos ilustres doutrinadores que, desde a Constituição de 1934 (primeira a inserir a competência para julgamento de contas), melhor se aprofundaram no tema em questão. Pontes de Miranda asseverou:

Desde 1934, a função de julgar as contas estava, claríssima, no texto constitucional. Não havíamos de interpretar que o Tribunal de Contas julgasse, e outro juiz as rejuilgasse depois. Tratar-se-ia de absurdo *bis in idem*.

(...) e muito extravagante seria que, tendo a União o seu Tribunal de Contas, com atribuição explícita de julgar das contas dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos, tivesse de subordinar tais contas aos juízes locais⁴⁹.

O eminente Ministro do Supremo Tribunal Federal, José de Castro

49 PONTES DE MIRANDA. Comentários a Constituição de 1946, v. 2, p. 95.

Nunes, acerca da jurisdição dos Tribunais de Contas, deixou entendido:

A jurisdição de contas é o juízo constitucional das contas. A função é privativa do Tribunal instituído pela Constituição para julgar das contas dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos. O Judiciário não tem função no exame de tais contas, não tem autoridade para as rever, para apurar o alcance dos responsáveis, para os liberar. Essa função é “própria e privativa” do Tribunal de Contas⁵⁰.

Por sua vez, Miguel Seabra Fagundes explicita:

Duas exceções restritas admite a Constituição ao monopólio jurisdicional do Poder Judiciário, no que concerne à matéria contenciosa administrativa.

A primeira diz respeito aos crimes de responsabilidade do presidente da República, dos ministros de Estado, quando conexos com os desse, e dos ministros do Supremo Tribunal Federal. O seu julgamento competirá ao Congresso. A segunda se refere ao julgamento da regularidade das contas dos administradores e demais responsáveis pela guarda ou aplicação de bens ou fundos públicos atribuídos ao Tribunal de Contas⁵¹.

O ilustre jurista ensinava que, pelas razões expendidas, não há dúvida que o Tribunal de Contas deve ser investido no exercício, mesmo que parcial, da função judicante, porquanto “seu pronunciamento, embora restrito em amplitude, porque limitado ao aspecto contábil (o criminal fica à justiça comum), é conclusivo. Os órgãos do Poder Judiciário carecem de jurisdição para reexaminá-lo”.

Ademais, na mesma esteira, o autor dizia que nem tanto pelo emprego do termo julgar, mas, sim, pelo caráter de definitividade da manifestação da Corte, pois se a regularidade das contas pudesse dar lugar à nova interpretação pelo Poder Judiciário, o seu pronunciamento resultaria em “mero e inútil formalismo”⁵².

Nos dias de hoje, parte da doutrina especializada também vem se debruçando sobre a questão, sobretudo em função da insistência de

50 CASTRO NUNES. Teoria e prática do Poder Judiciário, p. 31.

51 SEABRA FAGUNDES. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, 4. ed., p. 139.

52 *ibidem*, p. 142.

interpretações inversas ao Texto Constitucional, carentes, é verdade, de maior reflexão.

A matéria exige inteligência hermenêutica ampla, quer dizer, exercício interpretativo que leve em conta aspectos literais, históricos e sistêmicos, delineando os contornos da instituição Tribunal de Contas a partir de sua idealização pelo Ministro Rui Barbosa e seus desenvolvimentos constitucionais subsequentes.

Nesse sentido, quando se tratar da competência expressa no art. 71, II, da Constituição da República, vale dizer, de sua função jurisdicional, o Poder Judiciário não poderá rever as decisões quanto ao mérito. A revisão judicial das decisões somente se dará quando estiverem contaminadas pelo abuso de poder, excesso de autoridade ou desvio de finalidade. A decisão do Tribunal de Contas, portanto, somente deixará de prevalecer quando houver violação ao devido processo legal ou manifesta ilegalidade.

Na mesma trilha, vale transcrever as percucientes linhas conclusivas de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes:

(...) o exercício da função de julgar não é restrito ao Poder Judiciário. Os Tribunais de Contas possuem a competência constitucional de julgar contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos. O termo julgamento não pode ter outro significado que não corresponda ao exercício da jurisdição, o qual só é efetivo se produzir coisa julgada; a melhor doutrina e jurisprudência dos Tribunais Superiores admite pacificamente que as decisões dos Tribunais de Contas, quando adotadas em decorrência da matéria que o Constituinte estabeleceu na competência de julgar, não podem ser revistas quanto ao mérito.⁵³

O mesmo autor, em importante obra versando acerca da tomada de contas, deixou assentado que o julgamento de contas é definitivo, observados os recursos previstos no âmbito desses colegiados. Esgotados os recursos ou

53 Cf. FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Limites à revisibilidade judicial das decisões dos tribunais de contas. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, p. 69-89.

os prazos para a interposição, a decisão é definitiva e, em matéria de contas especiais, não sujeita à revisibilidade no mérito pelo Poder Judiciário⁵⁴.

De sua parte, Fernando Gonzaga Jayme⁵⁵ averbou entendimento no sentido de que não há motivos para a permanência da controvérsia, maiormente em face da remansosa jurisprudência dos tribunais superiores, tendo reunido, em trabalho específico sobre o tema, importantes decisões do Supremo Tribunal Federal:

No julgamento do MS nº 5.490/RJ (Pleno. Rel. Min. Antônio Villas Boas. Julg. 20.8.1958. *DJ*, 25 set. 1958), o Supremo Tribunal Federal decidiu que o Tribunal de Contas exerce a sua competência jurisdicional, livremente, à maneira de um órgão do Poder Judiciário, dizendo o direito como o interpreta.

Posteriormente, em verdadeiro *leading case*, a Suprema Corte, ao julgar o MS nº 7.280 (Pleno. Rel. Min. Henrique D'Ávila. Julg. 20.6.1960. *ADJ*, 17 set. 1962), no qual o impetrante pedia a revisão do mérito da decisão do Tribunal de Contas em julgamento de contas, em voto da lavra do Ministro Relator, firmou o entendimento de que: "Na realidade, o Tribunal de Contas, quando da tomada de contas de responsáveis por dinheiros públicos, pratica ato insusceptível de impugnação na via judiciária, a não ser quanto ao seu aspecto formal, ou ilegalidade manifesta".

O STF, em todas as ocasiões em que foi conclamado a pronunciar-se sobre a matéria reconheceu de maneira uníssona esta qualidade nos julgamentos dos Tribunais de Contas. No julgamento do RE nº 55.821/PR (1ª Turma. Rel. Min. Victor Nunes Leal. Julg. 18.9.1967. *DJ*, 24 nov. 1967), o Ministro Relator deixou assentado: "Sem considerar minha opinião pessoal sobre o assunto, mas tendo em vista esses precedentes do nosso Tribunal, devo dizer algumas palavras sobre as irregularidades formais que o Tribunal de Justiça apontou na deliberação do Tribunal de Contas, por ele anulada. A meu ver, essas irregularidades formais são insignificantes, não têm

54 FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Tomada de contas especial: processo e procedimento nos tribunais e na administração pública, 2ª ed., p. 30.

55 JAYME. A competência jurisdicional dos Tribunais de Contas do Brasil. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, p. 182 a 187.

a gravidade que, de acordo com os precedentes mencionados, justificaria a intromissão do Judiciário nessa tarefa especial para cujo desempenho o constituinte instituiu um órgão altamente qualificado como é o Tribunal de Contas, protegendo seus Juízes com as garantias próprias dos magistrados”.

No julgamento do RE nº 55.821/PR, o Ministro Raphael de Barros Monteiro consolida a posição adotada no *leading case* acima referido: “Estou de pleno acordo em que não se pode chegar a outra conclusão senão àquela do acórdão mencionado pelo eminente Ministro Victor Nunes, do qual foi relator o Ministro Henrique D’Ávila, e que exprime o pensamento deste Tribunal. As decisões do Tribunal de Contas não podem ser revistas pelo Poder Judiciário, a não ser quanto ao seu aspecto formal”.

Em acórdão da lavra do insigne processualista Ministro Amaral Santos, o STF reafirmou, já na vigência da Constituição de 1967, a jurisdição do Tribunal de Contas.

O Supremo Tribunal Federal, tendo em foco a Constituição Federal de 1988, ao julgar o MS nº 21.466/DF (Pleno. Rel. Min. Celso de Mello. Julg. 19.5.1993. *DJ*, 6 maio 1994), reconhece esta nova moldura constitucional do Tribunal de Contas: “Com a superveniência da nova Constituição, ampliou-se, de modo extremamente significativo, a esfera de competência dos Tribunais de Contas, os quais, distanciados do modelo inicial consagrado na Constituição republicana de 1891, foram investidos de poderes mais amplos, que ensejam, agora, a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial das pessoas estatais e das entidades e órgãos de sua administração direta e indireta”.

O Min. Celso de Mello, relator do acórdão, deixou assentado que: “Nesse contexto, o regime de controle externo, institucionalizado pelo novo ordenamento constitucional, propicia, em função da própria competência fiscalizadora outorgada ao Tribunal de Contas da União, o exercício, por esse órgão estatal, de todos os poderes que se revelem inerentes e necessários à plena consecução dos fins que lhe foram cometidos”.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 132.747/DF (Pleno. Rel. Min. Marco Aurélio. Julg. 17.6.1992. *DJ*, 7 dez.

1995), reconheceu a função jurisdicional do Tribunal de Contas. O Ministro Relator consigna em seu voto que: “Nota-se, mediante leitura dos incs. I e II do art. 71 em comento, a existência de tratamento diferenciado, consideradas as contas do Chefe do Poder Executivo da União e dos administradores em geral. Dá-se, sob tal ângulo, nítida dualidade de competência, ante a atuação do Tribunal de Contas. Este aprecia as contas prestadas pelo Presidente da República e, em relação a elas, limita-se a exarar parecer, não chegando, portanto, a emitir julgamento. Já em relação às contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público Federal, e às contas daqueles que deram causa à perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo para o erário, a atuação do Tribunal de Contas não se faz apenas no campo opinativo. Extravasa-o, para alcançar o do julgamento. Isto está evidenciado não só pelo emprego, nos dois incisos, de verbos distintos — apreciar e julgar — como também pelo desdobramento da matéria, explicitando-se, quanto às contas do Presidente da República, que o exame se faz ‘mediante parecer prévio’ a ser emitido como exsurge com clareza solar, pelo Tribunal de Contas”. A este posicionamento, aderiu sem reservas o Ministro Celso de Mello.

No voto do Ministro Octavio Gallotti, colhe-se o seguinte: “Os Tribunais de Contas, recordei eu, a par de suas atividades de auxiliar do controle externo exercido pelas Casas do Legislativo, têm, também, *uma jurisdição própria e privativa*”.

No mesmo sentido pronunciou-se o Ministro Carlos Velloso: “O modelo federal, extensivo aos Estados e Municípios, institui, ao que se vê, duas hipóteses; a primeira, inc. I do art. 71, é a do Tribunal de Contas agindo autenticamente como órgão auxiliar do Poder Legislativo; aprecia as contas prestadas anualmente pelo Chefe do Executivo, mediante parecer prévio que será submetido ao julgamento político do Poder Legislativo, podendo ser recusado; na segunda hipótese, inscrita no inc. II do art. 71, o Tribunal de Contas *exerce jurisdição privativa*, não estando suas decisões sujeitas à apreciação do Legislativo. Cabe-lhe, na

hipótese do inc. II do art. 71, julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos”.

Examinada a questão à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, pode-se perceber que, nesta matéria, o Supremo guardião da Constituição não descurou de sua missão constitucional, apresentando as distinções entre as diversas funções exercidas pelo Tribunal de Contas, sem olvidar, contudo, o reconhecimento da jurisdicional.

Em conclusão, o destacado autor entende que a controvérsia doutrinária até então existente não encontra razões para subsistir, uma vez que a interpretação fixada pelo Supremo Tribunal Federal, reconhecendo a jurisdicionalidade do julgamento de contas feito pelo Tribunal de Contas, é definitiva e incontestável, porquanto na qualidade de guardião da Constituição é dele a última palavra a respeito da interpretação constitucional⁵⁶.

Demais disso, consubstanciando o entendimento, Athos Gusmão Carneiro lavra versado na mesma senda. Para ele:

A Constituição admite dois casos de “jurisdições anômalas”, exercidas por órgãos alheios ao Poder Judiciário. O primeiro diz respeito aos processos de impeachment (...). Em segundo lugar, o Tribunal de Contas, órgão colegiado, (...) quando “julga” as contas “dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos”, tal julgamento impõe-se ao Poder Judiciário no que concerne ao aspecto contábil, sobre a regularidade da própria conta; o julgado do Tribunal de Contas constitui prejudicial no juízo penal, como apuração, da qual o juiz não pode se afastar, de elemento de fato necessário à tipicidade do crime. Da mesma forma, tal “julgado” impõe-se na ação de ressarcimento promovida contra o responsável pelo alcance.⁵⁷

Por fim, é imprescindível colacionar as ricas palavras do supracitado Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, em sua substanciosa obra, referência hodierna

56 GUERRA, Evandro Martins. *Op. cit.*, p. 186.

57 Cf. CARNEIRO, Athos Gusmão. Jurisdição: noções fundamentais. Revista de Processo, p. 9-22, *apud* JAYME, Fernando Gonzaga. A competência jurisdicional dos Tribunais de Contas do Brasil. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, p. 180.

quanto à função jurisdicional do Tribunal de Contas, no que tange à utilização de verdadeira técnica jurídico-constitucional na prescrição das competências das Cortes de Contas:

Nesse quadro, é impossível sustentar que o constituinte agiu displicentemente, por ignorância ou descuido. Ao contrário, conhecendo a riqueza do vocabulário utilizou-o com perfeição, ora restringindo, ora elastecendo a função. Nota-se, no elenco de competência, o rigor científico na terminologia empregada, acentuando a diferenciação, inclusive da finalidade de cada mister cometido. Para algumas tarefas empregou-se o termo *apreciar*, em outras, *fiscalizar*, em outras, *realizar inspeção e auditoria* e apenas em um caso, *julgar*⁵⁸.

Existe uma efetiva jurisdição especial de contas, exclusivamente exercida pelas Cortes de Contas. A essência da função está relacionada, primeiramente, à questão de sua legitimidade. Nesse ponto, a menção ao mestre Haroldo Plínio Gonçalves, para quem o exercício da função jurisdicional repousa no mesmo fundamento de legitimidade em relação às funções legislativas e administrativas. O art. 1º da Constituição diz que todo poder é exercido por meio de representantes eleitos, ou diretamente nos termos da Constituição. Assim, quando se observa o exercício da função jurisdicional, tanto pelo Poder Judiciário quanto pelo Tribunal de Contas, conclui-se que os legitimados para o exercício dessa função não são eleitos. Daí a necessidade de se buscar o fundamento constitucional do exercício dessa função. A legitimidade constitucional para o exercício da função jurisdicional decorre da participação dos interessados e dos destinatários na decisão do processo. É exatamente esse o ponto que a legitima: a participação direta dos interessados

Também é a razão de ser da Sumula Vinculante nº 3, editada pelo Supremo Tribunal Federal, instrumento que defende como fundamento de legitimidade das decisões jurisdicionais, quer seja pela jurisdição ordinária, quer seja pelas jurisdições especiais, a observância do cumprimento do devido processo legal.

58 FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência, p. 139.

É esse o pressuposto *sine qua non*. O devido processo legal é o que qualifica como legítima a prestação jurisdicional. Embora a função precípua do Judiciário seja julgar, ele também exerce funções de natureza legiferante e executiva. Há gestão no exercício do poder. Vale dizer, não é o órgão (sujeito) que distingue ou qualifica o exercício da função, mas a própria natureza da função exercida, como asseverou Conrad Hass, para quem é pelo caráter finalístico da função jurisdicional que ela se qualifica, e a jurisdição se organiza para a proteção de direitos e das liberdades asseguradas na ordem jurídica contra o ilícito⁵⁹.

O que fundamentalmente marca a função jurisdicional é o caráter de definitividade da decisão. Uma vez decidida e atingida a autoridade de coisa julgada, essa decisão passa a ser indiscutível. E esse é o ponto que, de certa forma, gera maior controvérsia na identificação do caráter jurisdicional das decisões que o Tribunal de Contas profere ao julgar as contas.

Há argumentação no sentido de que, no sistema monista adotado no Brasil, a jurisdição é monopólio do Poder Judiciário. Contudo, o monopólio é do Estado e não do Poder Judiciário. Não se admite a subtração das decisões dos órgãos que realizam apreciação jurisdicional por determinação constitucional, no que se refere ao mérito do entendimento fixado. O pressuposto de validade das decisões do Tribunal de Contas é a observância das garantias constitucionais do processo, desde que se cumpra o que a Constituição estabelece como devido processo legal ou o devido processo constitucional.

De fato, não haveria sentido a criação e institucionalização de um órgão de envergadura constitucional, inserido na organização do poder estatal e constituído de complexa estrutura, se de toda a sua pujança decorressem apenas decisões débeis, de fragilidade tal que qualquer juiz pudesse desconstituí-la, revendo o entendimento especializado do Tribunal de Contas. Não faz nenhum sentido sob o ponto de vista de gestão nem sob o ponto de vista de estrutura constitucional, pois a Constituição assegura aos integrantes dos Tribunais de Contas as mesmas garantias e o mesmo estatuto jurídico reservado aos magistrados. Para que o constituinte asseguraria independência funcional, inamovibilidade, vitaliciedade, irredutibilidade de subsídio, que

59 JAYME, Fernando Gonzaga. *Op. cit.*

compõem na verdade a independência funcional dos conselheiros e dos ministros dos Tribunais de Contas, se eles não tivessem a atribuição de julgar? Essa característica de conferir independência ao julgador é, pois, uma garantia à própria sociedade⁶⁰.

Conclusão

No horizonte do Estado social democrático de direito, percebe-se uma ampliação *lato sensu*, por parte dos intérpretes do texto constitucional, notadamente no que se refere às funções exercidas atualmente, pois não se conformam nas clássicas três funções de Montesquieu.

A jurisdição apresenta-se como função estatal, e o seu exercício apresenta-se difuso entre os órgãos e poderes do Estado. Embora se caracterize como competência típica do Poder Judiciário, quando, em colegiado, a Corte de Contas efetua o julgamento das contas dos administradores públicos, incluídos todos os responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos de toda a Administração direta e indireta do Estado, está executando tarefa que lhe é peculiar, de origem constitucional, sendo sua decisão definitiva.

No plano axiológico, a corte de contas está a serviço da verificação e controle da regularidade das contas, da legalidade das receitas e despesas, em diversas searas. É o órgão estatal especializado no julgamento das contas públicas. Destarte, o Poder Judiciário possui a força de rever as decisões do Tribunal de Contas no plano formal, observando-se o devido processo legal, como também os direitos e as garantias individuais. Sem embargo, o mérito da decisão, próprio da Corte de Contas, envolvendo sua função precípua, isto é, o controle contábil, orçamentário, financeiro, operacional e patrimonial, dizendo se as contas são regulares ou irregulares, não poderá ser apreciado pelo Judiciário, tendo em vista o caráter de exclusividade disposto ao órgão constitucional sobre a matéria.

Em face do ordenamento jurídico vigente, o Tribunal de Contas, órgão especializado no julgamento de contas, e o Senado Federal, no julgamento do Presidente da República e demais autoridades, por crime de responsabilidade,

60 *Ibidem*.

consoante os artigos 71, II, e 52, I, da Constituição da República de 1988, exercem função jurisdicional especial, constituindo, pois, exceções à regra do monopólio da jurisdição. São esses os órgãos, dentro da sistemática constitucional brasileira, que, apartados da organização do Poder Judiciário, têm competência para decidir em caráter definitivo, em suas competências exclusivas.

O aprofundamento acerca da compreensão das funções estatais permeia a doutrina jurídica contemporânea, porquanto faz-se imperiosa a distinção funcional no Estado hipercomplexo, formado por atribuições específicas.

Nesse contexto, reconhecer a função institucional de controle do Tribunal de Contas, órgão competente para exercer o controle externo da Administração Pública, significa distinguir o fortalecimento das suas atribuições constitucionalmente reconhecidas a partir da leitura dos artigos 71, II; 73; 92 e 96 da Constituição da República, e, entre elas, destacar a função jurisdicional, impondo-se firmar que o Tribunal de Contas, ao julgar as contas, fá-lo em caráter definitivo, subtraindo da apreciação do Poder Judiciário o mérito das suas decisões. Não significa, entretanto, afastar da apreciação do Poder Judiciário as lesões ou ameaças a direito, quando for violado o contraditório e a ampla defesa, o dever de fundamentação, enfim, as garantias formais de legitimidade do devido processo legal.

Referências Bibliográficas

ANHAIÁ MELLO, José Luiz de. Ruy, instituidor da justiça de contas. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo – Jurisprudência e Instruções**, n. 34, p. 9097, jul./dez. 1973.

ARANHA, Maria Lúcia de Arruda; MARTINS, Maria Helena Pires. **Temas de filosofia**. 2. ed. São Paulo: Moderna, 2002.

ARISTÓTELES. **Política**: texto integral. Tradução de Pedro Constantin Tolens. 5. ed. São Paulo: Martin Claret, 2008.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 15.

ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Jurisdição: noções fundamentais. **Revista de Processo**, v. 5, n. 19, p. 922, jul./set. 1980.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional: teoria do Estado e da Constituição: direito constitucional positivo**. 14. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

CASTRO NUNES, José de. **Teoria e prática do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1943.

CASTRO, Franklin Veloso de. A Constituição, a jurisdição constitucional e o desenvolvimento constitucional brasileiro. *Diritto & Diritti*, R a g u s a , 0 4 j u n . 2 0 0 9 . Disponível em: <<http://www.diritto.it>> . Acesso em: 26 nov. 2012.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

Fórum Administrativo FA Belo Horizonte, ano 13, n. 143, jan. 2013 Biblioteca Digital Fórum de Direito Público Cópia da versão digital

FERNANDES, Flavio Sátiro. O Tribunal de Contas e a fiscalização municipal. **Revista do Tribunal de Contas da União**, v. 23, n. 51, p. 3749, jan./mar. 1992.

GUERRA, Evandro Martins. **Direito financeiro e controle da atividade financeira estatal**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

HOBBS, Thomas. *Leviatã, ou, matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil: texto integral*. Tradução de Alex Marins. São Paulo: M. Claret, 2005.

JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. Limites à revisibilidade judicial das decisões dos Tribunais de Contas. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, v. 27, n. 2, p. 6989, abr./jun. 1998.

JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. **Tomada de contas especial**: processo e procedimento nos Tribunais de Contas e na Administração Pública. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1998.

JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. **Tribunais de Contas do Brasil**: jurisdição e competência. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

JAYME, Fernando Gonzaga. A competência jurisdicional dos Tribunais de Contas do Brasil. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, v. 45, n. 4, p. 143193, out./dez. 2002.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. A teoria da separação de poderes e a divisão das funções autônomas no Estado contemporâneo: o Tribunal de Contas como integrante de um poder autônomo de fiscalização. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, v. 71, n. 2, p. 92101, abr./jun. 2009.

MENEZES, Aderson de. **Teoria geral do Estado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O parlamento e a sociedade como destinatários do trabalho dos Tribunais de Contas. *In*: SOUSA, Alfredo José de *et al.* **O novo Tribunal de Contas**: órgão protetor dos direitos fundamentais. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

MOREIRA, Maria do Céu Couto. Os 70 anos da corte de contas de Minas Gerais: um bosquejo histórico. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, v. 56, n. 3, p. 2334, jul./set. 2005.

PARDINI, Frederico. **Tribunal de Contas da União**: órgão de destaque

constitucional. 1997. Tese (Doutorado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 1997.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários a Constituição de 1946**. Rio de Janeiro: H. Cahen, 1947. 4 v.

RIBEIRO JÚNIOR, João. **Curso de teoria geral do Estado**. São Paulo: Acadêmica, 1995.

SEABRA FAGUNDES, Miguel. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

SIQUEIRA, Bernardo Rocha. O Tribunal de Contas da União de hoje e de ontem. *In*: TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU. **Monografias vencedoras do Prêmio Serzedello Corrêa 1998**. Brasília: TCU, 1999.

STRECK, Lenio Luiz BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **Ciência política e teoria geral do Estado**. 3. ed. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2003.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU. **Relatório e parecer prévio sobre as contas do Governo da República**: exercício de 2011. Tribunal de Contas da União, Brasília, 2012. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal>> . Acesso em: 26 nov. 2012.

As Relações Financeiras de Autarquias, Fundações e Empresas Estatais com a Administração Direta

Flavio C. de Toledo Jr¹

Resumo: Esse trabalho busca mostrar certas peculiaridades fazendárias das entidades que compõem a Administração indireta, nisso enfatizadas suas relações financeiras com o ente central, bem como a atenção do órgão do controle externo sobre relevantes atos e limites financeiros: se individual, entidade por entidade governamental; se consolidada, abrangendo todas as pessoas jurídicas do mesmo nível de governo.

Palavras-chaves: Autarquias; Fundações; Empresas Estatais.

1 Características jurídicas dos que compõem a Administração indireta (descentralizada)

1.1 Conteúdo Jurídico

O setor governo é composto pela administração direta e indireta; nesta última, as entidades são criadas pelo querer legal da primeira, daí surgindo as autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista e

¹ Assessor Técnico do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.

consórcios públicos.

Tais entes descentralizados são orientados uns pelo direito público (autarquias; certas fundações e consórcios públicos²); outros, pelo direito privado (empresas estatais; algumas fundações e consórcios públicos).

Segundo o Decreto-lei nº 200, de 1967, as pessoas jurídicas da Administração indireta têm em comum os seguintes traços:

- ✓ Criação mediante lei específica (art. 37, XIX, da CF) e, por simetria, extinção também autorizada por diploma legal.
- ✓ Identidade jurídica autônoma, o que lhes confere específicos direitos e obrigações.
- ✓ Receitas próprias para aplicação nas finalidades determinadas na lei instituidora.
- ✓ Patrimônio próprio.
- ✓ Sujeição ao controle do Tribunal de Contas e do Ministério Público.

A modo de ilustrar, a Administração indireta do Governo do Estado de São Paulo conta com 61 pessoas jurídicas, ou seja, 25 autarquias, 16 fundações e 20 empresas estatais ³.

No universo das autarquias, existem as de natureza especial, com maior autonomia que as demais. Disso fazem exemplo as universidades ⁴ e as agências regulatórias.

Contudo, não procede o repetido argumento de que tais figuras especiais possam criar cargos sem lei específica, escapar às regras do concurso público e tampouco deixar de transparecer sua movimentação orçamentária e financeira.

Com efeito, já decidiu o Supremo Tribunal Federal que “o princípio da autonomia das universidades (CF, art. 207) não é irrestrito, mesmo porque não cuida de soberania ou independência, de forma que as universidades devem

² Em abril de 2005, edita a União normas gerais sobre consórcios públicos; é a Lei 11.107. Antes disso, alguns consórcios sequer dispunham de personalidade jurídica; eram mero acordo de vontade estatal. Diferente, tal lei quer a individualização jurídica da associação multigovernamental: “Art. 1º - O consórcio público constituirá associação pública ou pessoa jurídica de direito privado”.

³ Conforme Portal do Governo do Estado de São Paulo - www.sp.gov.br

⁴ Art. 207 da Constituição – “As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão”.

ser submetidas a diversas outras normas gerais previstas na Constituição, como as que regem o orçamento (art. 165, § 5º, I), a despesa com pessoal (art. 169), a submissão dos seus servidores ao regime jurídico único (art. 39), bem como às que tratam do controle e da fiscalização.” (ADI 1.599-MC, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 26-2-1998, Plenário, DJ de 18-5-2001.).

Entre as empresas estatais do Município, tem-se visto que boa parte delas estão insolventes; apresentam dívidas cada vez maiores que os ativos, a justificar, de há muito, rápida extinção por intermédio de lei, depois assumindo o controlador (Prefeitura) as respectivas obrigações.

Do contrário, vai tal empresa acumulando encargos sobre seu descoberto passivo, o que aumenta o risco fiscal para o Município, ameaça essa a ser descrita e justificada, vale lembrar, em anexo próprio da lei de diretrizes orçamentárias (LDO), o referido no § 3º do art. 4º da Lei de Responsabilidade Fiscal:

“§ 3º A lei de diretrizes orçamentárias conterá Anexo de Riscos Fiscais, onde serão avaliados os passivos contingentes e outros riscos capazes de afetar as contas públicas, informando as providências a serem tomadas, caso se concretizem”.

1.2 Princípio da Especialização

Resta claro que autarquias, fundações, consórcios e empresas estatais só existem para a melhor prestação de certos serviços públicos, fato que submete tais figuras, com vigor, ao princípio da especialização. Daí que o desvio de finalidade é séria distorção na gestão descentralizada.

É por isso que, em regra, tais entidades, mesmo que bastante superavitárias, não devem ceder numerário para a respectiva Administração direta; eventual sobra monetária será empregada nos fins para os quais foram elas criadas; sob tal hipótese, notadamente em obras e outros investimentos, que, no futuro, geram expansão da atividade governamental.

Nisso, vale lembrar situação de autarquia de ensino superior que,

embora alertada pela Corte de Contas, perseverou no anual aumento de seu já elevado superávit financeiro, excedente esse que, em certo momento, precisou ser entregue, por força de lei, à Prefeitura, com insuficiência de caixa. Naquele alerta, dizia o Controle Externo que a sobra monetária deveria ser investida na ampliação de vagas ou na concessão de bolsas de estudos aos alunos carentes.

Realizados desvios desse gênero, alguns Tribunais de Contas rejeitam a conta anual dos dirigentes envolvidos no desvio de finalidade.

Ainda, com amparo nesse princípio da especialização, a receita tributária das autarquias não pode compor o limite da despesa com as Câmaras de Vereadores: os 3,5% a 7% de que trata o art. 29-A da Constituição. É bem isso o que ensina manual do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo⁵:

“Além disso, a despesa da Câmara não pode alcançar as taxas cobradas por autarquias municipais. De fato, a Constituição, no art. 168, evidencia a função provedora da Prefeitura, ou seja, os dinheiros da Câmara saem, única e tão-somente, do Caixa Central do Município; jamais das entidades da Administração indireta. Em face de sua especialização administrativa, autarquias não podem financiar a atividade legislativa”. (grifos nossos).

Tal vedação se agiganta em autarquias que administram regimes próprios de previdência, cujos dinheiros, depois de capitalizados, custearão, apenas e tão-somente, aposentadorias, pensões e benefícios congêneres (art. 6º, V, da Lei nº 9.717, de 1998).

Assim, o exame operacional, finalístico, de execução programática, é lide essencial na apreciação das contas da Administração indireta.

1.3 – O princípio da unidade orçamentária

Do mesmo modo que os órgãos e fundos centralizados, as células da Administração indireta submetem-se ao princípio da unidade orçamentária,

⁵ “O Tribunal e a Gestão Financeira dos Prefeitos” – 2012 – www.tce.sp.gov.br

consagrado que está no art. 165, § 5º, I, da Constituição.

Então, da autorização legal, jamais se afastam os orçamentos de autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista.

Dito de outra forma, a lei orçamentária anual preverá receitas e despesas não só da Administração direta, mas também daquelas pessoas descentralizadas, cabendo ressaltar que as empresas estatais autônomas, independentes do Caixa Central, apresentam, no orçamento, apenas sua programação de investimentos (art. 165, § 5º, II, da Constituição).

Nesse passo, o art. 107 da Lei nº 4.320, de 1964, não foi recepcionado pela vigente Carta Política. Tal dispositivo facultava que o orçamento de autarquias e paraestatais fosse aprovado mediante decreto do chefe do Poder Executivo, o que, claro, dispensava a autorização legislativa.

Vai daí que, ao negar a permissão legal, o gasto descentralizado está a afrontar o constitucional princípio da unidade, bem assim o art. 167, I e II da mesma Lei Maior:

“Art. 167. São vedados:

I - o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual;

II - a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais”.

Regidas pelo direito privado, certas fundações e empresas estatais devem produzir, em separado, demonstrativos segundo a Contabilidade Pública⁶; é assim para que se viabilize a consolidação com os balanços das outras entidades do mesmo ente estatal; eis a Portaria nº 589/2001, da Secretaria do Tesouro Nacional.

2. As transações no âmbito do mesmo nível de governo – extraorçamentárias na ajuda financeira; intraorçamentárias na aquisição de produtos ou serviços

⁶ Conforme a Lei 4.320, de 1964.

A Portaria STN/SOF nº 163, de 2001, estabeleceu que a ajuda financeira entre entidades públicas não mais onera o orçamento do concessor, quer isso dizer, antes empenhado contra a hoje extinta “Transferência Operacional”, o repasse, desta feita, põe-se fora da despesa orçamentária.

Dessa maneira, constituem fatos financeiros, não orçamentários, extraorçamentários, os repasses da Fazenda central para suas autarquias, fundações e estatais dependentes. Por extensão, acontece gasto orçamentário somente quando tais beneficiárias despendem o recurso recebido.

Sendo extraorçamentária a transferência, evita-se a inconveniente dupla contagem na soma das contas de mesma esfera de governo; é assim porque, sob ótica orçamentária, a receita só comparece no balanço da concedente enquanto a despesa só se apresenta no demonstrativo da beneficiada.

Por outro lado, tal método distorce o resultado orçamentário da Administração direta, cuja despesa não se verá integrada pela transferência extraorçamentária, malgrado esta ser bancada, financiada, amparada por receita normal, orçamentária daquela instância centralizada.

Por isso, devem os órgãos de controle fazer os ajustes aditivos na despesa orçamentária, o que, no ente central, reduz o superávit de execução orçamentária ou aumenta o déficit de execução orçamentária ou, mesmo, transforma superávit num déficit.

Esse sistema extraorçamentário, bom ressaltar, vale, tão-somente, para a ajuda financeira entre pessoas públicas de idêntico âmbito de governo, o que exclui qualquer contraprestação, em bens ou serviços, por parte de quem recebe o dinheiro.

Diferente disso, na venda de bens e serviços para entidades da mesma esfera governamental, o comprador faz, sim, gasto orçamentário em favor da entidade vendedora; gasto intraorçamentário, bom que se diga. É quando a

Prefeitura precisa pagar, à autarquia de água e esgoto, os serviços mensalmente utilizados. Eis o que quer a Portaria 338/2006, da Secretaria do Tesouro Nacional:

“Art. 1º - Definir como intra-orçamentárias as operações que resultem de despesas de órgãos, fundos, autarquias, fundações, empresas estatais dependentes e outras entidades integrantes dos orçamentos fiscal e da seguridade social decorrentes da aquisição de materiais, bens e serviços, pagamento de impostos, taxas e contribuições, quando o recebedor dos recursos também for órgão, fundo, autarquia, fundação, empresa estatal dependente ou outra entidade constante desses orçamentos, no âmbito da mesma esfera de governo” (grifos nossos).

Então, quando uma entidade adquire bens e serviços de outra célula do mesmo nível de governo, nessa operação intragovernamental o comprador empenha intraorçamentariamente, contra a modalidade 91 ⁷. De sua parte, o vendedor recepciona a entrada na subcategoria receita intraorçamentária.

À vista de ser uma só a origem do dinheiro, contá-lo como receita na entidade compradora e também na entidade vendedora, tal prática levaria à antes comentada duplicidade no balanço consolidado. Daí que, na reunião das contas, são expurgadas as bem identificadas receitas e despesas intraorçamentárias.

Para a sobredita Portaria 338, tal método intraorçamentário atinge as contribuições patronais ao regime próprio de previdência dos servidores (RPPS), posto que, a rigor, a autarquia previdenciária está a prestar um serviço para todo o ente estatal.

Aqui, cabe uma reflexão: não deveria ser intraorçamentária toda e qualquer transferência financeira entre entidades de mesmo nível de governo, daí evitando as transferências extraorçamentárias que reduzem, de forma irreal

⁷ Aplicação Direta Decorrente de Operação entre Órgãos, Fundos e Entidades Integrantes dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social (vide Portaria Interministerial nº 688, de 2005).

e inconveniente, a despesa orçamentária da entidade concessora?

Quanto ao consórcio público, é de se recordar que, sendo multigovernamental, não é, claro, figura de uma só esfera de governo. As contribuições a tal entidade não acontecem sob a já vista modalidade 91, mas, sim, na modalidade 71 – Consórcios Públicos. Depois, o acolhimento da receita, no Consórcio, nunca é intraorçamentário, mas simplesmente orçamentário (código 1723.37.00 – Transferências a Consórcios Públicos).

Ainda no tocante às relações financeiras entre a administração direta e indireta, é de salientar que, retido por autarquias e fundações públicas, o Imposto de Renda será recolhido ao Tesouro Central. É o que se depreende dos termos “Estados”, “Distrito Federal” e “Municípios”, ditos nos preceitos que asseguram a apropriação daquele tributo pelos entes subnacionais, vale dizer, os artigos 157, I e 158, I, da Constituição.

De fato, decidiu o Supremo Tribunal Federal que, de forma geral “e para efeito de legitimidade ad causam, as expressões Município e Prefeitura se equivalem” (in: RTJ 96/759).

Então, se o Município faz-se representar pela Prefeitura, o Estado o é por sua Administração direta, e, nessa trilha, o Imposto de Renda pertence ao ente central, ainda que gerado em autarquias e fundações, as quais só não procederão dessa maneira quando lei local estabelecer, de forma explícita, a renúncia por parte da Fazenda central.

3. A apreciação dos resultados de exercício de autarquias, fundações e estatais dependentes - ora individual, ora global.

Nos moldes do art. 50, III, da Lei de Responsabilidade Fiscal, a Administração direta elabora dois tipos de balanço: o individual e o consolidado:

“Art. 50. - Além de obedecer às demais normas de contabilidade pública, a escrituração das contas públicas observará as seguintes:

“III - as demonstrações contábeis compreenderão, isolada e

conjuntamente, as transações e operações de cada órgão, fundo ou entidade da administração direta, autárquica e fundacional, inclusive empresa estatal dependente” (grifos nossos).

O balanço consolidado congrega as pessoas jurídicas da mesma esfera de governo, alcançando a movimentação fazendária de todos os órgãos da Administração direta e de todas as entidades perfiladas na Administração descentralizada.

Por sua vez, o balanço individual somente registra as operações da entidade jurídica que o elabora. Então, há um para a Administração direta, outro para cada autarquia e mais um para a fundação pública local, sem falar do balanço próprio da empresa pública ou da sociedade de economia mista.

À vista de que o Poder Legislativo e o Judiciário, bem assim os Tribunais de Contas e o Ministério Público, todos eles não dispõem de personalidade jurídica, e a totalidade dos seus recursos proveem do Poder Executivo (art. 168 da CF); assim, o balanço específico do ente central inclui os números daqueles Poderes e órgãos estatais. Eis o balanço individual da Administração direta.

Se diferente fosse, irreal seria o resultado orçamentário da Administração centralizada, visto que, para fração da receita, não haveria a correspondente despesa, pois que esta, apesar de extraorçamentária, representou efetivo desembolso da Fazenda, sob a forma dos duodécimos entregues àqueles outros Poderes e órgãos.

Contra isso, pode-se argumentar que há autarquias, fundações e empresas estatais dependentes do Tesouro Central e, nem por isso, integram elas o balanço particular da Administração direta. Todavia, há de se convir que, ao contrário dos mencionados órgãos legislativos, judiciários e de controle, aqueles entes descentralizados têm personalidade jurídica; contam com patrimônio próprio; são entidades que não se confundem com o ente central, compondo outro segmento da Administração Pública; ao demais, não dispõem dos assegurados

repasses monetários até o dia 20 de cada mês (art. 168 da CF).

De todo modo e assim como já se viu neste trabalho, as instâncias de controle farão o ajuste aditivo nos balanços da Administração centralizada, inserindo, nas contas passivas, a transferência extraorçamentária para as entidades da Administração indireta. Assim farão com base em informações colhidas no Demonstrativo das Variações Patrimoniais (variação passiva, independente de execução orçamentária – transferências financeiras).

Aqui, põe-se uma óbvia questão: considerando que ambas possuem natureza extraorçamentária, o que difere as transferências para os Poderes da Administração direta dos repasses em favor da Administração indireta?

Do ponto de vista contábil, não há nenhuma diferença. Todavia, se, por exemplo, a Prefeitura não inclui a Câmara dos Vereadores no balanço da Administração direta, tal omissão pode ser qualificada como falha na conta do Prefeito, por ocultação de despesa típica daquela peça contábil. Enquanto isso, o repasse a autarquias, fundações e empresas estatais beneficia outra esfera jurídica do governo local. Nesse cenário, tal operação não comparece no balanço orçamentário da Administração centralizada; vai daí que, neste último caso, não pode o órgão de controle decretar falta de fidedignidade da peça contábil do ente central, sem embargo de fazer o já visto ajuste aditivo.

Neste ponto, já é possível concluir que, para o Controle Externo, a conta anual específica, individual, é mais relevante que a consolidada. Com efeito, além da identidade jurídica das entidades públicas, contribui para tal raciocínio o fato de os Tribunais de Contas emitirem parecer sobre o balanço específico do chefe do Poder Executivo (art. 71, I e art. 31, § 2º da CF), julgando, de outra parte, em definitivo, a gestão financeira dos titulares de cada uma das entidades da Administração indireta (art. 71, II da CF).

De se ilustrar que o Supremo Tribunal Federal tem recusado que as Cortes de Contas julguem atos financeiros do chefe do Poder Executivo, quer de gestão, quer de governo; para o caso, entende o STF, cabe somente o Parecer

Prévio, sujeito à derrubada por parte do órgão que, em definitivo, julga a conta executiva: o Poder Legislativo, seja a Câmara de Vereadores, as Assembléias Legislativas Estaduais ou o Congresso Nacional.

Em suma e face à autonomia jurídica das entidades que compõem o mesmo governo e das prescrições constitucionais sobre parecer e julgamento, os Tribunais de Contas, no exame da conta anual, não emitem, em regra, juízo sobre o balanço global, geral, consolidado da União, Estados e Municípios, porém se voltam à movimentação individual, particular, específica da Administração direta e, uma a uma, das autarquias, fundações, consórcios e empresas estatais.

Reforça tal conceito o fato de descaber ao chefe do Executivo responder por um déficit global, fruto da indisciplina fiscal daquele que comanda determinada entidade descentralizada.

Assim, em cada pessoa jurídica da Administração indireta, um dos mais vitais resultados de exercício considera, de um lado, a receita orçamentária e, se houver, a receita extraorçamentária vinda da Fazenda central; de outro, a despesa orçamentária.

Não raro, as entidades descentralizadas apresentam déficit orçamentário, compensado por um fato financeiro, independente da execução orçamentária: a ajuda monetária do cofre central.

No entanto e somente para questões orçamentárias e financeiras, daquele exame particular, exclusivo, não global, escapam os entes federados que, em nível de todo o governo, centralizam, de forma rigorosa, a autorização da despesa. É o caso do Estado de São Paulo, cujo governo, mediante o SIAFEM⁸, faz, sob ótica orçamentário-financeira, as entidades da Administração indireta não passarem de unidades do ente central. Sob tal centralização, autarquias, fundações e estatais dependentes não realizam despesa sem o prévio aval da Secretaria da Fazenda.

8 Sistema Integrado de Administração Financeira de Estados e Municípios – SIAFEM.

Então, sob tal método, o governador pode, sim, responder por desajustes fiscais da Administração indireta.

Aqui, vale repisar, esse diferenciado exame global alcança, tão somente, a execução orçamentária e financeira; para todos os demais atos de gestão, a apreciação das contas continua individual, entidade por entidade.

Ainda sob a análise particular, específica, não global, de atos financeiros, tem-se o art. 42 da Lei de Responsabilidade Fiscal, que, para os derradeiros oito meses da gestão, proíbe despesa sem cobertura monetária. É assim porque tal norma se refere, de modo expresse, a “mandato”, sendo que os titulares de autarquias, fundações e empresas não exercem, estrito senso, mandato, mas, sim, uma gestão administrativa. Portanto, no controle de tal norma fiscal, há de se verificar, tão-somente, a movimentação acontecida na Administração direta, nada mais que isso.

Disso decorrente, há de se descartar a oportunista inclusão de números superavitários de autarquias, fundações e estatais dependentes.

Já no tocante ao outro tipo de balanço, o consolidado, é de se dizer

que tal peça, na conta do chefe do Poder Executivo, serve para apurar limites fiscais relativos à despesa de pessoal, dívida fundada, operações de crédito, garantias e à proibição de aumento do gasto laboral nos derradeiros 180 dias do mandato (art. 21, § único, LRF).

Não obstante a Lei de Responsabilidade Fiscal, no parágrafo único do art. 21, impedir aumento da despesa de pessoal nos derradeiros 180 dias do mandato, destinando-se, do mesmo modo que o art. 42, à órbita do mandato, malgrado isso, a verificação da regra só pode ser feita no âmbito de cada Poder, de modo global, não específico a cada entidade jurídica; tudo isso porque a despesa com recursos humanos, sob a LRF, somente é calculada por Poder, não havendo limites específicos para autarquias, fundações e estatais dependentes.

Neste caso, sim, o presidente da República, o governador e o prefeito podem ser punidos por um desvio perpetrado por entidade da Administração descentralizada.

É bem o caso de autarquia com certa autonomia constitucional, por exemplo, de ensino universitário, que despense quase toda a receita com despesa de pessoal, fazendo, na soma dos números, o Poder Executivo ultrapassar o limite fiscal para tal gasto.

Em tal cenário, deve o Poder Executivo propor, na Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), norma que obrigue o dirigente autárquico a promover cortes no gasto de pessoal.

E ainda, tem-se a Lei 9.504, de 1997, que proíbe despesa de publicidade nos 90 dias anteriores ao pleito eleitoral, vedando, além do mais, que, em ano de eleição, essa despesa supere a média dos três últimos exercícios ou o gasto do ano anterior, o que for menor.

Nesse escopo, quer a Lei Eleitoral que, na conta do chefe do Poder Executivo, o controle da despesa com publicidade também agregue os congêneres gastos da Administração indireta, impedindo que autarquias,

fundações e empresas estatais sirvam como válvula de escape para os limites eleitorais.

Fica patente que solicita análise consolidada, global, esse controle de gastos com publicidade institucional.

Também se fará consolidação de valores no atendimento do regime especial de pagamento de precatórios judiciais, introduzido pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009, o qual alcança não só a Administração direta, mas de igual sorte autarquias e fundações. Por isso, na conta do governador ou do prefeito, será examinado, no todo, não apenas individualmente, o cumprimento daquilo que se pactuou no decreto executivo de 2010: depósito mensal de 1% a 2% da receita corrente líquida ou pagamento de 1/15 do débito judicial existente em 9 de dezembro de 2009.

Quanto à apuração da despesa obrigatória com Educação e Saúde, será global, consolidada, a análise nos entes da Federação que contam com autarquias e fundações voltadas à educação básica e à saúde pública.

Por fim, o seguinte quadro resume as situações de análise global e individual dos atos de gestão financeira.

ANÁLISE CONSOLIDADA	ANÁLISE INDIVIDUAL
	Conta anual de gestão, exceto nos casos de rigorosa centralização da despesa (ex.: SIAFEM)
	Art. 42 da LRF (órgãos da Administração direta)

Limites fiscais da despesa de pessoal (por Poder); dívida consolidada, operações de crédito, garantias (ente estatal)	
Art. 21, § único da LRF (por Poder)	
Limites da despesa com publicidade oficial (ente estatal)	
Regime especial de pagamento de precatórios judiciais (Administração direta, autarquias e fundações)	
Aplicação mínima em Educação e Saúde (ente estatal)	

Cidadania, transparência, proteção do erário e os Tribunais de Contas

George Brasil Paschoal Pítsica¹

Resumo: O artigo faz abordagem sobre o cidadão contemporâneo com enfoque na teoria psicanalítica de Charles Melman e sua correlação com o controle social e a atuação dos Tribunais de Contas. Busca demonstrar a importância do fortalecimento dos locais para o exercício da cidadania. Para tanto, aponta a importância do resgate da cidadania ativa como importante aliado na proteção do erário.

Abstract: The article is about the contemporary citizen approach focusing on the psychoanalytic theory of Charles Melman and its correlation with social control and operation of the Audit Courts. Seeks to demonstrate the importance of strengthening the local to the exercise of citizenship. Therefore, points out the importance of active citizenship rescue as an important ally in protecting the public treasury.

Palavras-chave: Cidadania; Transparência; Controle Social; Controle Externo; Tribunais de Contas.

Introdução

O ensaio trata da problemática relativa à busca pela transparência, fazendo uma correlação com os cidadãos a quem se dirigem as informações.

¹ Auditor Fiscal de Controle Externo do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, Mestrando em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI.

Para tanto, trabalha-se com a figura do “homem sem gravidade”, descrita por Charles Melman², bem como com algumas das consequências dessa “nova economia psíquica” por ele descrita, especificamente em relação a uma exigência cada vez maior por transparência a qualquer custo.

Relacionando esse novo homem com a democracia representativa, salienta-se que não basta aumentar o número de cidadãos com direito à participação nas políticas públicas, mas a sua educação, a busca pelo engajamento social daqueles realmente interessados, porém sem pregar qualquer modificação no sistema democrático atual, como a participação direta em todas as decisões políticas por meio de eventual “computadorcracia”, bem como uma tecnocracia ou qualquer outra forma que restrinja a participação de qualquer interessado.

Ao contrário, tendo em vista o crescente desinteresse de considerável parcela da população nos assuntos políticos, busca-se o aumento dos ambientes para o exercício democrático pelos cidadãos ativos por meio da transparência e maior interação com a Administração Pública, ressaltando, nesse ponto, o fundamental papel a ser exercido pelos Tribunais de Contas como órgãos de vanguarda em um Estado Democrático de Direito.

1. Transparência e a nova economia psíquica de Melman

A tendência mundial da busca pela transparência possui, dentre outros, um viés psicanalítico, descrito por Charles Melman como um dos reflexos da mutação pela qual o homem contemporâneo vem sofrendo com o surgimento de uma “nova economia psíquica”³, qual seja, “uma mutação que nos faz

2 MELMAN, Charles. O homem sem gravidade: gozar a qualquer preço; entrevistas por Jean-Pierre Lebrun. Trad. Sandra Regina Felgueiras. Rio de Janeiro: Companhia Freud, 2008.

3 Ilustrada na seguinte passagem: “Até aqui, éramos sensíveis a uma clínica organizada pelo recalque. É através dela que a psicanálise veio à luz quando, continuando Freud, se aceitou ouvir os ‘ruídos’ que os suspiros do desejo sufocado vinham fazer no campo da realidade. Passamos desse regime a um outro, no qual não apenas o desejo não é mais recalcado, mas em que são as manifestações do gozo que dominam – que deveriam dominar. A participação na vida da sociedade, o laço social não passa mais pelo compartilhar um recalque coletivo, o que chamamos os usos e costumes, mas, ao contrário, por uma reunião numa espécie de festa permanente para a qual cada um é convidado. O que hoje é encargo do sujeito é se manter na corrida pelo gozo. Condenado à juventude perpétua, não vai bem, pois esse gozo que lhe é como que imposto não é mais regulado, vimos, através de um lugar Outro. Mais nada vem testemunhar seu acme e sua detumescência. E o sujeito se ressentido de um certo desamparo e sofre, então, de uma falta de referências. O que se traduz, dentre outras coisas, pelo can-

passar de uma economia organizada pelo recalque a uma economia organizada pela exibição do gozo”⁴, externada, dentre outros meios, pela exigência por transparência a qualquer preço, como exemplificado na seguinte afirmação:

Hoje a questão é exhibir. O que se chama de gosto pela proximidade vai tão longe que é preciso exhibir as tripas, e o interior das tripas, e até o interior do interior. Não há mais limite algum à exigência de transparência. [...]

Eis que participa dessa nova economia. O olhar é, hoje, essa espécie de torturador diante do qual nada pode ser dissimulado. [...]

Conhecemos essa famosa história do panopticon de Bentham⁵. Esse cara genial havia previsto perfeitamente o funcionamento do mundo no qual vivemos: basta, para o vigia, estar nesse lugar para gozar de uma visão panorâmica do destino de seus contemporâneos, como se este a apresentasse alguma originalidade e pudesse suscitar algum interesse⁶.

O próprio Bentham visualizou a possibilidade (acentuada por Foucault) de estender o mecanismo do Panopticon a outras instituições e a todos os estabelecimentos em que seja necessário manter sob vigilância um certo número de pessoas⁷.

Diante desta tendência mundial que gravita em torno da transparência a qualquer custo, podemos retirar incentivos relevantes para a sociedade como um todo. Trata-se de pegar carona nessa onda de transparência como forma de incentivo para coibir condutas socialmente danosas.

2. Transparência e a proteção do erário

saço e pela ansiedade. Como se ele perguntasse: o que querem de mim?” MELMAN, Charles. op cit. p. 173.

4 MELMAN, Charles. op. cit. p. 16.

5 O panopticon de Bentham é a figura arquitetural inventada por esse célebre jurista e filósofo inglês (1748-1832), que Michel Foucault lembrou em *Surveiller et punir* (Gallimard, 1975). Trata-se de um modelo de prisão constituído por uma construção em círculo em volta de uma torre central; esta tem amplas janelas e as células da construção são integralmente de vidro, de tal modo que um vigia pode, da torre, observar o interior de todas as células.

6 MELMAN, Charles. op. cit. p. 23-24.

7 Cf. BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989. p. 98-99.

Segundo Levitt e Dubner, os incentivos existem em três tipos básicos: econômico, social e moral, entretanto, para se alcançar um objetivo, pode-se atacar por uma ou várias dessas vertentes:

Os incentivos existem em três tipos de sabores básicos: econômico, social e moral. É muito comum que um único esquema de incentivos inclua as três variedades. Tomemos a campanha antitabagista dos últimos anos. O acréscimo da “taxa do pecado” de \$3 em cada maço é um forte incentivo econômico contra a compra de cigarros. A proibição do fumo em restaurantes e bares é um poderoso incentivo social. E a afirmação do governo americano de que os terroristas angariam fundos com a venda de cigarros no mercado negro atua como um incentivo moral bastante estridente⁸.

Acatando tal premissa, pode-se utilizar dessas formas de incentivos para o combate à criminalidade, como exemplificam os autores retrocitados:

Alguns dos mais convincentes incentivos foram postos em prática para coibir a criminalidade. Considerando esse fato, seria válido pegar uma pergunta batida – por que há tantos crimes na sociedade moderna? – e virá-la ao contrário: por que não existem muito mais crimes?

Afinal, cada um de nós descarta regularmente várias oportunidades de lesar, roubar e fraudar. A possibilidade de acabar preso – e com isso perder o emprego, a casa e a liberdade, punições essas de caráter econômico – decerto é um incentivo de peso. Mas quando se trata de criminalidade, as pessoas também reagem a incentivos morais (não querem cometer um ato que consideram errado) e a incentivos sociais (não querem ser vistas pelos outros como alguém que age errado). Para determinados tipos de comportamento, os incentivos sociais detêm enorme poder. Numa reminiscência da letra escarlata de Hester Prynne, várias cidades americanas atualmente combatem a prostituição com

⁸ LEVITT, Steven D.; DUBNER, Stephen J. *Freakonomics: o lado oculto e inesperado de tudo o que nos afeta*. Trad. Regina Lyra. Rio de Janeiro: Campus, 2010. p. 33.

uma ofensiva “constrangedora”, difundindo fotografias de clientes (e prostitutas) condenados em sites da Internet e nas televisões abertas locais. O que representa um freio mais amedrontador: uma multa de \$500 por utilizar os serviços de uma prostituta ou a ideia de que seus amigos e a família vejam seu rosto em www.prostitutas&clientes.com?9

Da mesma forma, transpondo o exemplo para a proteção do erário contra casos de desvios, corrupção e mau uso por parte dos administradores públicos, pode-se obter grande estímulo com a adoção de medidas de transparência e acesso à informação por parte dos órgãos públicos, notadamente em relação aos Tribunais de Contas.

Para tanto, estas Cortes vêm se aperfeiçoando para interagir com os cidadãos através da criação de ouvidorias, portal do cidadão, etc., além das recentes medidas para a disponibilização de suas decisões, pareceres e votos, bem como da documentação que os fundamentam, através do processo de digitalização, para alimentar o portal do cidadão, medida esta em consonância com as diretrizes do acesso à informação.

A transparência da Administração se mostra como uma ferramenta indispensável para o controle moral e social do erário e também para atuação daquela parcela da população que efetivamente assume posicionamento ativo e preocupado com as questões políticas, como fiscal do erário e agente do controle social.

Um dos trechos mais exemplares a este governo das Considerações sobre o governo representativo de John Stuart Mill, na passagem em que ele divide os cidadãos em ativos e passivos e esclarece que, em geral, os governantes preferem os segundos (pois é mais fácil dominar súditos dóceis ou indiferentes), mas a democracia necessita dos primeiros. Se devessem prevalecer os cidadãos passivos, ele conclui, os governantes acabariam prazerosamente por transformar seus súditos num bando de ovelhas dedicadas tão-somente a pastar o capim uma ao lado da outra (e a não reclamar,

9 LEVITT, Steven D.; DUBNER, op. cit. p. 33-34.

acrescento eu, nem mesmo quando o capim é escasso)¹⁰.

Dá a importância da citação trazida por Bobbio quando cita o “Apêndice” à paz perpétua, de Kant, anunciando e ilustrando o princípio fundamental segundo o qual “todas as ações relativas ao direito de outros homens cuja máxima não é suscetível de se tornar pública são injustas”¹¹. E complementa, afirmando que “pode-se responder que uma máxima não suscetível de se tornar pública é uma máxima que, caso fosse tornada pública, suscitaria tamanha reação no público que tornaria impossível a sua realização”¹².

3. Locais para o exercício democrático – cidadania ativa

Os Tribunais de Contas, segundo Nóbrega¹³ “encontram um espaço institucional a ser ocupado para serem provedores de informações para os cidadãos, capazes de lastrear as suas decisões na hora da escolha dos governantes e consequente avaliação de sua gestão”, todavia “essa atuação dos Tribunais de Contas constrói uma via de mão dupla. Não só servem como provedores de informações e garantidores de que esses mecanismos de participação popular estejam sendo respeitados, como também se legitimam perante a sociedade, maximizando suas ações”¹⁴.

Nesse contexto, cumpre salientar a importância do controle social não só como instrumento de legitimação, mas também como importante colaborador para o exercício do controle externo efetuado pelas Cortes de Contas. Para tanto, transcrevemos parte do nosso “Breves reflexões sobre controle externo e controle social”¹⁵:

Partindo de um pressuposto histórico-constitucional de que os Tribunais de Contas no Brasil foram, em sua origem, instituições voltadas à análise meramente contábil das finanças públicas

10 BOBBIO, Norberto. op. cit. p. 31-32.

11 BOBBIO, Norberto. op. cit. p. 29-30.

12 BOBBIO, Norberto. op. cit. p. 90.

13 NÓBREGA, Marcos. Os Tribunais de Contas e o controle dos programas sociais. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 88.

14 NÓBREGA, Marcos. op. cit. p. 89.

15 PÍTSICA, George Brasil Paschoal. Breves reflexões sobre controle externo e controle social. Disponível em: <http://www.tce.ce.gov.br/revistacontrole/Controle_2011_2/13.pdf>

e com o decorrer das diversas Constituições brasileiras essa competência foi se ampliando, chega-se ao momento atual em que a Constituição de 1988, além das competências arroladas ao Tribunal de Contas, ao instituir um sistema aberto de regras e princípios e posicionando o Controle Social como Princípio Fundamental, possibilitou que este funcione como necessário instrumento de direção para o exercício do Controle Externo.

Nesse passo, observa-se que as diversas Cortes de Contas estão se posicionando em ampliar o espectro de participação da sociedade no âmbito do Controle Externo da Administração Pública.

Tal fato se justifica na medida em que, cada vez mais, os Tribunais de Contas estão priorizando o seu papel de órgão constitucional de defesa do Estado Democrático (e social) de direito.

Para tanto, o resgate da cidadania ativa em colaboração ao exercício do controle externo, ao fazer com que cada cidadão seja um fiscal do erário público, oportuniza que alcancemos um novo patamar em responsabilidade e responsabilização perante a Administração Pública, pois a certeza da impunidade gera o cometimento de ilegalidades.

Nesse passo, o controle social se apresenta como uma certeza invisível de que toda e qualquer prática lesiva aos interesses públicos poderá ser denunciada e, assim o sendo, será apurada, agindo diretamente no principal enfoque em que pode coibir tais práticas: se existe a dúvida (que gera a esperança ao mau gestor de não ser responsabilizado) de que o fato possa passar despercebido pelo órgão do controle externo, certamente restará a certeza de que não passará pelo onipresente olho social.

Para o alcance do objetivo pretendido – que é a resposta da pergunta invertida anteriormente apresentada no Freakonomics, agora por nós adaptada: por que não ocorrem mais desvios de verbas públicas? –, fundamental se faz não somente a transparência a todo custo, pois apenas esta não gera qualquer evolução em uma sociedade sem gravidade ou, utilizando-se da expressão de Melman, uma sociedade em mutação e formada por “homens sem gravidade”¹⁶,

16 Exemplifica o Autor citando uma jovem como o exemplo típico do que evoca na seguinte passagem: “Quero dizer que ela não faz nada, não se preocupa com coisa alguma. Nem no que se refere a sua inserção social, nem no que se

mas também a efetiva conscientização do cidadão para que assuma o seu papel ativo na sociedade.

Nada corrói mais o espírito do cidadão participante que o indiferentismo dos que cultivam o seu “particular”. Trata-se de algo que já havia sido claramente percebido pelos antigos, como afirma Péricles numa célebre sentença registrada por Tucídides: “consideremos todo aquele que não participa da vida do cidadão, não como um que se ocupa apenas dos próprios negócios, mas como um indivíduo inútil”. Também Rousseau estava completamente ciente do fato: “Tão logo alguém diga dos negócios de estado: que me importam eles? Pode-se estar seguro de que o estado está perdido”¹⁷.

Por isso, deve-se oportunizar e incentivar a participação social e, principalmente, a educação para a cidadania, como afirma Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

Em princípio, em se tratando de políticas públicas, seria ocioso afirmar que a mais importante delas é a da educação e que todos os demais avanços sociais dela dependerão. Seria ocioso afirma-lo, se não fora, para reiterar aqui enfaticamente, à guisa de conclusão, a importância de educar o cidadão para a democracia, mostrando-lhe, desde a mais tenra idade, que enquanto a sociedade é a realidade tangível, pois é conformada por pessoas – todas as pessoas –, o Estado, em suas múltiplas configurações, é uma virtualidade necessária para que pessoas – algumas pessoas – possam tomar e executar decisões de interesse geral da sociedade e que, por isso, todo tipo de participação nesse processo interativo será importante para a vida de todos e de cada um, mas, em especial, porque é a mais fácil e permanentemente acessível, destaca-se essa modalidade de participação democrática exercida através dos instrumentos abertos ao controle social, isso não só pelo valor que possa ter em cada caso em razão de seu conteúdo,

refere a seu futuro pessoal ou profissional, mesmo no que se refere a seu presente. Mora numa apartamentozinho, no qual dorme durante o dia; à noite ai para as boates, num estado de incúria completo, com episódios de desrealização, mas não se queixa de nada. Foi a sua mãe quem a levou até mim, com uma história de estupro que se revelou uma fabulação. O que fez com que ela continuasse, para ser abusada como se deve. Quando a vemos, é uma moça bonita, franca, sem distúrbio psíquico aparente e, entretanto, seu estado é grave.” MELMAN, Charles. op cit. p. 61. 17 Cf. BOBBIO, Norberto. op. cit. p. 57.

como e principalmente, pelo que sempre terá como exemplo de civismo.

Com efeito, a vitalidade do controle social depende sobretudo da educação do cidadão para a democracia, particularmente, no caso em exame da área de atribuições das cortes de contas, para que essa função participativa tenha êxito, uma específica educação voltada à consciência da res publica e do dever que todos têm de zelar pela correta destinação dos recursos retirados da sociedade para custear as atividades do Estado.¹⁸ [grifos no original]

Não se trata de pregar a participação direta de todos em tudo, ou seja, convocar os cidadãos para participarem em todas as atividades do Estado, pois esta tarefa possivelmente poderia apenas agravar a situação, como ressalta Bobbio:

A democracia representativa, que é a única forma de democracia existente e em funcionamento, é já por si mesma uma renúncia ao princípio da liberdade como autonomia. A hipótese de que a futura computadorocracia, como tem sido chamada, permita o exercício da democracia direta, isto é, dê a cada cidadão a possibilidade de transmitir o próprio voto a um cérebro eletrônico, é uma hipótese absolutamente pueril. A julgar pelas leis promulgadas a cada ano na Itália, o bom cidadão deveria ser convocado para exprimir seu próprio voto ao menos uma vez por dia. O excesso de participação, produto do fenômeno que Dahrendorf chamou de cidadão total, pode ter como efeito a saciedade de política e o aumento da apatia eleitoral. O preço que se deve pagar pelo empenho de poucos é frequentemente a indiferença de muitos. Nada ameaça mais matar a democracia que o excesso de democracia¹⁹.

Portanto, na atual conjuntura social, verifica-se que não existe solução mágica para o futuro da democracia, pois uma parcela relevante da sociedade é formada por cidadãos pouco comprometidos não apenas com as políticas

18 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O parlamento e a sociedade como destinatários do trabalho dos Tribunais de Contas. In: SOUSA, Alfredo Jose de. et al. O novo Tribunal de Contas: órgão protetor dos direitos fundamentais. Belo Horizonte: Forum, 2003. p. 82-83.

19 BOBBIO, Norberto. op. cit. p. 26.

públicas, mas também com todos os demais assuntos que não estejam ligados à sua satisfação imediata, como acima referido por Melman.

Nesse sentido, verifiquemos um fenômeno não tão recente, mas bastante visível nos dias atuais, que é o voto de permuta em contraste com o voto de opinião. Este fenômeno, resultante do individualismo político por parte dos cidadãos, que também pode ser trabalhado em torno dessa preocupação com o cidadão liberal, esse novo homem sem gravidade, imediatista e facilmente manipulável²⁰, já se afigura como uma preocupação de longa data, senão vejamos:

Olhemos ao nosso redor. Nas democracias mais consolidadas assistimos impotentes ao fenômeno da apatia política, que frequentemente chega a envolver cerca da metade dos que têm direito ao voto. Do ponto de vista da cultura política, estas são pessoas que não estão orientadas nem para os output nem para os input. Estão simplesmente desinteressadas daquilo que, como se diz na Itália com uma feliz expressão, acontece no “palácio”. [...] Mas não posso deixar de pensar em Tocqueville que, num discurso à Câmara dos Deputados (em 27 de janeiro de 1848), lamentando a degeneração dos costumes públicos em decorrência da qual “as opiniões, os sentimentos, as ideias comuns são cada vez mais substituídas pelos interesses particulares”, perguntava-se “se não havia aumentado o número dos que votam por interesses pessoais e diminuído o voto de quem vota à base de uma opinião política”, denunciando esta tendência com expressão de uma “moral baixa e vulgar” segundo a qual “quem usufrui dos direitos políticos pensa em deles fazer um uso pessoal em função do próprio interesse”²¹.

20 Como afirma Melman: “Temos a felicidade de estar liberados das ideologias, mas para deixar lugar a quê? Como o sujeito é obrigado, entretanto, a se referir a um sistema Outro, o que tem lugar hoje são as informações. É aí que se situa o poder. Segundo as informações que você dá, você manipula inteira e perfeitamente os receptores, você os faz pensar, experimentar e decidir como você quiser. É por isso que não há mais, nos dias de hoje, homem político que ouse desdenhar a consultoria em comunicação, aquela que dará o signifiante mestre. Não é mais o economista, nem o estrategista, nem o sábio, nem o padre que ocupa o primeiro lugar, é o homem da comunicação. Será que não estamos em cheio num sistema psicótico? É o que garante a eficácia dessa manipulação mental: o sujeito não tem mais afastamento possível diante do discurso que a ele é apresentado, está aprisionado, preso na teia, cercado.” MELMAN, Charles. op. cit. p. 94-95.

21 BOBBIO, Norberto. op. cit. p. 32.

Portanto, verifica-se que os problemas que assolam as políticas públicas e que acarretam crescente corrupção não são de responsabilidade do sistema político, ou mesmo do sistema democrático, mas dos próprios cidadãos, o que torna o problema bem mais difícil de ser equalizado.

A sociedade capitalista contemporânea valoriza sobremaneira o dinheiro que possui, até porque, em sua maioria, é formada por cidadãos que recebem baixa remuneração. Paradoxalmente, quando recolhe aos cofres públicos parcelas de elevado valor, haja vista a pesada carga tributária existente no Brasil, tem-se, por hábito, após o pagamento, a guarda do instrumento de quitação e as costas ao dinheiro.

Assim, não adianta propiciar os mecanismos para a participação social no controle da Administração, é imperativa a criação de programas voltados à formação do cidadão consciente de seu papel na sociedade²².

Desta feita, verifica-se que a solução não está na mudança do sistema político representativo, mas em sua otimização, com o aumento dos locais de exercício democrático, como as instituições públicas, notadamente os Tribunais de Contas, como verdadeiras escolas de cidadania que são, com seus programas de capacitação externa. Dentre estes, cita-se o programa TCE orienta itinerante, recentemente colocado em prática pelo Instituto de Contas do TCE/SC.

Ou seja, para se fortalecer o sistema democrático, não é necessário aumentar o número de eleitores, pois já se percebeu que somente isto não basta, pois muitos deles efetivamente não têm o menor interesse em participar, mas o de capacitar os interessados e ampliar os locais em que estes possam exercer os seus direitos e buscar uma atuação ativa.

[...] quando se quer saber se houve um desenvolvimento da

22 GUERRA, Evandro Martins. Direito financeiro e controle da atividade financeira estatal.3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p.113.

democracia num dado país o certo é procurar perceber se aumentou não o número dos que têm direito de participar nas decisões que lhes dizem respeito, mas os espaços nos quais podem exercer este direito²³.

Considerações finais

Verifica-se uma mutação na sociedade mundial, apontada por Melman como fruto de uma nova economia psíquica, que nos faz adotar uma nova postura para modificar as suas mazelas, notadamente em relação ao chamado homem sem gravidade. Este homem se caracteriza por ser um cidadão que passa a se afastar, cada vez mais, dos assuntos relativos às políticas públicas, “tornando-se” uma dócil e obediente ovelhinha, manipulável pelos mais diversos interesses políticos e econômicos.

A solução apresentada em carona aos ensinamentos de Bobbio não é no sentido de se aumentar o número de eleitores, ou a adoção de uma democracia direta, ou qualquer outra forma de modificação do sistema democrático atual, mas no sentido de educar os cidadãos para assumirem o seu lugar na sociedade, buscando ferramentas que possam facilitar essa atuação e que os estimulem a agir não em busca de interesses particulares, mas em prol de toda a sociedade.

Para tanto, como um locus para o exercício da cidadania, apresentam-se os Tribunais de Contas como órgão de vanguarda na proteção do erário e fornecedor de importantes informações para que a sociedade tenha acesso aos documentos e demais informações técnicas sobre as prestações de contas dos gestores públicos e demais responsáveis por dinheiros públicos, de forma acessível e em linguagem de fácil entendimento.

Essa é a transparência com a qual se pode almejar uma revolução social na responsabilização do erário, que pode atacar simultaneamente os três incentivos apresentados por Levitt e Dubner: sofrer uma penalidade ou ser condenado a restituir o erário por parte de um Tribunal de Contas é um incentivo de caráter econômico de peso; como ninguém quer agir deliberadamente de forma errada, este é um incentivo de caráter moral; além do que, a divulgação ampla e ilimitada das restrições apontadas ao gestor serve como forte incentivo

23 BOBBIO, Norberto. op. cit. p. 28.

social, pois este não quer que seus amigos, familiares e eleitores o tenham taxado de mau gestor

Referências Bibliográficas

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989.

GUERRA, Evandro Martins. **Direito financeiro e controle da atividade financeira estatal**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

LEVITT, Steven D.; DUBNER, Stephen J. **Freakonomics: o lado oculto e inesperado de tudo o que nos afeta**. Rio de Janeiro: Campus, 2010.

MELMAN, Charles. **O homem sem gravidade: gozar a qualquer preço; entrevistas por Jean-Pierre Lebrun**. Rio de Janeiro: Companhia Freud, 2008.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O parlamento e a sociedade como destinatários do trabalho dos Tribunais de Contas. In: SOUSA, Alfredo Jose de. et al. **O novo Tribunal de Contas: órgão protetor dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Forum, 2003.

NÓBREGA, Marcos. **Os Tribunais de Contas e o controle dos programas sociais**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

PÍTSICA, George Brasil Paschoal. Breves reflexões sobre controle externo e controle social. **Controle**. Revista semestral do TCE/CE. Fortaleza: Tribunal de Contas do Estado do Ceará. vol. IX. n. 1. Jul./dez. 2011. Disponível em: <http://www.tce.ce.gov.br/revistacontrole/Controle_2011_2/13.pdf>

Pesquisa de Clima Organizacional: a experiência do Tribunal de Contas do Estado do Ceará

Dalva Stella Nascimento Loureiro¹
Regina Lúcia da Silva Braga²

Resumo: Este trabalho verificou o modelo de gestão de pessoas com ênfase na pesquisa de clima organizacional implantada pelo Tribunal de Contas do Estado do Ceará (TCE) através da Resolução Nº 05/2012, objetivando compreender como esta ferramenta pode ser eficaz na implantação da política de gestão de pessoas. Utilizou-se a metodologia do tipo descritiva, bibliográfica e documental, através de pesquisas em livros, revistas, publicações on line e do TCE. Os fatores comuns nas quatro pesquisas de clima organizacional foram comparados entre si, possibilitando conhecer a evolução dos índices estudados. Concluiu-se que essa ferramenta é muito relevante para a excelência da gestão de pessoas.

Palavras-chave: Pesquisa de clima organizacional; Gestão de Pessoas; Tribunal de Contas do Estado do Ceará.

Resumen: El presente estudio examinó el modelo de gestión de personas,

1 Bacharel em Ciências Biológicas; Especialista em Administração Escolar e Mestranda em Ciências Administrativas. E-mail: dalvastella2008@gmail.com.

2 Graduada em Biblioteconomia, Especialista em Gestão de Arquivos Empresarias e Mestranda em Ciências Administrativas. E-mail: reginarlsb@yahoo.com.br.

con énfasis en la encuesta de clima organizacional implementada por el Corte del Cuentas del Estado de Ceará a través de la Resolución N° 05/2012, con el objetivo de comprender cómo esta herramienta puede ser eficaz para la aplicación de políticas de personas de administración. Se utilizó una metodología descriptiva literatura y documentos, a través de la investigación en libros, revistas, publicaciones en línea y TCE en sí. Los factores comunes en las cuatro encuestas de clima organizacional fueron comparados, lo que permite conocer la evolución de los índices estudiados. Llegamos a la conclusión que esta herramienta es muy relevante para la excelencia de la gestión de persona.

Palabras clave: clima organizacional; Gestión de personas; Corte de Cuentas del Estado de Ceará.

Introdução

A sociedade tem passado por mudanças aceleradas, motivadas pela globalização e pela competitividade que envolve organizações e pessoas. Segundo Ulrich (2001), esse panorama está constantemente se alterando ao demandar novos modelos de competitividade, que, por sua vez, requerem pessoas capacitadas, que possibilitarão que as organizações atendam melhor seus clientes e se diferenciem de seus concorrentes.

Em razão disso, para que se tenha um resultado satisfatório dos servidores, é necessário que haja uma implantação de gestão de pessoas paralelo com a pesquisa de clima organizacional, a qual permite conhecer as vantagens e as desvantagens do ambiente interno.

Segundo Chiavenato (1994), o clima organizacional é como um parâmetro, ou seja, se ele está favorável, a motivação, o desempenho e a satisfação ficam em alta; caso esteja desfavorável, estes fatores tendem a ficar em baixa.

Dessa forma, partimos da hipótese de que a pesquisa de clima organizacional pode trazer uma série de benefícios para as instituições que utilizam esta abordagem de forma alinhada aos seus objetivos estratégicos.

Dentro desta temática, surge o questionamento: a pesquisa de clima organizacional teve importância na implantação da política de gestão de pessoas no Tribunal de Contas do Estado do Ceará (TCE)?

O trabalho será conduzido utilizando pesquisa bibliográfica e análise descritiva de relatórios de pesquisa de clima organizacional realizados anteriormente pelo TCE, com o objetivo geral de verificar se as pesquisas de clima organizacional realizadas foram importantes na implantação da política de gestão de pessoas no TCE.

Para tanto, colocam-se os seguintes objetivos específicos: (I) verificar o entendimento teórico acerca da questão; (II) descrever o processo de concepção e implantação de gestão de pessoas no TCE com foco na pesquisa de clima organizacional; (III) demonstrar os fatores resultantes do estudo das pesquisas de clima organizacional realizadas anteriormente no TCE.

A justificativa desse artigo para a sociedade é contribuir para o enriquecimento dos estudos para pesquisas futuras em gestão de pessoas no poder público. Para a instituição, servir de instrumento de pesquisa, e para nós, gestores, uma ampliação sobre o conhecimento da gestão de pessoas, com o monitoramento através de pesquisas de clima organizacional.

Este trabalho, além da parte introdutória, está dividido em quatro seções. O Referencial Teórico, no qual são apresentados conceitos e evolução histórica de Gestão de Pessoas, Clima Organizacional e Gestão de pessoas no Tribunal de Contas do Estado do Ceará. Posteriormente é apresentada a Metodologia, a Análise e Discussão de Resultados e as Considerações Finais.

1 Referencial teórico

1.1 Gestão de pessoas: evolução histórica e conceito

A evolução dos modelos de gestão de pessoas vem ocorrendo ao longo do tempo, saindo de tradicionais departamentos para modelos mais modernos, fortemente vinculados à estratégia da instituição. É neste novo modelo que se insere a expressão de gestão de pessoas, como uma alternativa para os sistemas tradicionais baseados em cargos.

Dutra (2008), ao comentar sobre o assunto, narra que a gestão de pessoas remonta à Antiguidade, embora somente no fim do século passado é que essa questão assume a relevância necessária para merecer uma sistematização dos conhecimentos acumulados até então.

O autor narra que, desde a Revolução Industrial, na Inglaterra, houve a preocupação com a gestão de pessoas. Nos EUA, há registros da gestão de pessoas nas empresas do século XIX. Na França, discussões estruturadas sobre gestão de pessoas surgiram também no século XIX e estavam atreladas às relações de trabalho.

Dutra (2008) enfatiza que foi no século XX que a gestão de pessoas estruturou-se. Entretanto, no Brasil, seu processo evolutivo passou por fases históricas brasileiras, como a Primeira República (1930), o Estado Novo (de 1930 a 1945), a Segunda República (1945 a 1964) e o pós 1964, sendo sempre marcado por características legais e pelo referencial taylorista, tendo se consolidado nos últimos anos da década de 90.

Um modelo de gestão de pessoas dita a forma como o comportamento humano no trabalho será gerenciado em uma organização, definindo diretrizes e metas que deverão orientar a atuação dos gestores perante seus subordinados.

Assim, temos que a gestão de pessoas é uma área muito sensível à mentalidade que predomina nas organizações. Ela é contingencial e situacional, pois depende de vários aspectos, como a cultura que existe em cada organização, da estrutura organizacional adotada, das características do contexto ambiental, do negócio da organização, da tecnologia utilizada, dos processos internos e

de uma infinidade de outras variáveis importantes (Chiavenato, 2004).

Para Dutra (2006), a gestão de pessoas pode ser definida como um conjunto de políticas e práticas que permitem a conciliação de expectativas entre a organização e as pessoas, para que ambas possam realizá-las ao longo do tempo.

Diante dessas definições, passaremos a abordar o assunto em um órgão público, no caso o Tribunal de Contas do Ceará, onde a pesquisa foi realizada.

1.2 Clima organizacional: evolução histórica e conceito

Na atual sociedade, as empresas buscam em seus colaboradores criatividade e praticidade, para que possam ajudar a enfrentar novos tempos, na busca pela qualidade ideal que o mercado exige.

De acordo com Vázquez (1996), as primeiras pesquisas consideradas científicas sobre o estudo do clima organizacional remontam à década de 1930. Segundo Puentes-Palacios (2002), um dos primeiros trabalhos realizados com o objetivo de organizar publicações relativas a este tema, foi desenvolvido por Forehand e Gillmer (1964), que tiveram como base 104 publicações científicas datadas de 1939 a 1963. Neste trabalho, clima e ambiente organizacional foram considerados sinônimos.

Argyris (1964) foi quem realizou a primeira análise sistemática denominada clima organizacional. Ele concluiu que as organizações precisam criar uma atmosfera interpessoal de confiança, abertura e de baixa ameaça. De acordo com Schneider e Snyder (1975), esse conceito deveria se referir mais a uma área de pesquisa do que a uma unidade específica de análise ou a um conjunto particular de dimensões.

Souza (1980) afirma que o interesse pelo estudo de clima organizacional tomou feição científica na década de 1970. Antes disso, as referências eram de caráter geral e, muitas vezes, implícitas.

Segundo Oliveira (1996), o que se tem é que o clima organizacional iniciou uma nova perspectiva à Administração ao buscar argumentos para a performance do trabalho humano, através de relações entre esse fator e outros aspectos relevantes do cotidiano, como liderança, satisfação, ética, motivação, desempenho, rotatividade, entre outros. Esse tema ganhou importância nos últimos anos por ser considerado uma variável a ser investigada por aqueles que buscam explicações para a produtividade e a qualidade do trabalho das pessoas nas organizações.

De acordo com Santos, Kelm e Abreu (2001), os resultados das organizações dependem de três variáveis: pessoas, processos e filosofia estratégica. As pessoas, na busca dos resultados, utilizam processos que são orientados pela filosofia estratégica da empresa.

Para Bergamini e Coda (1997), um dos indicadores da eficácia organizacional é detectar até que ponto as necessidades da organização e das pessoas que dela fazem parte estariam efetivamente sendo atendidas, e isto é feito através da observação do clima organizacional.

A questão do clima organizacional está diretamente associada à interação entre indivíduo e organização. Ao longo dos anos, estudiosos e pesquisadores têm se debruçado sobre o estudo dessa relação para compreender os impactos das organizações sobre o indivíduo e destes sobre aquelas, o que ensejou o surgimento dos diversos modelos de estudo de clima (Haliski & Lara, 2008), que contribuíram para o desenvolvimento dessa pesquisa, conforme os modelos presentes na literatura sobre clima organizacional.

Segundo Ribeiro (1996), clima organizacional é o conjunto de fenômenos resultantes da ação humana, visualizada dentro das fronteiras de um sistema, e compõe-se de três elementos: os preceitos, a tecnologia e o caráter.

A cultura organizacional ou cultura corporativa é o conjunto de hábitos e crenças, estabelecidos por normas, valores, atitudes e expectativas, compartilhado por todos os membros da organização. (Chiavenato, 2010).

Para Wagner (2004)

A cultura de uma organização é um sistema de valores, portanto, é uma maneira informal e compartilhada de perceber a vida e a participação na organização, que mantém os seus membros unidos e influenciam o que pensam sobre si mesmos e seu trabalho. (p.367)

Glen (1976 como citado em Mello, 2004, p.61) usou clima como sinônimo de meio ambiente e interpretado como característico de cada organização e resultando da superposição mútua e em diversos graus dos seguintes aspectos situacionais: fatores estruturais formais, fatores sociais não-formais, aspectos particulares da organização e fatores individuais.

Importante distinguir os dois conceitos de cultura organizacional e de clima organizacional. A cultura organizacional representa o ambiente de crenças, valores, costumes, tradições do convívio social e relacionamento entre as pessoas e liga a maneira de ser de cada organização, refere-se a um sistema social complexo.

Um clima favorável pode ser expresso como aquele que proporciona satisfação das necessidades pessoais dos participantes, influenciando direta e indiretamente nos comportamentos, resultando em motivação, em produtividade do trabalho e também em realizações de todos os envolvidos com a organização.

Segundo Luz (2001), o clima retrata o grau de satisfação material e emocional das pessoas no trabalho, e este clima influencia profundamente a produtividade do indivíduo e, conseqüentemente, da empresa. Assim sendo, o mesmo deve ser favorável e proporcionar motivação e interesse nos colaboradores, além de uma boa relação entre os funcionários e a empresa.

O conceito de clima organizacional é muito abrangente e complexo,

pois busca sintetizar numerosas percepções, atitudes e preferências, bem como comportamentos, numa tentativa de medição objetiva.

É diante desses conceitos que iremos apresentar a evolução da gestão de pessoas, com foco no clima organizacional do TCE, com a percepção de valores humanos despertados e o impacto causado na excelência e na produtividade dos indivíduos em seu trabalho.

1.3 Gestão de pessoas com foco na pesquisa de clima organizacional no Tribunal de Contas do Estado do Ceará - TCE

O Tribunal de Contas do Estado do Ceará foi criado em 1935, e suas competências estão elencadas no art. 76 da Constituição Estadual de 1989, sendo, dentre outras, “[...] apreciar as contas prestadas anualmente pelo Governador do Estado, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias, a contar do seu recebimento (Assembleia Legislativa do Estado do Ceará, 2013)”. Além disso, julga as contas de todos os gestores estaduais, decidindo se estão ou não satisfatórias.

A evolução da implantação da gestão de pessoas no TCE teve início após o ano de 2004, pois não existia a Política de Gestão de Pessoas. A Divisão de Pessoal, subordinada ao Departamento de Administração, tratava de assuntos referentes à administração de pessoal e, após a resolução nº 775, de 20 de abril de 2004, passou à nomenclatura de Núcleo de Recursos Humanos.

Simultaneamente, a essa nova nomenclatura foi instituído um modelo de gestão de administração no TCE, a gestão participativa, com a criação de comitês, em três níveis de organização: executivo, coordenativo e operativo. Desde então, as decisões referentes à gestão administrativa são exercidas de forma compartilhada, sem interferir nas atribuições legais conferidas aos conselheiros e ao presidente do TCE (Tribunal de Contas do Ceará, 2005).

Em junho de 2004, foi realizada a primeira pesquisa de clima organizacional do TCE, com o propósito de medir o nível de satisfação dos servidores no ambiente de trabalho. A partir das informações colhidas,

desenvolveram-se ações com a finalidade de minimizar as insatisfações dos servidores, bem assim fortalecer os pontos positivos existentes.

A partir daí, voltou-se o olhar para o servidor em si, como pessoa e como fonte produtiva para a organização. Com o advento da resolução nº 3.404 de 22/12/2004, publicada no DOE de 21 01 2005, deu-se a implantação do plano estratégico do TCE para o período de 2004/2009.

Dentro desse plano estratégico, foi desenvolvida uma política adequada de RH voltada para a valorização do servidor, com os seguintes projetos, a serem realizados no período de 2005/2006:

- Implantar no TCE o Programa de Desenvolvimento de pessoas
- Programa de incentivo à Produtividade e Desempenho
- Prover o núcleo de Recursos Humanos de instrumentos para melhor gestão (TCE,2004).

No ano de 2007, com o cumprimento das metas, foi realizada a segunda pesquisa de clima organizacional, com o mesmo objetivo de mensurar o nível de satisfação dos servidores, buscando aprimorar ações que já tinham sido implementadas para uma melhoria contínua.

Dentre as ações implementadas, o Instituto Escola de Contas e Capacitação Ministro Plácido Castelo (IPC), que existia desde 1995, pela Lei Orgânica do Tribunal nº 12509/95, e implementado pela Resolução nº 2722/2007, com a finalidade básica de promover o aperfeiçoamento profissional, operacional e tecnológico dos serviços públicos do estado Ceará, foi efetivamente implantado a partir de 2008.

Em junho/2009, foi desenvolvida a terceira pesquisa interna do clima organizacional, buscando identificar e avaliar as atitudes e padrões de comportamento dos servidores, e o nível de satisfação destes, como vistas a orientar políticas de ação e correção dos problemas existentes neste Tribunal.

Em novembro do mesmo ano, foi contratada a empresa especializada na prestação de serviço de consultoria em Recursos Humanos, com o objetivo de implementação da política de gestão de pessoas, realizando o serviço contratado em cinco fases:

Tabela 1

Fases do Trabalho a ser Desenvolvido Pela Empresa de Consultoria

Fases	Objetivos
1ª fase	Mapear os conhecimentos, as habilidades e o modo de proceder dos servidores [...]
2ª fase	Revisar a metodologia de Avaliação de Desempenho e Produtividade; realizar o diagnóstico dos atuais indicadores de desempenho setoriais e dos critérios de pontuação dos servidores [...]
3ª fase	Avaliar as competências comportamentais individuais e avaliar os indicadores de desempenho
4ª fase	Planejar as Políticas de Gestão de Pessoas a partir das práticas atuais [...]

5ª fase	Preparar reuniões de acompanhamento das ações implementadas por este projeto [...]
----------------	--

Fonte: TCE, 2009

Com o resultado dessa consultoria, o Tribunal adotou como diretriz a valorização da qualificação técnica continuada do servidor, para dar eficácia ao Plano de Cargos e Carreiras e, pensando no bem-estar do servidor, à criação de uma unidade com atribuições voltadas para o meio ambiente do trabalho, a Coordenadoria do Sistema Integrado de Saúde e Meio Ambiente do Trabalho – COSISMAT –, com a parceria do Núcleo de Recursos Humanos, regulamentada pela Portaria nº 64/2012.

Diante dessas iniciativas, o TCE aprovou a Resolução Administrativa nº 05/2010, de 07 de dezembro de 2010, que dispõe sobre a política de gestão de pessoas, a qual tem, dentre outros objetivos, atender aos interesses da Instituição e dos servidores.

Na citada Resolução, em seu art. 1º, anexo, item 1, constam os conceitos e definições dos componentes abordados, dentre eles o da Política de Gestão de Pessoas:

Visam essencialmente a assegurar a disponibilidade das competências, os saberes e as inovações de que a organização necessita, condições essas que somente serão atendidas se contar com pessoas qualificadas, motivadas, satisfeitas com o trabalho, colaboradoras, seguras na realização de práticas e procedimentos, saudáveis física e psicologicamente.

Decorrem da racionalidade e do idealismo organizacional. São postulados que se transformam em regras estabelecidas para orientar as práticas correspondentes e assegurar que essas

práticas ocorram de acordo com os objetivos organizacionais e as aspirações das pessoas (TCE, 2010).

Além dos conceitos e princípios norteadores da gestão de pessoas, a Política define os princípios básicos da Gestão de Pessoas. São abordados onze subitens que incluem a valorização dos servidores, incentivos para o desenvolvimento/capacitação e sistema de remuneração atrelado aos seus resultados. E finaliza com a declaração de que a “Gestão de Pessoas será imparcial, transparente e imune a interesses que possam comprometer a sua efetividade” (TCE, 2010).

Os objetivos da Gestão de Pessoas na política implantada no TCE buscam orientar os servidores sobre as metas a serem atingidas, e estão elencados no item 3 do anexo do art. 1º da Resolução:

Tabela 2

Objetivos Estratégicos da Gestão de Pessoas

Números	Objetivos Estratégicos
3.1	Assessorar a instituição a alcançar seus objetivos e realizar sua missão;
3.2	Proporcionar competitividade à instituição;
3.3	Prover a instituição de servidores bem capacitados, treinados e motivados para alcançarem seus objetivos e metas;
3.4	Aumentar a autoestima e a satisfação dos servidores no trabalho;
3.5	Desenvolver e manter a qualidade de vida no trabalho;
3.6	Administrar as várias mudanças que ocorrem dia-a-dia de trabalho; e
3.7	Manter políticas éticas, justas e comportamento socialmente responsável

Fonte: TCE (2010)

Em consonância com a Resolução Administrativa nº05/2010, foi realizada, em junho de 2012, a 4ª Pesquisa de Clima Organizacional, com a finalidade de identificar a percepção dos servidores em relação aos aspectos do ambiente do trabalho, incluindo estrutura física, recursos técnicos disponíveis, funcionamento e padrão gerencial do Tribunal, tendo sido diagnosticado um resultado favorável de um modo geral.

No que se refere à imagem interna, os servidores revelaram boa participação nas decisões do seu setor e relataram um bom nível de contentamento com relação aos investimentos em capacitação profissional, tendo conhecimento sobre as prioridades e os objetivos do TCE-CE.

O relacionamento interpessoal apresentou um alto nível de satisfação com suas chefias. E por fim, nos aspectos sociais, também foi apresentado um elevado nível de satisfação com os cursos promovidos pelo IPC.

Quanto à qualidade de vida, a COSISMAT apresentou uma boa imagem no seu desempenho ao proporcionar bem-estar. Dessa forma, a última pesquisa de clima organizacional, realizada após a implantação da política de gestão de pessoas, demonstra os resultados gerais:

Tabela 3

Resultados Obtidos na 4ª Pesquisa de Clima Organizacional

Item estudado	%
Imagem externa	52,34%
Imagem interna	81,40%
Desempenho	78,59%
Relacionamento Interpessoal	90,27%

Estrutura física	72,22%
Motivação	93,86%
Qualidade de vida	78,07%

Fonte: Resultados apresentados pela Assessoria de Planejamento e Gestão para o RH/TCE - 07/02/2013.

Como se pode notar, a implantação da política de Clima Organizacional aponta resultados bastante satisfatórios por parte dos servidores participantes da pesquisa, contribuindo com os aspectos que influenciam na dinâmica organizacional.

2 Metodologia

Trata-se de uma pesquisa bibliográfica, uma vez que procura explicar o problema através da análise da literatura publicada em forma de livros, revistas, publicações avulsas e da internet, principalmente as publicações que envolvam o tema em questão. De acordo com Gil (2009), este tipo de pesquisa é desenvolvido com base em material já elaborado, constituindo principalmente de livros e artigos científicos.

A pesquisa será investigada de forma documental, através de Resoluções, Leis, Portarias e Relatórios do próprio TCE, dentre outros que tratam sobre o tema, sempre procurando fazer uso de material que ainda não sofreu tratamento analítico (Bastos, 2007).

Neste caso, foi considerada a documentação oficial do TCE, publicada na coletânea do TCE intitulada Relatório – Desempenho da Gestão.

Quanto aos objetivos, será feita uma abordagem descritiva, buscando-se descrever fenômenos, descobrir a frequência com que um fato acontece,

sua natureza e suas características, além de classificar, explicar e interpretar os fatos. A pesquisa se classifica também como exploratória, à medida que procura aprimorar ideias, ajudando na formulação de hipóteses para pesquisas posteriores, além de buscar maiores informações sobre o tema.

Neste sentido, os dados secundários foram extraídos das publicações da pesquisa de clima organizacional nos exercícios de 2004, 2007, 2009 e 2012, divulgados pela organização.

Esta demarcação temporal se justifica pelo fato da realização de quatro pesquisas da instituição corresponder a estes períodos. Foram identificados os fatores comuns relativos às quatro pesquisas e contextualizados dentro dos objetivos propostos mediante diagnósticos, quadros e tabelas.

No entanto, as conclusões apresentadas, apesar de poderem ter caráter indicativo, não podem ser generalizadas.

3 Análise e discussão de resultados

Realizou-se uma análise dos resultados das quatro pesquisas de clima organizacional de modo a identificar os diagnósticos comuns e as ações corretivas que foram fatores determinantes na implantação da política de gestão de pessoas (Resolução N° 05/2012). Somente contemplamos no nosso estudo os fatores comuns às quatro pesquisas.

A primeira pesquisa de clima organizacional do TCE foi realizada em junho de 2004 pelo Departamento de Administração, por intermédio do Núcleo de Recursos Humanos com o propósito de medir o grau de satisfação do público interno. As informações foram produzidas a partir dos dados fornecidos por mais de 50% dos servidores, para o desenvolvimento de ações que já estão sendo implementadas, visando a minimizar os pontos fracos e

reforçar os pontos fortes da gestão referente ao ano de 2004. O resultado geral em forma de gráficos e justificativas foi disponibilizado para conhecimento dos servidores na intranet.

A última pesquisa realizada em 2012 teve a ajuda do sistema informatizado desenvolvido pela Secretaria de Tecnologia da Informação, de fácil navegação e com acesso na rede interna, em que a organização prepara e estimula as pessoas para desenvolverem e utilizarem seu pleno potencial, em alinhamento com as estratégias da organização. Discorre, ainda, sobre a forma como as práticas relativas ao sistema de trabalho, à capacitação e desenvolvimento e à qualidade de vida são avaliadas e aperfeiçoadas. No quadro abaixo, foram detalhados o universo e a amostra das pesquisas:

Tabela 4

Universo e Amostra por Ano da Pesquisa Realizada

Assunto abordado/ Período	2004	2007	2009	2012
Reconhecimento e Trabalho em equipe	Universo: 156 Amostra: 86	Universo: 163 Amostra: 98	Universo: 158 Amostra: 117	Universo: 208 Amostra: 114

Fonte: Pesquisa das autoras

3.1 Reconhecimento

Em 2004, os servidores que apontaram reconhecimento por parte dos gestores pontuaram 41,86%, enquanto 34,88% disseram ser mais ou menos reconhecidos, e 18,60% responderam ser muito pouco reconhecido.

No ano de 2007, dos servidores entrevistados, 61% responderam que estavam satisfeitos com o reconhecimento recebido, enquanto 32% responderam que estavam satisfeitos apenas parcialmente.

Na pesquisa do ano de 2009, ao serem entrevistados sobre o assunto, 38,83% se disseram reconhecidos, e 14,50% responderam que se sentiam totalmente reconhecidos, enquanto 18,50% responderam que não se sentiam reconhecidos, e 9% responderam pouco reconhecidos.

Em 2012 a pesquisa exigia respostas mais detalhadas, tendo como resultado: 43,86% apontaram como ótimo o grau de reconhecimento; 35,9% como excelente; 14,04% e 6,14% respectivamente, bom e regular, enquanto 0,88% insuficiente.

Quanto ao reconhecimento, verifica-se uma pequena queda entre os anos de 2007 (61%) e 2009 (53,33%), mas houve uma boa recuperação em 2012, passando para 79,76%.

3.2 Satisfação com o trabalho em equipe

Em 2004, o índice de servidores que considerava excelente o trabalho em equipe no TCE foi de 37,20%. Neste ano, bom e regular pontuaram, respectivamente, 51,16% e 8,13%.

No ano de 2007, o índice de servidores muito satisfeitos correspondeu a 61%, e 39%, o de satisfeitos. Em 2009, o índice de satisfação foi de 45,03%, com 28,09% totalmente satisfatório, e apenas 6,19% pouco satisfeitos. Do total, 15,24% mais ou menos satisfeitos, e 5,0% não satisfeitos. Chamou a atenção o percentual de 24,65% que não respondeu a questão.

O resultado de 2012 aponta que 46,49% acharam excelente o relacionamento; 41,23% , ótimo; e 11,40%, bom. Apenas 0,88% apontaram como regular o relacionamento; e o índice insuficiente não pontuou.

Percebeu-se que, após a implantação da política de gestão de pessoas, fatores que afetam o clima organizacional, como a satisfação com o trabalho em equipe, teve um crescimento considerável, pois em 2004 esse índice era apontado por 37,20% dos servidores; em 2007, eram 61%; em 2009, eram 73,12; e em 2012, esse número passou para 87,72%.

3.3 Discussão dos resultados

Com base nos resultados colhidos, foi possível identificar que as variáveis estudadas se destacaram positivamente no clima organizacional do TCE, convergindo para um clima organizacional positivo ou satisfatório.

Esse resultado vai de encontro à pesquisa de Robbins (2002), ao comentar que os principais fatores relacionados com a satisfação no trabalho são: o trabalho mentalmente desafiador, as recompensas justas, as condições adequadas ao trabalho, o apoio dos colegas, o ajuste da personalidade com o cargo e a disposição genética do indivíduo.

Para Chiavenato (2010), a organização deve dar reconhecimento e não apenas dinheiro; para ele, recompensa significa prêmio, retribuição ou reconhecimento, visando a incentivar os funcionários.

Baseado no enunciado do grande mestre acima, acredita-se que fatores como cursos e treinamento de capacitação ofertados pela Escola de Contas, efetivada em 2008, aliada com a instituição da COSISMAT, que ocorreu com a Resolução Administrativa nº 05/2010, de 07 de dezembro de 2010, a qual cria mecanismo para promover o bem-estar do servidor e o meio ambiente, contribuíram para a melhoria do clima organizacional, ambiente acolhedor, melhoria das instalações e equipamentos, aumento da produtividade, disposição para o trabalho e transformação das dimensões física, familiar, social, intelectual, emocional, profissional e espiritual dos servidores.

Do que foi colhido na pesquisa, verifica-se que fatores como os citados

acima, que levam ao crescimento profissional, estão inseridos nas observações de Dutra (2008), ao comentar que o reconhecimento e a valorização das pessoas podem ser medidas através de recompensas, sendo elas: recompensas econômicas, segurança, crescimento pessoal, projeto social e possibilidade de expressão por meio do trabalho.

Considerações finais

O presente trabalho procurou identificar como determinados fatores influenciaram o clima organizacional do Tribunal de Contas do Ceará, que serviram de suporte para a implantação da política de gestão de pessoas neste órgão. Analisaram-se dados dos anos de 2004, 2007, 2009 e 2012, referentes ao reconhecimento e à satisfação com o trabalho de equipe.

Das variáveis analisadas, a satisfação com o trabalho em equipe foi a que apresentou índice crescente, mostrando interação entre os servidores, o que propicia relações duradouras e significativas para as pessoas.

Constatou-se que o reconhecimento por parte dos gestores tem influenciado no clima de forma oscilante, pois houve uma pequena queda entre os anos de 2007 (61%) e 2009 (53,33%). Em 2012, percebe-se uma boa recuperação nesse índice, passando para 79,76%. Essa curva no índice indica que cabe ao gestor demonstrar ao servidor que aprecia seus esforços e dedicação ao exercerem as funções a ele delegadas, elevando, assim, a forma como o servidor percebe sua importância para a instituição e para ele mesmo.

A oscilação nesse índice indica que o clima organizacional não indica um padrão permanente, mas, sim, como os funcionários estão percebendo a instituição naquele período, levando a concluir que pode esta percepção pode sofrer alterações no decorrer do tempo em função de como o servidor está vivenciando cada momento de seu trabalho.

Em suma, este trabalho de gestão de pessoas, tendo como local de pesquisa o TCE-CE, um órgão público, provou que uma política de gestão de pessoas, sendo bem gerenciada e monitorada através de pesquisas de clima

organizacional, é capaz de trazer ótimos resultados, quebrando o paradigma de que o poder público não é capaz de implantar uma gestão de pessoas satisfatória. Contradizendo o que diz Olivier (2001.p.2), “o que se percebe é uma grande dificuldade em se adotar novas técnicas de gestão, o que resulta numa defasagem do setor público em relação a evolução do mercado e as mudanças de paradigma de recursos humanos”.

Portanto, concluiu-se que a pesquisa sobre clima organizacional é um instrumento importante para qualquer instituição, seja ela pública ou privada, pois é através dela que se pode analisar como as pessoas sentem para desenvolver suas funções e seus efeitos determinantes entre a organização e seus colaboradores.

Sugere-se que este trabalho seja utilizado, com interesse em integrar as informações em novas políticas de gestão de pessoas, em estudos futuros, comprometidos com a melhoria contínua no trabalho.

Referências Bibliográficas

Argyris, C. (1964). **Integrating the Individual and the Organization**. New York: John Wiley and Sons Inc.

Constituição do Estado do Ceará de 1989. (2012). Fortaleza: Assembleia Legislativa do Estado do Ceará. Instituto de Estudos e Pesquisas para o Desenvolvimento do Estado do Ceará.

Bastos, N. M. C. (2007). **Introdução à metodologia do trabalho acadêmico**. (2a ed.). Fortaleza: Nacional.

Bergamini, C. W. & Coda, R. (1997). **Psicodinâmica da vida organizacional**.

Motivação e Liderança. (2a ed.). São Paulo: Atlas.

Chiavenato, I. (1994). **Gerenciando Pessoas**. (3a ed.). São Paulo: Makron books.

Chiavenato, I. (2004). **Gestão de Pessoas: o novo papel dos recursos humanos nas**

organizações. Rio de Janeiro: Elsevier.

Chiavenato, I. (2010). **Gestão de pessoas: e o novo papel dos recursos humanos nas organizações.** (3a ed.) Rio de Janeiro: Elsevier.

Dutra, J. S. (2006). **Gestão de Pessoas: Modelo, Processos, Tendências e Perspectivas.** São Paulo: Atlas.

Dutra, J. S. (2008) **Competências: Conceitos e instrumentos para a gestão de pessoas na empresa moderna.** São Paulo: Atlas.

Gil, A. C. (2009). **Métodos e técnicas de pesquisa social.** (4a ed.). São Paulo: Atlas.

Haliski, P. R. & Lara, L. F. (março de 2008). Clima Organizacional: O Caso da Associação de Pais e Amigos dos Excepcionais (Apae) – Prudentópolis. **Revista Eletrônica Lato Sensu** – vol. 3, nº1, p. 80.

Luz, J. P. da. (2001). **Metodologia para análise de clima organizacional: um estudo de caso para o Banco do Estado de Santa Catarina.** Dissertação de mestrado, Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, SC, Brasil.

Mello, M. S. O. (2004). **A qualidade do clima organizacional como variável interveniente no desempenho humano no trabalho: um estudo de caso da empresa Herbarium.** Dissertação de Mestrado, Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, SC, Brasil.

Oliveira, M. A. (1996). **Pesquisas de Clima Interno nas Empresas: o caso dos desconfiômetros avariados.** São Paulo: Nobel.

Olivier, M. (2001). **Planejamento estratégico e gestão de recursos humanos: casos descasos nas universidades federais.** In: Encontro da Associação Nacional dos Programas de Pós Graduação em Administração. Campinas. Anais...Campinas: ENANPAD.

Puente-palacios, K. E. (2002). Abordagens teóricas e dimensões empíricas do conceito de clima organizacional. **Revista de Administração**, v. 37, 96-104.

- Ribeiro, C. R. M. (1996). **A empresa holística (5a ed.)**. Rio de Janeiro: Ed. Vozes.
- Robbins, S. P. (2002). **Comportamento organizacional (9a ed.)**. São Paulo: Prentice Hall.
- Santos, J. L.; Kelm, M. L. & Abreu, A. F. (2001). Um modelo de gestão por resultados segundo a teoria da agência - um estudo de caso: Banco do Estado de Santa Catarina S/A. **Revista de Administração da USP**, v. 36 (3), p. 131.
- Schneider, B.; Snyder, R. A. (1975). **Some relationships between job satisfaction and organizational climate**. In Journal of Applied Psychology, 60, pp. 318-328.
- Souza, E. L. P. (outubro/novembro de 1980). Percepção de clima conforme escalão hierárquico. **Revista de Administração de Empresas**, v. 20 (4), pp. 51-56.
- TRIBUNAL de Contas do Estado do Ceará. Legislação Básica. Coletânea 70 anos. 2004.
- TRIBUNAL de Contas do Estado do Ceará. Legislação Básica. Coletânea 70 anos. 2005.
- TRIBUNAL de Contas do Estado do Ceará (2009). **Prestação de contas 2009**. Recuperado em 13 de fevereiro, 2013, de [http://www.tce.ce.gov.br /component/jdownloads/viewcategory/202-revista-controle-volume-vii-n-2-dezembro-de-2009?Itemid=592](http://www.tce.ce.gov.br/component/jdownloads/viewcategory/202-revista-controle-volume-vii-n-2-dezembro-de-2009?Itemid=592).
- TRIBUNAL de Contas do Estado do Ceará (2009). **Resolução nº 05/2010**. Recuperado em 13 de fevereiro, 2013, de <http://www.tce.ce.gov.br/exercicios-antigos/resolucoes-administrativas/2010/finish/78-resolucoes-administrativas-2010/281-resolucao-administrativa-5-2010>.
- Ulrich, D. (1998). **Os campeões de recursos humanos: inovando para obter melhores resultados**. São Paulo: Futura.
- Vázquez, M. S. (1996). **El clima en las organizaciones: teoría, método e intervención (1a ed.)**. Barcelona: EUB.
- Wagner III, J. A. (2004). **Comportamento organizacional: criando vantagem competitiva**. São Paulo: Saraiva.

A Inconstitucionalidade da Lei N.º 15.292, de 08/01/2013, ante às novas regras de Transferência de Recursos por meio de Convênios e Instrumentos Congêneres do Estado do Ceará

Antonio Paulo da Silva¹

Resumo: O presente artigo apresenta uma análise da Lei n.º 15.292, de 08 de janeiro de 2013, em face das novas regras sobre transferência de recursos inaugurada pela Emenda Constitucional n.º 75, de 20 de dezembro de 2012, e pela Lei Complementar 119, de 28 de dezembro de 2012. Abordase a inconstitucionalidade que recai sobre a norma ordinária devido às modificações na Carta Estadual, bem como os efeitos jurídicos advindos da ultra-atividade de certas normas, produzida pela Lei Complementar. Propõem-se meios de se contornar os problemas jurídicos para agasalhar as situações fáticas, previstas pela lei ordinária, na nova sistemática inaugurada.

Palavras-chave: Lei. Inconstitucionalidade; Formal; Direta; Transferências; Recursos; Convênios; Emenda Constitucional.

Introdução

¹ Especialista em Direito e Gestão Tributária, Bacharel em Direito, Bacharel em Física Geral e Fundamental, Mestre em Física da Matéria Condensada, Auditor de Controle Interno da Controladoria e Ouvidoria Geral do Estado do Ceará.

A Lei n.º 15.292, de 08 de janeiro de 2013, dispõe sobre os convênios firmados pela Secretaria de Segurança Pública e Defesa Social e alguns municípios para a implantação do Programa de Proteção à Cidadania – Pró-cidadania. Neste desiderato, a referida lei busca estabelecer um regramento para fundamentar as transferências de recursos estaduais no sentido de viabilizar o referido Programa. Não fossem as novas modificações no contexto normativo vigente, o diploma legislativo seria apenas mais um, com objetivo pontual, dentre os vários já existentes, a demonstrar a necessidade de uma intervenção legislativa urgente, e mais técnica, no tratamento da questão que envolve as transferências de recursos pelo Estado do Ceará.

Pode-se afirmar que a referida lei não compartilhou do amadurecimento técnico e do momento histórico que propiciou o surgimento de um novo regramento para as transferências de recursos do Poder Executivo do Estado do Ceará. Surge, assim, em um total descompasso com a nova visão, recém-implantada pela Emenda Constitucional n.º 75, de 20 de dezembro de 2012, e pela Lei Complementar 119, de 28 de dezembro de 2012. Com essa afirmação, não se quer, de forma alguma, fazer qualquer abordagem axiológica do novel instrumento normativo, tampouco questionar os motivos que levaram à sua aprovação em momento tão reconhecidamente inoportuno. Antes disso, o que se busca é apontar o equívoco do legislador na produção de um diploma legal em total dissonância e incompatibilidade formal com as novas regras constitucionais.

Para uma compreensão mais precisa da problemática, faz-se necessária uma breve abordagem do novo contexto normativo vigente, inaugurado por duas produções legislativas que vieram, oportunamente, ao encontro da nova visão – com um espírito moralizador, pode-se afirmar –, acerca das transferências de recursos do Estado.

Mais que uma simples modificação, a Emenda Constitucional n.º 75, de 20 de dezembro de 2012, após organizar em capítulo próprio o Sistema de Controle Interno e suas finalidades, por meio do art. 190-C, estabeleceu a exigência de que as matérias relativas às transferências de recursos, por meio de convênios ou instrumentos congêneres, no âmbito do Poder Executivo,

teriam que ser tratadas por meio de lei complementar.

Em seguida, completando o novo panorama normativo para a matéria, foi promulgada a Lei Complementar 119, de 28 de dezembro de 2012. Neste diploma, foram traçadas as novas diretrizes a serem obedecidas pelos órgãos e entidades do Poder Executivo por ocasião de eventuais transferências de recursos por meio de convênios ou instrumentos congêneres.

Este trabalho aborda o problema da inconstitucionalidade formal da Lei n.º 15.292, de 08 de janeiro de 2013, advindo do conflito com o novo sistema de regras estabelecidas para as transferências de recursos. Neste intuito, não se aborda qualquer aspecto valorativo da norma, tampouco os motivos que levaram a sua sanção pelo Poder Executivo. A questão é tratada considerando a norma em si, sem maiores preocupações, repita-se, com qualquer finalidade social que esta possa ter.

1 O conteúdo normativo da Lei n.º 15.292, de 08 de janeiro de 2013

O instrumento legal não deixa dúvidas, logo em sua ementa, quanto ao intuito de tratar de um caso pontual. Afirma que a lei disporá sobre os convênios firmados pela Secretaria de Segurança Pública e Defesa Social para a implantação do Programa de Proteção à Cidadania, instituído pela Lei n.º 14.318, de 7 de abril de 2009. O objetivo do Programa Pró-cidadania – nome atribuído pela Lei instituidora do Programa – foi estabelecido no art.2º como a criação e ampliação das guardas municipais em parceria com os municípios cuja população seja inferior a cinquenta mil habitantes.

Curioso é que antes do advento da Lei n.º 15.292, de 08 de janeiro de 2013, o legislador já havia conferido os meios para a implantação do referido programa, inclusive a autorização para a celebração de convênios com os municípios que preenchessem o requisito acima apontado. Neste sentido, o art. 6º da Lei n.º 14.318, de 7 de abril de 2009, assim preceitua:

Art. 6º Fica o Poder Executivo autorizado a repassar recursos financeiros e equipamentos aos municípios, mediante a celebração de convênios, objetivando a implantação do programa de que dispõe esta Lei.

Parágrafo Único. O Estado poderá repassar recursos à Prefeitura para complemento das despesas com pessoal do Programa PRÓ-CIDADANIA, na proporção de 1 (um) para 1 (um) Agente de Cidadania. (CEARÁ, 2009, p. 10, grifo nosso).

Destarte, se a autorização para celebração de convênio em que o objeto seja a criação e ampliação das guardas municipais, no âmbito do Programa Pró-Cidadania, já se encontrava autorizado pela Lei nº. 14.318, de 7 de abril de 2009, poder-se-ia questionar, não fossem alguns aspectos que se passará a abordar em seguida, a utilidade da Lei n.º 15.292, de 08 de janeiro de 2013.

Há de ser considerado que os dispositivos da Lei nº. 14.318, de 7 de abril de 2009, que tratam de matéria relativa à convênio, foram erigidos à categoria de lei complementar pela Emenda Constitucional n.º 75, de 20 de dezembro de 2012. Neste propósito, exsurge um aspecto interessante: como a Lei n.º 15.292, de 08 de janeiro de 2013, poderia trazer qualquer inovação a dispositivo referente à matéria de convênio, como pretendeu, se uma lei ordinária não pode modificar uma norma materialmente complementar? Visto de uma forma afirmativa, pode-se assegurar: uma vez que as matérias relativas a convênios foram elevadas ao status de norma complementar, ex vi Emenda Constitucional n.º 75, de 20 de dezembro de 2012, mesmo aquelas leis formalmente ordinárias, como a que instituiu o Programa Pró-cidadania, só poderiam ser atingidas por lei complementar.

Da leitura dos dois diplomas legais (a Lei nº. 14.318 e a Lei n.º 15.292), não se vislumbra qualquer contrariedade, mas uma relação de continuidade normativa em que a norma mais recente acrescenta algumas autorizações julgadas necessárias pelo legislador, para a implantação, ou melhor seria, a continuidade do programa.

Em uma análise com mais detença ao novel dispositivo, é possível

verificar uma preocupação muito maior do legislador em adequar uma realidade fática, já consolidada, do que verdadeiramente inovar no plano jurídico. Esse entendimento pode ser extraído da leitura de seu art.6º, que assim dispõe:

Art. 6º Nos convênios ou instrumentos congêneres anteriores a esta Lei, independentemente de seu objeto, fica autorizado o repasse pelo concedente, inclusive após as vigências dos convênios e de seus aditivos, ou dos instrumentos congêneres, dos recursos relativos às obrigações regularmente executadas pelo conveniente, mesmo que após as vigências dos convênios e aditivos, ou dos instrumentos congêneres, salvo ausência de prestação de contas relativa aos recebimentos de recursos anteriores ou irregularidade destas. (CEARÁ, 2013, p.10, grifo nosso).

O legislador procurou, por este dispositivo, “revigorar” alguns instrumentos jurídicos (convênios, aditivos e “congêneres”) já sem validade em virtude do decurso do seu prazo de vigência. Assim, ignorando os limites de seu poder legiferante, acabou por ministrar de forma generalizada, independente do objeto da avença, o seu ineficaz “elixir”.

Não resta dúvida de que o verdadeiro espírito da norma encontra-se prezo ao passado - apesar de sua ementa referir-se à implantação do programa –, na tentativa de solucionar problemas em uma realidade fática já consolidada. Não obstante o afirmado, deve-se enfatizar o que fora dito alhures: não constitui objeto deste trabalho uma análise axiológica ou a tentativa de desvendar a motivação última do legislador. Tem-se que admitir: a lei existe, e a presunção de constitucionalidade, mesmo que relativa, milita a seu favor.

Traça-se, a seguir, um panorama sobre os novos regramentos das transferências de recursos para uma identificação dos contornos do ambiente ao qual está inserida a nova lei ordinária.

2. Algumas questões pontuais sobre as novas regras de transferência de recurso

Dentre os inúmeros instrumentos que buscam regular a utilização dos convênios, como uma das formas de viabilizar atividades de interesse comum, está a Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993. Muito embora voltada, de forma mais específica, às licitações e contratos, esta lei acaba por determinar, em seu art. 116, que as regras aplicáveis aos contratos aplicam-se, no que couber, aos convênios. Não obstante as diferenças ontológicas dos dois institutos, pode-se vislumbrar a aplicação de diversas regras, algumas das quais citadas no próprio dispositivo.

Apesar do elogiável intuito do legislador em trazer aos convênios, em certa medida, a aplicação de um sistema amplamente estruturado, tais normas não se aplicam aos demais entes da federação, restringindo-se aos convênios firmados pela União. Marçal Justen Filho (2004) bem sintetiza este entendimento, chamando a atenção para o fato de a maior parte das normas, contidas no art. 116, não serem de direito administrativo, mas financeiro. Tem-se nas palavras do referido autor:

A maior parte das normas contidas no art. 116 escapam ao direito administrativo. Podem ser englobadas no direito financeiro. Tais normas destinam-se precipuamente a disciplinar os convênios de que participa a União, visando reger as transferências de recursos para outras entidades federais. Caberá às demais entidades políticas disciplinar os convênios e ajustes de que participem. (JUSTEN FILHO, 2004, p.640)

Cabe ao legislador estadual, portanto, a competência para determinar a forma pela qual serão tratadas as matérias relativas aos repasses de recursos a outros órgãos ou entidades. Neste desiderato, o legislador cearense não só estabeleceu, por meio da Emenda Constitucional n.º 75, de 20 de dezembro de 2012, que tais matérias seriam tratadas por meio de lei complementar como, ao editar a Lei Complementar n.º 119, de 28 de dezembro de 2012, traçou todo um regramento a ser obedecido, de forma ampla, pelo Poder Executivo. Sendo assim, procura-se, a seguir, fazer um esboço geral de algumas dessas

regras, nas linhas que se seguem, certos de que o sistema é dotado de uma complexidade inerente à própria matéria.

De início fica claro o intento do legislador em estabelecer um regramento o mais amplo possível, de forma a abranger não só o Poder Executivo como um todo, mas também todo e qualquer instrumento que seja utilizado para fundamentar as transferências de recursos. Para tanto, ao longo de seus artigos, sempre se refere aos convênios e outros instrumentos congêneres. Vale aqui uma observação acerca do termo congêneres. A conceituação deste termo não pode ser confundida com a doxa que se estabeleceu na Administração Pública, no sentido de imaginá-lo como um instrumento jurídico. Diga-se: instrumento congêneres não representa uma nova espécie de instituto jurídico. Mas, ex vi inciso IV, do art.2º, da Lei Complementar n.º 119, de 28 de dezembro de 2012, o termo congêneres deixa de ser um simples adjetivo para assumir um lugar na classe dos substantivos e, assim, representar um gênero em que estão englobadas todas as espécies de instrumentos utilizados para as transferências de recursos pela Administração. Sem dúvida, o que se buscou foi um maior alcance da norma, evitando o estabelecimento de regramentos diferenciados para espécies que representam, em sua essência, a mesma coisa: convênios.

Segundo a Lei Complementar, os convênios e instrumentos congêneres celebrados anteriormente e ainda vigentes na ocasião da entrada em vigor da nova sistemática, continuarão sob o pálio das regras vigentes à época de suas celebrações. Aqui, parece que o legislador estava mais preocupado com as incontáveis parcerias celebradas anteriormente, e em plena execução, do que com eventuais problemas de ultra-atividade de normas. Por esse motivo, acabou não se dando conta que, enquanto revogava todas as disposições em contrário, por meio do art.60, permitiu o prolongamento no tempo, por meio do art.57, da aplicação das leis anteriores aos convênios celebrados antes da nova sistemática.

Resta claro que, de uma interpretação literal do art.57 da Lei Complementar n.º 119, é possível concluir que, para os convênios firmados antes de sua vigência, não há que falar em aplicação da novel norma. Recorde-

se que a nova lei, em um desejo de tratar por completo a matéria, trouxe regramentos, inclusive, relativos à fiscalização e à prestação de contas. Não é difícil perceber que uma interpretação literal vai de encontro ao espírito da nova sistemática. Não seria melhor aplicar as regras anteriores naquilo em que não estivessem em conflito com a nova sistemática? Ao revés, em um uso literal do dispositivo, teremos dois sistemas que poderão trazer, inclusive, formas distintas de prestação de contas e eventuais sanções injustas.

Outro ponto digno de ênfase, que demonstra o forte desejo na manutenção da integridade do novo sistema implantado, diz respeito à verdadeira tipificação penal do art.53 da novel Lei complementar. Este dispositivo afirma: “A declaração falsa de informações, inclusive mediante inserção, modificação ou alteração de dados nos sistemas de informações, deverá ser punida nos termos dos art.313-A e art.313-B do Código Penal Brasileiro”. Sendo assim, pode-se indagar: para os convênios anteriores, que estarão submetidos às regras antigas, essa sanção será aplicada?

Como afirmado alhures, o espírito moralizador com que o sistema foi pensado é algo inquestionável. Nesta busca inarredável, o legislador acabou por ir além de suas próprias forças no dispositivo acima. A norma padece de insuperável inconstitucionalidade material devido ao simples fato de se tratar de uma competência privativa da União. É bem verdade que, segundo o parágrafo único do art. 22 da Constituição da República, pode haver a delegação aos Estados para legislar sobre pontos específicos de direito penal, mas esta delegação ainda não existe para a situação apresentada.

Cuida-se adiante dos aspectos relacionados à constitucionalidade da norma em estudo.

3. Lei n.º 15.292 de 08 de janeiro de 2013: inconstitucionalidade direta ou indireta?

Não se duvide da presunção de constitucionalidade – estando assim, presumidamente, em perfeita sintonia com o ordenamento jurídico vigente

–, da Lei n.º 15.292, de 08 de janeiro de 2013. Tal presunção, apesar de ser uma consequência direta dos princípios da separação dos poderes e do estado democrático de direito, não é *juris et de juris* mas *juris tantum*. É por isso que, em certa medida, é possível se questionar a eventual falta de suporte de validade para a norma. Visto de outro modo, a norma em análise, ou qualquer outra norma do ordenamento jurídico que não seja fruto do poder constituinte originário, tem presunção relativa e, não, certeza absoluta de estar alinhada ao ordenamento vigente. Dessa premissa, podem-se trazer à baila alguns questionamentos cujas conclusões contribuirão para o esclarecimento da indagação inicial deste tópico.

De início, dois questionamentos, não mutuamente excludentes, podem ser sintetizados nas seguintes indagações, tomando como parâmetro a Constituição do Estado do Ceará: a norma afronta diretamente a Constituição Estadual porque versa sobre matéria proibida por ela? O rito utilizado pelo legislador não corresponde ao estabelecido na Carta estadual? Na primeira indagação, estaríamos diante de uma inconstitucionalidade material; na segunda, a inconstitucionalidade seria formal.

Por certo, as mesmas indagações podem ser feitas tomando como base a Lei Complementar que regulou a matéria dos convênios e instrumentos congêneres. No caso, estaríamos diante de uma inconfundível ilegalidade e só indiretamente poderíamos falar em afronta à Constituição do Estado do Ceará. As soluções a estes questionamentos é o que se procurará atingir nas linhas seguintes deste trabalho, sem maiores pretensões com a teoria do controle de constitucionalidade das normas estaduais.

Antes das questões propostas acima, fazem-se necessário ponderar dois conceitos, que não podem passar despercebidos: a inconstitucionalidade direta e a indireta. Para esse intento, colhe-se na doutrina de Bernardo Gonçalves Fernandes o seguinte excerto:

A inconstitucionalidade imediata ou direta é aquela que resulta da incompatibilidade (ou inadequação) direta e imediata de atos normativos em relação à Constituição, não havendo qualquer outro tipo de intermediação normativa entre a norma inadequada e a Constituição. Neste sentido, a relação de parametricidade se dá de forma direta entre o ato normativo e a Constituição.

Já a inconstitucionalidade indireta ocorre quando há a inconstitucionalidade de uma norma intermediária entre o ato normativo que se relaciona diretamente com a Constituição e a própria Constituição. (FERNANDES, 2010, p.893)

Estes conceitos são importantes para uma classificação da problemática aqui enfrentada. Veja-se que as respostas às indagações acima estarão, inevitavelmente, no sentido de encaixe aos conceitos de inconstitucionalidade apontados. Passa-se à análise da Lei n.º 15.292, de 08 de janeiro de 2013, tomando como norte os questionamentos propostos e os conceitos doutrinários das inconstitucionalidades acima apontados.

Considere-se a Emenda Constitucional n.º 75, de 20 de dezembro de 2012, que determinou, entre outras matérias, em seu art.190-C: “Lei Complementar disporá sobre regras para transferências de recursos por meio de convênios e instrumentos congêneres, no âmbito do Poder Executivo Estadual”. Veja-se que o dispositivo não revogou qualquer norma cujo conteúdo estipulasse regras para transferências de recursos, mas apenas passou a exigir um quórum de votação qualificado para as normas que visem a alterá-las.

Este fenômeno jurídico, que é bastante comum, dá um status de norma complementar àquelas leis formalmente ordinárias. Todas as leis anteriores que tratavam da referida matéria, portanto, foram erigidas à categoria de lei complementar. É o caso, por exemplo, da Lei n.º 14.318, de 7 de abril de 2009, que instituiu o Programa Pró-cidadania. Destarte, como afirmado alhures, a Lei n.º 15.292, de 08 de janeiro de 2013, não poderia trazer qualquer inovação ao Programa Pró-cidadania, em matéria relativa aos convênios ou instrumentos congêneres. Nestes conteúdos, portanto, a Lei n.º 15.292, é de ser considerada

formalmente inconstitucional. Nada a apontar, no entanto, no que concerne ao aspecto matéria, já que esta não tratou de qualquer matéria proibida pela Constituição Estadual ou pela novel Emenda.

Os argumentos acima vão ao encontro da solução dos primeiros questionamentos e nos permitem um perfeito encaixe ao conceito de inconstitucionalidade direta. Ou seja, naquelas matérias relativas aos convênios e instrumentos congêneres tratadas na Lei n.º 15.292; ela estaria a golpear a Constituição no aspecto formal, sem qualquer intermediação normativa.

Do ponto de vista constitucional, os argumentos acima dispensariam quaisquer análises, tomando como parâmetro a Lei Complementar n.º 119, de 28 de dezembro de 2012. Primeiro, porque se estaria diante de um caso de ilegalidade e não inconstitucionalidade; segundo, porque eventual inconstitucionalidade indireta já se encontraria afastada. No entanto, um aspecto precisa ser esclarecido no cotejo entre estes dois diplomas: a ultra-atividade produzida pelo legislador.

Como já afirmado, o art.57 da Lei Complementar n.º 119 de 28 de dezembro de 2012, ressalvou os convênios e instrumentos congêneres já celebrados e vigentes por ocasião do início de sua vigência. Destarte, a Lei Complementar só atingiria as novas avenças, deixando as anteriores que ainda se encontrassem vigentes sujeitas às normas aplicadas por ocasião de suas celebrações. Assim, urge indagar: como fica a situação dos dispositivos da lei que criou o programa Pró-cidadania que tratam de matéria relativa a convênios e instrumentos congêneres? De um lado, temos uma emenda à Constituição Estadual, que a erigiu ao status de lei complementar; de outro, uma norma ordinária (Lei n.º 15.292, de 08 de janeiro de 2013), promulgada após a emenda constitucional, tentando, de alguma forma, implementá-la. Some-se a isto, uma lei complementar, dando-lhe ultra-atividade.

Entende-se que os dispositivos da lei do Programa Pró-cidadania não podem ser, de forma alguma, modificados ou implementados por normas ordinárias. Esta afirmação está albergada por dois eventos que, embora

busquem finalidades diversas, acabam por reforçar a norma em uma mesma direção. Primeiro, o advento da Emenda Constitucional que a erigiu ao status de lei complementar; segundo, a Lei Complementar n.º 119 de 28 de dezembro de 2012, que afirmou que os convênios anteriores obedeceriam às regras anteriores. Há que se compreender que esse efeito ultra-ativo só poderia ser alterado por outra norma complementar.

4. Uma solução para as situações tratadas pela Lei n.º 15.292, de 08 de janeiro de 2013

Como já afirmado, apesar de sua ementa referir-se à implementação do Programa Pró-cidadania, o conteúdo da Lei n.º 15.292, de 08 de janeiro de 2013, não deixa dúvidas quanto ao desejo do legislador em buscar uma adequação jurídica às situações de fato consolidadas. Neste desiderato, com a urgência que as situações parecem ter exigido, o legislador não se deu conta de que ele próprio já havia alterado todo o sistema.

Apesar do entendimento de que o diploma ordinário não deva prosperar, pois golpearia não só a Constituição, mas também a nova visão moralizadora que se instaurou com a nova lei complementar, compreende-se que devam ser buscadas soluções, legais ou administrativas, alinhadas ao novo espírito instaurado, para as situações previstas.

Assim, para aqueles convênios já celebrados e vigentes por ocasião da edição da Lei Complementar n.º 119, de 28 de dezembro de 2012, não resta dúvida quanta às regras a serem aplicadas: aplicam-se aquelas vigentes à data de suas celebrações; os convênios realizados após a Lei Complementar seguirão, por óbvio, as novas regras.

Restam ainda duas situações: os convênios celebrados anteriormente e que já não se encontravam vigentes, numa situação de ato jurídico perfeito e acabado, e os convênios que, muito embora tenham seus prazos vencidos, ou não foram prestadas as devidas contas, ou estas foram tidas como reprovadas. No primeiro caso (ato jurídico perfeito), não resta dúvida de que não há qualquer

situação de fato, ou de direito, a demandar solução jurídica; no segundo caso, em que haja prestação de contas reprovadas ou a ausência desta, devem ser aplicados os rigores da nova legislação, não obstante se possa vislumbrar uma eventual interpretação literal do art.57 da Lei Complementar n 119, no que teríamos uma aplicação ultra-ativa da legislação anterior. Entende-se como impraticável a ultra-atividade das normas anteriores, pois uma interpretação literal iria de encontro ao espírito moralizador do novo sistema.

Do ponto de vista jurídico, para a Lei n.º 15.292, de 08 de janeiro de 2013, podem ser propostas três soluções: ou a norma pode ser tida por inconstitucional pelo próprio chefe do Poder Executivo, podendo este determinar a sua não aplicação pela Secretaria de Segurança Pública e Defesa Social; ou ainda ser objeto de um controle difuso ou um processo objetivo de controle de constitucionalidade. A atuação do chefe do Poder Executivo pode ser colhida na doutrina de Alexandre de Moraes:

Ressalte-se que as leis e atos normativos são presumidamente constitucionais. Contudo, essa presunção, pode ser relativa, poderá ser afastada tanto pelos órgãos do Poder Judiciário, por meio do controle de constitucionalidade difuso, quanto pelo Poder Executivo, que poderá recusar-se a cumprir determinada norma legal por entendê-la inconstitucional, uma vez que, assim como os demais Poderes do Estado, também está obrigado a pautar sua conduta pela estrita legalidade, observando, primeiramente, como primado do Estado de Direito, as normas Constitucionais. (MORAES, 2004, p.601)

Considerando-se que a norma ordinária e a lei complementar que tratou inteiramente da matéria sobre as transferências de recursos foram sancionadas pelo próprio chefe do Poder Executivo, a este caberia a determinação da não aplicação da Lei n.º 15.292, de 08 de janeiro de 2013, em benefício do

ordenamento.

Conclusão

A produção legislativa estadual, movida por uma dinâmica apressada no afã de solucionar todos os problemas que se lhes apresentam os órgãos e entidades, parece, muitas vezes, não se dar conta dos tropeços aos quais poderá estar submetida. Tal açodamento, muito mais que soluções, acabam por trazer um imbróglio ao já complexo ordenamento jurídico. É o que se pode aduzir da atividade legiferante atual, quando em um mesmo momento histórico aprova um diploma legal e estabelece um novo rito incompatível com esta mesma norma.

A Lei n.º 15.292, de 08 de janeiro de 2013, pode ter tentado carregar em seu conteúdo o desejo de subverter o mundo do dever ser ao mundo do ser, mas o fez golpeando a Constituição Estadual. Não obstante a lei possa ter um eventual fim social, não se podem esquecer valores fundamentais ao Estado Democrático de Direito, menoscabando toda uma estrutura do ordenamento jurídico vigente, insurgindo-se sem um suporte de validade adequado ao que se propõem.

Apesar do afirmado, não se deve esquecer que o ordenamento jurídico tem como característica a completude. Assim, é certo que, para qualquer situação, há que se ter uma norma a regulá-lo. Nas situações aqui apresentadas não poderia ser diferente.

Referências Bibliográficas

BRASIL. **Constituição Federal (1988)**: Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 22 jun. 1993. Disponível em: < http://www.in.gov.br/mp_leis/leis_texto.asp?ld=LEI%208666 > . Acesso

em: 11 mar. 2013.

CEARÁ. Constituição do Estado do Ceará (1989): **Constituição do Estado do Ceará**. Fortaleza: Assembleia Legislativa, 1989.

CEARÁ (Estado). Emenda Constitucional n.º 75, de 20 de dezembro de 2012. Altera dispositivos da Constituição do Estado do Ceará. **Diário Oficial do Estado do Ceará**, Fortaleza, CE, 27 de dezembro de 2012. Caderno 3, p. 214.

CEARÁ (Estado). Lei Complementar n.º 119, de 28 de dezembro de 2012. Dispõe sobre as regras de transferências de recursos pelos órgãos e entidades do poder executivo estadual por meio de convênios e instrumentos congêneres. **Diário Oficial do Estado do Ceará**, Fortaleza, CE, 15 de janeiro de 2013. Caderno 1, p.10.

CEARÁ (Estado). Lei n.º 15.292, de 08 de janeiro de 2013. Dispõe sobre os convênios firmados pela Secretaria de Segurança Pública e Defesa Social com municípios cearenses para a implantação do programa de proteção à cidadania. **Diário Oficial do Estado do Ceará**, Fortaleza, CE, 15 de janeiro de 2013. Caderno 1, p.10.

CEARÁ (Estado). Lei n.º 14.318, de 07 de abril de 2009. Institui o Programa de Proteção à Cidadania Pró-Cidadania e dá outras providências. **Diário Oficial do Estado do Ceará**, Fortaleza, CE, 08 de abril de 2009. Caderno 1, p.10.

CEARÁ (Estado). Lei n.º 15.085, de 28 de dezembro de 2011. Altera dispositivos da Lei n.º 14.318, de 07 de abril de 2009. **Diário Oficial do Estado do Ceará**, Fortaleza, CE, 30 de dezembro de 2011. Caderno 1, p.10.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do Processo Legislativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

JUSTEN FILHO, Maçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 10. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

Bens dominicais: um anacronismo na administração pública

Wesley Corrêa Carvalho¹

Resumo: Este ensaio estuda a questão da manutenção de bens dominicais no acervo patrimonial dos entes públicos à luz dos princípios constitucionais da função social da propriedade e da eficiência da Administração Pública. Classifica o interesse público em primário e secundário, analisa os princípios administrativos da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, determina em que específicos casos a presença de bens dominicais no patrimônio público atende à finalidade existencial e aos objetivos institucionais de seus proprietários e possuidores, os entes públicos.

Palavras-chave: Bens dominicais; Função social da propriedade; Eficiência; Supremacia do interesse público; Indisponibilidade do interesse público.

Introdução

Durante muitos anos, perdurou, no país, discussão jurisprudencial acerca da possibilidade jurídica da aquisição de bem público por particular mediante

¹ Advogado militante, Ex - Assessor Jurídico da Câmara Municipal de Governador Lindenberg – ES, Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Espírito Santo.

usucapião. Discussão essa que se findou apenas com a edição do Decreto nº. 19.429/31, que determinou vencedora a tese da não incidência da prescrição aquisitiva, usucapião, em face de entes públicos. A Constituição Federal de 1988, ao seu turno, repetiu a proibição contida no referido decreto². A partir de então, não mais pairaram dúvidas a respeito da absoluta impossibilidade de o particular adquirir bem público móvel ou imóvel mediante usucapião.

Na oportunidade, vale salientar que os princípios administrativos da supremacia e da indisponibilidade do interesse público servem de sustentáculo valorativo a essa e a outras regras jurídicas protetivas do patrimônio dos entes públicos.

Igualmente, a doutrina é uníssona no entendimento de que os bens públicos são imprescritíveis, impenhoráveis e não sujeitos à oneração³. Ou melhor, os entes públicos não se sujeitam ao mais remoto risco de perder os seus bens em ações de usucapião e em execuções, pois mesmo estas últimas dão-se pelo regime de precatórios.

Interessante é que a Constituição Federal de 1988, não obstante ter consagrado a impenhorabilidade dos bens públicos, não importando as categorias em que estes se enquadrem, elegeu a função social da propriedade como um dos princípios regentes da ordem econômica⁴.

Dessa forma, o particular que não usufruir de sua propriedade em consonância com os ditames constitucionais, ou seja, quem não imprimir um mínimo caráter produtivo a sua propriedade incorrerá no risco de perdê-la para outro que melhor a utilize, afirmação essa constatada com facilidade nos processos judiciais relativos à usucapião. Essa previsão constitucional impele os proprietários a colaborarem, de uma forma ou de outra, para com o progresso socioeconômico do país. A esse propósito, a doutrina ensina: "A função social [da propriedade] pretende erradicar algumas deformidades

2 VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. Vol. V.

3 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

4 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

existentes na sociedade, na quais o interesse egoístico do indivíduo põe em risco os interesses coletivos”⁵.

Contudo, justamente quem deveria dar bons exemplos aos particulares no uso e na exploração de seus bens, os entes públicos, não raro, possuem ativos patrimoniais a que não atribuem o mínimo caráter produtivo, chegando até mesmo a abandoná-los, para não correrem o mínimo risco de perdê-los. Contraditório, não? Faça o que mando, mas não faça o que faço. Essa conhecida máxima bem resume o tratamento conferido pelos entes públicos à questão da propriedade.

Essa incongruência, porém, tem explicações, conquanto faleça totalmente de justificativas válidas, tal como a seguir se demonstrará.

1 Da classificação dos bens públicos

Segundo o direito administrativo brasileiro, os bens públicos se dividem em três distintas categorias, quais sejam: bens públicos de uso comum do povo, bens públicos de uso especial e bens dominicais. Os primeiros são aqueles que a todos pertencem e que podem ser usados indistintamente por todos, tais como estradas, ruas, praças, o meio ambiente, entre outros. Os segundos são os que pertencem a certo ente público e que são úteis à prestação de serviços públicos, tais como hospitais, escolas, ambulâncias, viaturas de polícia, etc. Quanto aos bens dominicais, a doutrina especializada assim os define:

Bens públicos dominicais (Código Civil, art. 66, III) – são os bens públicos não destinados à utilização imediata do povo, nem aos usuários de serviços ou aos beneficiários diretos de atividades. São bens sem tal destino, porque não o receberam ainda ou porque perderam um destino anterior. Ex: dinheiro dos cofres públicos,

⁵ CARVALHO FILHO, 2006, p. 631.

títulos de crédito pertencentes ao poder público, terras devolutas, terrenos de marinha⁶.

Portanto, existem diferentes classes de bens públicos e, como já fora explicitado, os bens dominicais não estão diretamente ligados à finalidade essencial dos entes públicos, ou melhor, à promoção do bem comum⁷. Os bens dominicais servem, portanto, aos próprios entes públicos, em vez de a toda a coletividade por eles representada.

No entanto, pelo simples fato de pertencerem a entes públicos, os bens dominicais gozam das mesmas prerrogativas inerentes às duas outras classes de bens públicos, ou seja, não são passíveis de prescrição, penhora ou oneração, pois que, pelo menos por ora, vigem impolutos os princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público.

Imagine, portanto, que determinada prefeitura disponha de um prédio que não lhe apresente mais utilidade, razão pela qual passou este a integrar a categoria dos bens dominicais, pelo que poderia ser vendido, e o produto de sua venda revertido aos cofres públicos.

Acrescente-se a isso o fato de que a municipalidade poderia doar unidades habitacionais do referido imóvel a moradores sem abrigo, que não dispusessem de recursos financeiros para adquiri-las mediante a compra, afinal, a Constituição Federal de 1988, conhecida entre nós brasileiros pela alcunha de constituição cidadã, assegura a todo brasileiro o direito à habitação.

Contudo, em vez de assim proceder, o ente público não vende, tampouco confere uma nova destinação ao imóvel em questão, mas simplesmente o abandona. Além de ser atacado por vândalos, o comentado prédio passa a ser ocupado por pessoas carentes, sem casa para morar, que nunca poderão adquirir sua propriedade mediante usucapião e que terão de aguardar um gesto de nobreza e humanidade do administrador público.

6 MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 287.

7 DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

Agora imagine que o governante não adote essa atitude benevolente, mas que, em nome do ente público por ele representado, reivindique, em juízo, a posse do bem esbulhado. Isso acontecendo, dezenas e, talvez, centenas de pessoas são novamente lançadas na rua e ficam sem moradia, tudo em nome de um suposto interesse público, supremo e indisponível!

Mas em que consistiria o verdadeiro interesse público nessa hipotética situação? Em ver assegurado o direito constitucional à habitação de um sem-número de cidadãos? Ou na reintegração de posse de um bem abandonado a um ente público que, até então, não lhe conferiu destinação específica e qualquer utilidade pública? Certamente ambas as respostas à pergunta proposta são válidas, embora diametralmente opostas no que tange ao quesito da justiça social.

Aprender a classificar o interesse público constitui condição imprescindível à promoção da verdadeira justiça. Tema do próximo capítulo.

2 Da classificação dos interesses públicos

Classificam-se os interesses públicos em duas distintas categorias, quais sejam: os interesses públicos primários e os secundários.

O interesse público primário consiste no complexo de interesses coletivos prevalentes na sociedade, o que pode, quase sempre, ser concebido como o bem comum; e o interesse público secundário, por sua vez, é o interesse do ente público que vai a juízo e que, muitas vezes, encontra-se completamente dissociado dos interesses públicos primários e, portanto, dos interesses coletivos⁸.

Os interesses públicos primários consistem nas aspirações de todos os cidadãos e entidades civis por uma vida melhor; ao passo que os secundários são os dos entes públicos propriamente ditos.

⁸ DIDIER, Fredie; ZANETTI JÚNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil**. Salvador: Jus Podivm, 2009. Vol. IV.

3 Da supremacia e da indisponibilidade dos interesses públicos

Ensina o direito administrativo que, em um conflito de interesses entre um ente público e um particular, devem prevalecer os interesses daquele em detrimento dos interesses deste. Eis, em apertada síntese, uma definição do princípio da supremacia do interesse público.

No direito moderno, a supremacia do interesse público sobre o privado se configura como verdadeiro postulado fundamental, pois que confere ao próprio indivíduo condições de segurança e de sobrevivência. A estabilidade da ordem social depende dessa posição privilegiada do Estado e dela dependem a ordem e a tranquilidade das pessoas... Pode-se extrair desse fundamento que toda vez que colide um interesse público com um interesse privado, é aquele que tem que prevalecer⁹.

A indisponibilidade do interesse público, ao seu turno, pode ser conceituada como a impossibilidade de se dispor dos interesses públicos, senão por meio de lei.

Já fora demonstrado como os princípios administrativos da supremacia e da indisponibilidade do interesse público foram superestimados ao ponto de se perverter o verdadeiro sentido da existência dos entes públicos, que, em vez de existirem para a promoção do bem comum, passaram a ter sua existência quase que completamente dissociada dos objetivos supostamente por eles perseguidos¹⁰.

Assim, na hipotética situação aventada em capítulo anterior, o conflito de interesses não seria entre o particular e o público; mas, sim, entre duas

⁹ CARVALHO FILHO, 2006, p. 631.

¹⁰ CARVALHO, Wesley C. Verdades e mitos em torno da supremacia e da indisponibilidade do interesse público. **Revista temas atuais de processo civil**, Porto Alegre, v. 2, p. 75-88, 2012.

diferentes categorias de interesse público: o interesse público primário, consistente na efetivação do direito individual e constitucional de moradia, e o interesse público secundário, representado pelo direito à obtenção pelo ente público da reintegração de posse de um bem cuja propriedade não lhe pode ser solapada.

Dizer que o interesse público primário deve prevalecer sobre o secundário é fácil, e é o que faz a maioria dos tratadistas que estudam o assunto, mas esclareça-se que, no caso ora descrito, fazer prevalecer o interesse público primário sobre o secundário implicaria na transgressão da disposição constitucional que torna os bens públicos, em geral, imprescritíveis...

4 Do princípio da eficiência

Por meio da Emenda Constitucional nº. 19/1998, o legislador brasileiro introduziu entre os princípios regedores da Administração Pública, insertos no caput do art. 37 da CF/88, o princípio da eficiência. As normas infraconstitucionais editadas a partir de então passaram a repetir essa previsão.

Tal iniciativa é parte integrante de todo um esforço pela melhoria da qualidade do serviço público. Buscou-se com ela conferir destaque ao referido princípio, a fim de que ele pudesse ser facilmente invocado pelo agente público imbuído de tal desiderato.

Há quem argumente que o princípio da eficiência da Administração Pública, também conhecido como princípio da boa administração, importa apenas em uma das facetas do conhecido princípio da legalidade, não possuindo, portanto, existência própria¹¹.

No entanto, não obstante a autoridade acadêmica de quem defende esse ponto de vista, tem-se que ele não pode ser aceito, pois que, se o princípio da eficiência fosse apenas uma das dimensões do princípio da legalidade, a observância deste último bastaria à consecução daquele e de muitos outros.

11 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

É certo que a eficiência constitui um dos fins da administração pública, e que a legalidade representa o meio por que se pretende atingi-la, mas dizer que o fim, a eficiência, esgota-se no meio, a legalidade, parece um tanto quanto temerário, mormente em razão do elevado número de decisões prolatadas em nosso meio, que, embora legais, carecem inteiramente de legitimidade e justiça.

O fato é que o legislador constitucional derivado resolveu explicitar o que até então se encontrava implícito, e assim nomeou a eficiência como um dos princípios a que a Administração Pública deve obediência.

Destarte, o princípio da eficiência foi adicionado na equação dos princípios justamente para mudar-lhe o resultado e não apenas para figurar como elemento decorativo, e, ao que parece, tem tentado ganhar seu próprio terreno em detrimento de outros princípios de igual natureza.

A par dessa discussão sobre a autonomia do princípio da eficiência, existe outro questionamento ainda mais atormentador, qual seja: a manutenção de uma capacidade ociosa pela máquina pública, representada pelos bens dominicais, coaduna-se com a apregoada busca pela eficiência? Evidentemente que a resposta a essa pergunta dependerá, sempre, do tamanho da demanda a ser suportada pelos serviços públicos em cada caso.

Contudo, pode-se de antemão dizer que, com um passivo social tal qual o brasileiro, não se justifica facilmente a manutenção de bens dominicais no acervo patrimonial dos entes públicos.

5 Dos bens dominicais

A doutrina administrativa enxerga a categoria dos bens públicos dominicais com muitos bons olhos, pois que lhes atribui algumas utilidades.

Tradicionalmente, apontam-se as seguintes características para

os bens dominicais: 1. Comportam uma função patrimonial ou financeira, porque se destinam a assegurar rendas ao Estado, em oposição aos demais bens públicos, que são afetados a uma destinação de interesse geral; a consequência disso é que a gestão dos bens dominicais não era considerada serviço público, mas uma atividade privada da Administração; 2. Submetem-se a um regime jurídico de direito privado, pois a Administração Pública age, em relação a eles, como um proprietário privado¹².

Observe-se, no entanto, que muitos bens dominicais não se destinam a assegurar rendas aos entes públicos, mas, simplesmente, deixaram de ser reservados ao uso específico. Um terreno baldio, um prédio fechado, um equipamento obsoleto, um veículo que sofrera perda total em um acidente, esses são apenas alguns exemplos do que se observa em grande parte das administrações públicas, sejam elas municipais, estaduais ou federal.

Assim, enquanto esses bens jazem parados à espera de um adequado destino a ser determinado pelo gestor público, deixam de gerar receitas e, muitas vezes, passam a representar elevados custos aos cofres públicos, pois que necessitam de serviços de estocagem, limpeza, conservação, manutenção, vigilância patrimonial entre outros. Onde está a função social da propriedade? No regime jurídico de direito privado, apenas. E a eficiência da administração pública? Onde fica? No rol descritivo dos princípios, tão somente.

Ademais, não seria a arrecadação tributária meio excelente e suficiente para custear os entes públicos? Evidentemente que sim, pelo menos na grande maioria dos casos. De igual forma, parece não fazer muito sentido que a privatização de empresas públicas seja acompanhada pelo acúmulo de bens dominicais.

Interessante é notar que, geralmente, a inércia do administrador público em conferir destinação específica aos bens dominicais, e assim obter ganhos

12 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 535.

e vantagens para o erário, não se encaixa no conceito de malbaratamento do patrimônio público.

Apontam-se como malbaratamento do patrimônio público somente a aquisição, alienação, doação e locação fraudulenta de bem público que importem em sua perda ou desvalorização.

Atualmente, parece inexistir preocupação do legislador no que tange à destinação de bens dominicais ao uso específico da administração. E, por isso, inúmeros bens, móveis e imóveis, que neste exato momento deveriam promover o bem-estar geral, estão abandonados, sujeitos à depredação e ainda a importar em pesados gastos de manutenção para os tesouros públicos.

Eis aqui mais um inexorável efeito colateral da equivocada interpretação dos princípios administrativos da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, outrora já tão combatida.

É de um imperdoável cinismo que as pessoas morram nas filas dos hospitais, sem atendimento médico, enquanto os entes públicos abarrotam seus almoxarifados com quinquilharias inúteis ou simplesmente especulem no mercado imobiliário.

Às vezes, os próprios entes públicos são vítimas da omissão de seus gestores, pois pagam aluguel de bens que usam no exercício de suas atividades, enquanto possuem outros, de mesma natureza e valor, inutilizados ou subutilizados, que não são vendidos e o produto de sua venda revertido ao erário. Um comportamento como esse, por um acaso, não constituiria uma verdadeira malversação? Evidentemente que sim, a menos que existam razões a justificá-lo, todavia as tais, geralmente, não existem.

Ademais, a experiência demonstra que são justamente os bens dominicais aqueles mais vulneráveis aos ataques dos particulares e dos gestores ímprobos, pois que, geralmente, não são de fácil identificação e deles não se costuma dar falta. Infelizmente, malbaratamento, peculato e confusão patrimonial são

palavras comumente ouvidas ao se tratar de tais bens.

Constitui prática corrente afixar as chamadas etiquetas de patrimônio aos bens móveis integrantes do cabedal da administração, no entanto parece não haver qualquer preocupação em caracterizar os imóveis públicos integrantes da categoria de bens dominicais, para que assim se possa cobrar a atribuição de destinação específica a esses.

Aqui não se pleiteia o fim da imprescritibilidade, da impenhorabilidade e da desoneração dos bens públicos, em geral, mas, sim, que se criem regras aptas a fazer os gestores públicos imprimirem finalidade social aos bens públicos, e que passem a limitar, ao mínimo, o número daqueles contidos na categoria dos bens dominicais.

Afinal, segundo lição de Celso Antonio Bandeira de Mello, o princípio da supremacia do interesse público e, por extensão, a predominância do interesse público primário sobre o secundário,

[...] tem apenas a compostura que a ordem jurídica lhe houver atribuído na Constituição e nas leis com ela consonantes. Donde jamais caberia invocá-lo abstratamente, com prescindência do perfil constitucional que lhe haja sido irrogado, e, como é óbvio, muito menos caberia recorrer a ele contra a Constituição ou as leis. Juridicamente, sua dimensão, intensidade e tônica são fornecidas pelo Direito posto, e só por este ângulo é que pode ser considerado e invocado¹³.

De sorte que é o legislador nacional quem determina em maior ou menor grau de proteção a ser conferida aos bens públicos dominicais, sem afetação. No direito português, por exemplo, os tais não recebem tão grande guarida,

13 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. 2009.

pelo que podem ser alienados e onerados, inclusive em execução judicial¹⁴.

Conclusão

A respeito do que fora discutido acerca dos bens públicos dominicais e do disparate que os envolve, pode-se concluir:

- 1) Os bens públicos classificam-se em: bens de uso comum do povo, bens públicos de uso especial da administração e bens públicos dominicais;
- 2) Os bens dominicais são aqueles que não têm destinação específica e que, assim como os demais bens públicos, são imprescritíveis, impenhoráveis e não estão sujeitos à oneração;
- 3) Existem duas distintas categorias de interesses públicos, a saber: primários e secundários, e, em um conflito entre os tais, deve-se conferir prevalência, tanto quanto possível, àqueles em detrimento destes;
- 4) Os princípios da supremacia e da indisponibilidade dos interesses públicos foram superdimensionados, pelo que se perverteu o verdadeiro sentido da existência dos entes públicos que, em vez de existirem para a promoção do bem comum, passaram a ter sua existência quase que completamente dissociada dos objetivos supostamente por eles perseguidos;
- 5) A injustificada manutenção de bens dominicais no acervo patrimonial público não constitui prática administrativa salutar, pois assim a propriedade deixa de cumprir sua função social, pelo que, por vezes, deveria ser considerada malbaratamento do patrimônio público;
- 6) Essa mesma prática também constitui um atentado ao princípio constitucional administrativo da eficiência, pois injustificável a manutenção de capacidade ociosa diante do não atendimento da demanda pelos serviços públicos;
- 7) Necessita-se criar regras que limitem, ao mínimo possível, o número

14 CAETANO, Marcello. Manual de direito administrativo. 10 ed. Coimbra: Almedina. 2004. Vol II.

de bens dominicais integrantes do acervo patrimonial dos entes públicos, pois em pouco ou nada contribuem para com o bem-estar geral.

O presente trabalho não pretende contrariar um postulado resultante de anos de evolução histórico-jurídica, que é a imprescritibilidade dos bens públicos, proposta essa muito ousada em nosso sentir; mas objetiva chamar a atenção de todos, principalmente das autoridades legislativas, para a grande injustiça consistente em se acumular bens dominicais enquanto não se asseguram aos cidadãos os seus mais básicos e elementares direitos.

Referências Bibliográficas

CAETANO, Marcello. **Manual de direito administrativo**. 10 ed. Coimbra: Almedina. 2004. Vol II.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CARVALHO, Wesley C. Verdades e mitos em torno da supremacia e da indisponibilidade do interesse público. **Revista temas atuais de processo civil**, Porto Alegre, v. 2, p. 75-88, 2012.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

DIDIER, Fredie; ZANETTI JÚNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil**. Salvador: Jus Podivm, 2009. Vol. IV.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 20. ed. São Paulo:

Malheiros, 1995.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. Vol. V.

Regime Diferenciado de Contratações: breves comentários à exceção que virou tendência

Fernanda Karlla Rodrigues Celestino¹

Resumo: O presente artigo tem por objetivo analisar algumas das inovações trazidas pelo Regime Diferenciado de Contratação, implementado em nosso ordenamento por meio da Lei nº 12.462/11, resultante da conversão da Medida Provisória nº 527/2011. Ao longo do texto, serão traçadas comparações entre referido regime e o preceituado pela Lei nº 8.666/93, principal diploma legal sobre licitações e contratos no âmbito da Administração Pública. Não há o intuito de avaliar a eficiência da aplicabilidade da nova lei, o que demandaria a conclusão das obras em andamento. Considerando que o novo regime de contratação, de exceção, torna-se cada vez mais regra e tendência para as futuras contratações da Administração Pública, busca-se expor os posicionamentos favoráveis e contrários às suas práticas, demonstrar sua expansão, bem como tratar dos pontos polêmicos da Lei que o instituiu, que tornam sua constitucionalidade objeto de questionamento perante o Supremo Tribunal Federal, por meio da ADI 4.645 e da ADI 4.655, que até a presente data se encontram pendentes de julgamento.

Palavras-chave: Inovações; Regime Diferenciado Contratações; Administração Pública; Constitucionalidade.

¹ Analista Judiciário em Execução de Mandados no TJ – CE, Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará.

Introdução

A Lei nº 8.666/93, que pelo seu excesso de formalismo, traz morosidade e custos às contratações públicas, para alguns críticos, não satisfaz aos anseios de eficiência do Estado gerencial. Por esse motivo, o legislador vem, ao longo dos anos, esforçando-se para inovar no campo das licitações e contratos, com a instituição, por exemplo, do Sistema de Registro de Preços, através do Decreto nº 3.931/01 e posteriormente da Lei nº 10.520/02, que instituiu o pregão eletrônico, dentre outros.

No intuito de tornar mais rápida a execução de obras para Copa do Mundo e para as Olimpíadas, foi criado, através da Lei nº 12.462/11, o Regime Diferenciado de Contratação Pública, regulamentado pelo Decreto nº 7.581/11.

Conforme o art. 1º da referida lei, o Regime Diferenciado de Contratações Públicas aplicar-se-ia exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016; da Copa das Confederações, da Federação Internacional de Futebol Associação – Fifa 2013 – e da Copa do Mundo – Fifa 2014 –, e às obras de infraestrutura e contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos estados da Federação distantes até 350 km (trezentos e cinquenta quilômetros) das cidades sedes dos mundiais indicados acima. Contudo suas condições acabaram se estendendo às obras do Programa de Aceleração do Crescimento, por meio da Medida Provisória nº 559/12, e hoje também se aplicam a licitações na área da educação, (MP nº 570/12) e da saúde (MP nº 580/12).

O que seria um regime de exceção passa cada vez mais a tornar-se a preferência dos gestores públicos. Contudo o RDC foi aprovado por meio de medida provisória, cuja constitucionalidade, conforme será observado, ainda é objeto de discussão perante o Supremo.

Em que consiste esse novo regime de contratação? Em que aspectos difere da Lei nº 8.666/93? Porque sua aplicação, para alguns, vem resolver o

problema de inadequação da lei geral, ao mesmo tempo em que, para outros, tem sido objeto de duras críticas e de Ações Diretas de Inconstitucionalidade?

Longe de exaurir o tema, o presente artigo tem a pretensão de apresentar aspectos do RDC e algumas críticas que lhe são lançadas, deixando ao leitor margem de reflexão a respeito, sem deixar de apresentar o que se entende por tendência para as próximas contratações.

1. Características do RDC

O regime diferenciado de contratações públicas, ou simplesmente RDC, foi instituído pela Lei nº 12.462, de 2011, sob a alegação de necessidade de desburocratização de determinados processos licitatórios, tendo em vista a proximidade dos eventos já mencionados e a ausência de uma reforma tempestiva na Lei nº 8.666/93.

Ao fixar as condições e procedimentos que devem ser observados pela Administração Pública no âmbito do RDC, a lei que o instituiu, em seu art. 1º, § 2º, determina que a adoção do regime resulta no afastamento das normas contidas na Lei nº 8.666, de 1993.

Além de contemplar os princípios da licitação em geral, regulada pela Lei nº 8.666/93, como a isonomia na competição entre os licitantes, o RDC busca proposta mais vantajosa para a Administração, impondo expressamente, através do seu artigo 3º, a observância dos princípios da eficiência, da economicidade e do desenvolvimento sustentável como norteadores das licitações e contratos.

Referido regime trouxe em seu bojo uma série de inovações a fim de dar efetividade às celebrações contratuais, dentre elas estão: caráter sigiloso do orçamento, inversão de fases, regime de contratação integrada, remuneração variável, regulamentação do Registro de Preços, pré-qualificação permanente, critério do maior retorno econômico, escolha de proposta, prazo recursal único, dentre outras.

Além das alterações acima indicadas, que serão tratadas de forma

mais detalhada ao longo dos próximos itens, o art. 7º, I, da Lei nº 12.462/11 prevê que, para os casos de licitação para aquisição de bens, a Administração Pública poderá indicar marca ou modelo, desde que formalmente justificado, em três situações: a) em decorrência da necessidade de padronização do objeto; b) quando determinada marca ou modelo comercializado por mais de um fornecedor for a única capaz de atender às necessidades da entidade contratante; ou c) quando a descrição do objeto a ser licitado puder ser melhor compreendida pela identificação de determinada marca ou modelo aptos a servir como referência, situação em que será obrigatório o acréscimo da expressão “ou similar ou de melhor qualidade”.

A lei em comento destoa da 8.666/93, em que se proíbe a restrição da licitação a uma marca específica. Quanto ao tema, o consultor legislativo do Senado Federal, Renato Monteiro Rezende (2011, p. 24) ressalta:

A Lei nº 8.666, de 1993, autoriza, em seu art. 7º, § 5º, a indicação de marca, quando tecnicamente justificável, nas licitações para contratação de obras ou serviços. Em seu art. 15, § 7º, I, veda a indicação de marca nos certames de compras. E, em seu art. 15, I, estabelece que as compras, sempre que possível, atenderão ao princípio da padronização.

Tanto a doutrina quanto a jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU) têm admitido, por interpretação dos citados dispositivos da Lei Geral, a indicação de marca em editais de licitação, nas situações contempladas na Lei nº 12.462, de 2011. Assim, pode-se entender que seu art. 7º constituiria, nesse ponto, apenas um detalhamento das previsões genéricas da Lei Geral sobre a matéria.

O novo regime prevê possibilidade de se adotar o modo de disputa aberto nas licitações (art.16), ao contrário do que ocorre na Lei 8.666/93, bem

como a disputa por meio de lances (art.17) e, nesse aspecto, propicia evidente redução de custos para a Administração Pública. Ainda seguindo os moldes da Lei nº 10.520/02, que institui o Pregão, a lei em análise estipula que os modos de disputa, aberto e fechado, poderão ser combinados na forma do regulamento.

O art.13 da Lei 12.462/2011, seguindo a mesma linha do art. 4º, caput, Decreto 5.450/05, que regulamenta o Pregão, determina que a licitação seja feita preferencialmente em meio eletrônico, admitida a presencial, visando tornar o certame mais célere, competitivo e econômico.

De forma inovadora, o art. 24, I, da referida Lei, determina que serão desclassificadas as propostas que “contenham vícios insanáveis”. Sobre o tema Pereira (2011, *on line*) destaca que:

Passou-se a adotar legislativamente o critério, amplamente acolhido na doutrina e fortemente adotado pela jurisprudência, de que apenas vícios insanáveis invalidam os atos na licitação. Adota-se agora expressamente a orientação de que vícios sanáveis não podem acarretar a invalidação ou a desconsideração de atos praticados na licitação – tal como exemplo, a apresentação de proposta ou documentos de habilitação.

No art.11, prevê-se a possibilidade de contratação de mais de uma empresa para a prestação do mesmo serviço, nos seguintes casos: 1) em que o objeto seja passível de execução de forma concorrente e simultânea por mais de um contratado; ou 2) em que a múltipla execução seja conveniente para atender à Administração Pública. “O art.71 do Decreto nº 7.581/11 une os dois incisos (cuja redação é idêntica à da Lei) pela conjunção aditiva e, indicando que tais requisitos devem ser verificados simultaneamente” (JUSTEN FILHO, 2011, *on line*).

Ao contrário da Lei Geral, que em seu art. 57, II, limita a 60 meses a duração máxima dos contratos de serviços a serem executados de forma contínua, dispõe o art.43 da nova Lei que os contratos dessa natureza podem ter sua vigência estabelecida até a data da extinção da Autoridade Pública Olímpica. De acordo com Fernandes (2012, p. 269), “a iniciativa é elogiável na medida em que a vigência contratual será atrelada à utilidade do objeto contratado e não a um mero parâmetro temporal que pode causar transtornos à continuidade dos serviços. Deve-se, contudo, evitar a perenização dos contratos”.

Outra novidade, preceito moralizador, é a vedação expressa no art. 37, proibindo a contratação direta de empresa cujo sócio ou dirigente seja parente ou afim até o 3º grau de qualquer agente público envolvido nas contratações, ou qualquer agente público que ocupe cargos superiores.

Não obstante essas e outras inovações, estatui o art. 39 da referida lei, que se aplicarão as normas da Lei nº 8.666/1993 aos contratos administrativos celebrados com base no RDC, com exceção das regras específicas nela previstas.

Os contratos celebrados com fundamento no RDC seguem a Lei nº 8.666/93, inclusive quanto às cláusulas exorbitantes, e ainda nas hipóteses de contratação direta (dispensas e inexigibilidade). Em seu art. 45, repetem-se os comandos dos arts. 41 e 109 da Lei Geral, relativos às hipóteses de interposição de impugnações e recursos. Contudo, alguns prazos sofreram alterações, a exemplo da data limite para impugnação do edital, que passou de 2 para 5 dias úteis antes da abertura das propostas, e do prazo para interposição de recurso contra decisão que declare a inidoneidade do contratado, que foi reduzido de 10 para 5 dias úteis.

Quanto ao art. 44 da nova Lei, que trata da anulação e revogação de licitações, este dispõe que as regras do art. 49 da Lei Geral serão aplicáveis às anulações e revogações de certames regidos pela RDC.

A partir de agora, merecem ser trazidos à lume alguns comentários

acerca das alterações mais polêmicas da referida lei, que a fazem objeto de crítica pela doutrina e por via de Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Supremo.

1.1 Orçamento Sigiloso

Conforme o art. 6º da Lei 12.462/2011, observado o disposto no § 3º, o orçamento previamente estimado para a contratação será tornado público apenas e imediatamente após o encerramento da licitação, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas.

Já nas contratações regidas pela Lei nº 8.666/93, a divulgação do preço de referência é uma informação básica e obrigatória do certame, o que torna a sigilosidade de orçamento um dos pontos mais polêmicos do RDC.

Conforme a nova lei, caso o orçamento não conste do instrumento convocatório, ele possuirá caráter sigiloso, ressalvando-se, contudo, sua disponibilização estrita e permanentemente aos órgãos de controle interno e externo da Administração Pública. O § 3º do art. 6º permite aos órgãos de fiscalização e tribunais de contas acesso a esses dados, que deverão ser mantidos em sigilo, sob pena de responsabilização.

Para os defensores do orçamento sigiloso, a ocultação do preço de referência, além de dificultar a formação de conluíus e cartéis nos procedimentos licitatórios, induziria à redução dos preços.

Quanto ao primeiro benefício sugerido, importante salientar que, se a publicação do valor estimado da contratação no edital pode facilitar a formação de cartéis de empresas e combinação de preços para fraudar a licitação, a alteração para orçamento sigiloso não consiste em solução “milagrosa” para o problema. Ainda resta a possibilidade de que um ou outro licitante tenha acesso a tal informação, bem como não há garantia de que o preço de referência não esteja superfaturado.

Conforme orientação de Rezende (2011, p. 40-41):

Evidentemente, a formação ou não de um cartel independe da divulgação dos orçamentos prévios elaborados pela Administração promotora do certame. Com ou sem orçamento, cartéis poderão se formar. [...]

Em um mundo onde não haja corrupção dos agentes públicos, a manutenção do orçamento em sigilo pode funcionar como estratégia de combate à prática acima descrita. Com efeito, desconhecendo o valor máximo admitido pela Administração, o licitante (mesmo na hipótese de combinação de preços pelo cartel) terá incentivos para reduzir o valor de sua proposta, sob o temor de vê-la desclassificada, o que redundará em margens maiores de desconto para o Poder Público, relativamente ao valor constante do orçamento. [...]

No mundo real, no entanto, essa ideia, concebida para combater o conluio de licitantes, pode resultar ineficaz quando: a) houver corrupção dos servidores públicos que tiverem acesso às informações sigilosas; b) os competidores se recusarem a baixar os preços de suas propostas.

O receio de alguns críticos é o de que o sigilo no orçamento leve à contratação por um preço injusto; que o governo fique à mercê da vontade das empreiteiras, tendo em vista a necessidade de realizar obras em curto espaço de tempo. Os defensores da sigilosidade argumentam, pelo contrário, que o fato de o referido valor se tornar público apenas e imediatamente após o encerramento da licitação ocasionaria obtenção de maior competitividade e de melhores preços, visto que os participantes da licitação fariam sua oferta sem conhecer o montante de recursos que a Administração tem para gastar.

Peixoto (2011, *on line*) destaca que referido sigilo, além de ser relativo,

não é uma novidade no cenário da contratações públicas e gera uma real diminuição dos valores:

O artigo 6º, § 3º, fala em sigilo do “valor estimado da licitação”, ou seja, somente não será informado o valor de que dispõe a Administração para aquele determinado gasto, e não como tem noticiado os veículos de informação de que nenhum valor (até o da proposta dos licitantes) será divulgado.

A Lei 8.666/93 sempre estabeleceu a obrigatoriedade da divulgação desses preços aos licitantes. Já a Lei 10.520, que regula a modalidade pregão para aquisição de bens e serviços comuns, silenciou sobre o assunto, fazendo com que parte dos órgãos públicos licitantes não divulgasse o preço estimado da licitação e outra parte, os divulgasse. Portanto, a matéria em discussão - sigilo do preço estimado - não é tão estranha aos ouvidos da comunidade especializada em licitação. Ao contrário, é muito comum a não disponibilização do preço estimado da licitação (na modalidade pregão), com vistas a não prejudicar o processo de negociação do pregoeiro com o detentor da melhor proposta.

O sigilo tratado no artigo 6º do RDC, portanto, limitar-se-á à fase da veiculação do edital aos interessados em participar do certame, uma vez que os preços propostos e o valor estimado da licitação serão todos divulgados a partir da escolha do melhor classificado.

A autora acrescenta que “nas licitações realizadas na modalidade pregão, o sigilo do preço estimado não parece ter prejudicado o caráter competitivo; a ausência da informação confere maior disputa com preços mais vantajosos ao poder público” (PEIXOTO, 2011, *on line*).

Impende ressaltar que o sigilo do orçamento, por si só, não confere maior disputa e preços mais vantajosos ao Poder Público. A efetiva redução

dos valores se deve em muito ao fato de que no regime diferenciado é facultado o estabelecimento de procedimentos similares aos do pregão, como o da inversão de fases e o da fase de lances, o que incentiva a concorrência entre os licitantes e, conseqüentemente, a obtenção de um melhor negócio.

Quanto ao sigilo em si, o que ocorre é que, de acordo com art. 26 da nova lei, ao final da licitação, autoriza-se a negociação do preço ofertado pelo vencedor, que, na ocasião, ainda não saberá, face à sigiliosidade, qual o valor orçado pela Administração. Será a tendência, então, a redução dos preços pelos licitantes que realmente pretendam fechar negócio. Caso contrário, ao oferecer valor acima do estimado, esses licitantes serão afastados da disputa, nos termos do art. 24, III.

Mesmo diante das controvérsias apontadas, esses seriam os dois pilares em que se fundamentam os defensores do sigilo do orçamento: dificultar a formação de conluíus e cartéis e incentivar os licitantes a oferecerem o preço mais baixo. Contudo, referido sigilo ainda tem sua constitucionalidade contestada, na forma apresentada adiante.

1.2 Inversão das fases

Como foi dito anteriormente, a Lei que instituiu o RDC, estabeleceu em seu art.12, como regra para o procedimento licitatório, a inversão das fases, onde serão inicialmente analisadas as propostas, e só após o julgamento, analisados os documentos de habilitação, ao contrário do que dispõe a Lei 8.666/93, de acordo com a qual todos os concorrentes têm a habilitação analisada previamente, para só depois ser escolhida a melhor proposta, o que torna o certame mais burocrático e moroso.

De acordo com seus defensores, referida inversão encurta sensivelmente o prazo do certame. Contudo, ainda o art. 12, em seu parágrafo único, autoriza a Administração Pública a inverter a ordem das fases estipulada para o RDC, desde que mediante ato motivado e previsão expressa no instrumento

convocatório. Nessa hipótese, a fase de habilitação antecederá a de julgamento, ou seja, aplicando-se a regra já disposta na Lei nº 8.666/93.

Para alguns, a inversão de fases no RDC, muito embora torne o certame mais célere, deverá ser aplicada com cautela, porque induz a Administração Pública a relevar eventuais falhas nos documentos de habilitação do licitante vencedor, podendo levar à adjudicação do objeto a empresas sem condições de executá-lo adequadamente (AIDAR, 2012, *on line*).

Tal receio tem fundamento, uma vez que, se na aplicação da Lei nº 8.666/93 a empresa comprovará sua capacidade técnica para a obra antes de apresentar a proposta financeira, no RDC o Governo julgará os preços antes mesmo de verificar se a empresa vencedora tem capacidade técnica para executar a obra.

Quanto à implementação da inversão de fases, Rezende (2011, p. 28) aponta como esse mecanismo pode dificultar fraudes e conluios:

Mesmo na hipótese de parte dos licitantes atuar em conluio, a inversão de fases apresenta vantagens, pois, em licitações sem inversão de fases, ainda que os integrantes do cartel não interponham recursos contra a habilitação uns dos outros, fazem-no em relação aos concorrentes que não participam do conluio, para não correrem o risco de ver sua estratégia falhar, no julgamento das propostas. Ademais, como o intuito do cartel é forçar a celebração de contratos com menos vantagens para a Administração ou mesmo com valores acima dos de mercado, o cotejo das propostas de preço de todos os licitantes, que caracteriza as licitações com inversão de fases, possibilita desvelar esse tipo de prática cartelística.

Assim, esse instituto, que já tem previsão no ordenamento, apresenta-

se como forma mais eficaz e célere que o modelo previsto na Lei Geral e coaduna-se com os objetivos perseguidos pelo RDC.

1.3 Contratação Integrada

Outro aspecto que diferencia o RDC da Lei nº 8.666/93 é a possibilidade de utilização do regime de contratação integrada. De inspiração no regulamento do procedimento licitatório simplificado da Petrobrás, aprovado pelo Decreto nº 2.745, de 24 de agosto de 1998, a Lei nº 12.462, de 2011, em seu art. 9º e incisos, vem estabelecer que, nas licitações de obras e serviços de engenharia, a elaboração e o desenvolvimento dos projetos básico e executivo, a execução, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto podem ser de responsabilidade de uma mesma empresa.

Conforme o art. 9º, caput, a utilização da contratação integrada fica condicionada a ser técnica e economicamente justificada.

A polêmica do assunto se deve ao fato de que a Lei Geral veda a licitação de um empreendimento sem a elaboração prévia do projeto básico de engenharia, que detalha como será a obra em todas as fases, enquanto o Regime Diferenciado de Contratação permite a licitação de obra sem projeto básico.

Os que defendem a pré-existência de um projeto básico argumentam que sua ausência acarretaria desperdício de dinheiro público, vez que referido projeto permitiria ao governo estimar o custo, calculando um “preço justo” para a execução da obra antes de sua contratação, evitando a formação de cartéis entre as empresas e superfaturamento do preço.

O art. 9º, §2º, I, prevê que, no certame da contratação integrada, embora não haja projeto básico, a Administração deverá disponibilizar no edital respectivo anteprojeto de engenharia que contemple os documentos técnicos destinados a possibilitar a caracterização da obra ou serviço. “Obviamente, se a elaboração do ‘projeto básico’ sempre foi uma ‘pedra no sapato’ da

Administração, espera-se que o ‘anteprojeto’ seja mais simples, contudo, sem negligenciar as informações imprescindíveis à caracterização da obra” (PEIXOTO, 2011, *on line*).

Enquanto para alguns a disponibilização de anteprojeto de engenharia tornará o processo mais célere e eficaz, para outros, a contratação integrada gera riscos para a Administração pelo nível de transferência que é feita ao particular, antes mesmo da elaboração de um projeto básico, como ressalta Aidar (2012, *on line*):

a contratação integrada mostra-se extremamente gravosa ao particular, na medida em que a ele transfere integralmente os riscos relativos a obras de alta complexidade, contratadas em fase muito preliminar, antes mesmo da elaboração do projeto básico, quando ainda não se tem a exata noção das quantidades e dos problemas que serão enfrentados na execução do empreendimento. A situação mostra-se ainda mais delicada quando se observa que o RDC impõe, salvo em situações especiais, que o custo global das obras e serviços de engenharia seja obtido a partir de custos unitários de insumos ou serviços menores ou iguais à mediana de seus correspondentes ao Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil (Sinapi), no caso de construção civil em geral, ou na tabela do Sistema de Custos de Obras Rodoviárias (Sicro), no caso de obras e serviços rodoviários, o que sujeita o particular ao enorme risco de arcar com o prejuízo decorrente da desatualização de tais tabelas frente à realidade do mercado.

Rezende (2011, p. 46) alerta que a situação pode constituir ofensa aos princípios do julgamento objetivo e da isonomia:

Assim, o Poder Público realizará certame sem dispor de

balizamento mínimo daquilo que deseja ver executado. A deficiência de parâmetros comparativos prejudica a aferição do grau de adequação das propostas às necessidades do Poder Público e abre margem ao subjetivismo no julgamento. Ademais, dá-se um poder excessivo ao contratado para definir o que e como será executado.

Enquanto se discute a elaboração do próprio projeto executivo anteriormente à abertura do certame, a previsão da Lei do RDC vai na contramão de esforços para assegurar um melhor planejamento das obras públicas, que evite problemas de execução, o encarecimento dos custos para Administração e a celebração de aditivos.

Para outros entendedores, o fato de o contratado ficar responsável pela elaboração do projeto básico eliminaria o risco de sobrecusto para a Administração decorrente de falhas no projeto. Sendo vedado o aditivo por erro de projeto, uma vez que aditivos contratuais só são permitidos nas hipóteses descritas no art. 9º, § 4º e incisos: (i) para o reequilíbrio econômico-financeiro desses contratos, em caso fortuito ou força maior; (ii) ou por necessidade de alteração do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos objetivos da contratação, a pedido da Administração Pública, desde que não decorrentes de erros ou omissões por parte do contratado, observados os limites previstos no § 1º do art. 65 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

Jurksaitis (2012, *on line*), adotando posição favorável, destaca que referida transferência não é novidade:

Mas algo muito semelhante acontece quando se licita uma concessão de serviço público precedida de obra pública. Nesse caso, o edital também não contém um projeto básico da futura obra. E o motivo é simples. Ao invés de jogar para o licitante

o dever de prever as características gerais da obra e o método de execução, a administração transfere a ele todos os riscos do projeto e de realização da obra. Assim, tanto a contratação integrada como as concessões atribuem ao particular os riscos inerentes à plena execução do que foi contratado. Por essa razão, a contratação integrada tentou ser mais restritiva em relação aos aditivos contratuais (art. 9º, § 4º).

Ao transferir a elaboração do projeto básico para o particular, abre-se a possibilidade de soluções diferentes para a execução da obra, que podem ser mais econômicas e eficientes. O julgamento, nesses casos de contratação integrada, deverá obrigatoriamente ser por técnica e preço (art. 9º, § 2º, III), adotando-se critérios objetivos previstos pelo edital.

As palavras de Justen Filho (2010, p. 134) demonstram a importância do projeto básico:

O projeto básico não se destina a disciplinar a execução da obra ou do serviço, mas a demonstrar a viabilidade e a conveniência de sua execução. Deve evidenciar que os custos são compatíveis com as disponibilidades financeiras; que todas as soluções possíveis foram cogitadas, selecionando-se a mais conveniente; que os prazos para a execução foram calculados; que os reflexos sobre o meio-ambiente foram sopesados, etc.

A jurisprudência do TCU, quanto ao projeto básico, destaca a imprescindibilidade de sua existência, relacionando-o à questão da economicidade dos contratos:

A elaboração de projeto básico adequado e atualizado, assim considerado aquele que possua elementos descritivos e que expressem a composição de todos os custos unitários, é imprescindível para a realização de qualquer obra pública, resguardando a Administração Pública de sobrepreços e manipulação indevida do contrato original. Acórdão nº 2737/2009-TCU-Plenário. Relator: Ministro Raimundo Carreiro. Brasília, 18 de novembro de 2009. Diário Oficial de União, 20 de nov. de 2009.

[...] a necessidade de prévia elaboração de projeto básico nas licitações de obras públicas, a fim de garantir a lisura do procedimento licitatório e que a proposta apresentada seja factível, evitando reajustes contratuais indevidos ou superiores aos limites previstos na Lei nº 8.666/93, alterações em quantitativos de itens contratados e modificações nas soluções técnicas que, além de dificultar sobremaneira o exercício do controle, aumentam as necessidades de recursos financeiros para a conclusão dos empreendimentos, ao ponto de, em alguns casos retardar, em muito sua conclusão, gerando as chamadas obras inacabadas, indiscutivelmente nocivas à sociedade. Acórdão nº 339/2000-TCU-Plenário. Relator: Humberto Guimarães Souto. Brasília, 26 de abril de 2000. Diário Oficial de União, 10 de maio de 2000.

No Acórdão de nº 2873/08, do Plenário do Tribunal de Contas da União, o Ministro Relator Augusto Sherman destaca o quanto a baixa qualidade do projeto básico pode comprometer os propósitos de uma licitação, uma vez que “projeto básico excessivamente impreciso amplifica o potencial risco acerca das regras de medição do contrato, de modo que contrariam as boas regras da Administração Pública”.

Para Fernandes (2012, p. 245), a elaboração e execução do projeto pela mesma pessoa foi permitido pelo RDC devido a uma grave carência na elaboração do projeto básico, não sendo possível ao servidor público

dominar conhecimento suficiente para produzir projeto básico com nível de detalhamento que vem exigindo a lei e os órgão de controle, deficiência que acaba acarretando, na ação de controle, o dever da Administração de aceitar alterações de preços em contratos e inclusão de novos itens em planilhas, tornando-a refém das exigências das empresas contratadas.

Em que pese os posicionamentos favoráveis à contratação integrada, esse constitui um dos aspectos do RDC, que tem sua constitucionalidade bastante questionada.

1.4 Remuneração Variável

O artigo 10, caput, da Lei nº 12.462/2011 traz como flexibilização à Lei nº 8.666/93 a previsão de uma remuneração variável na contratação de obras e serviços, inclusive de engenharia, permitindo que a empresa contratada receba um “bônus” de acordo com seu desempenho, que será aferido com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega definidos no instrumento convocatório e no contrato.

Referida remuneração, além de ser motivada, deverá respeitar o limite orçamentário fixado pela Administração Pública para a contratação, conforme previsto no parágrafo único do referido artigo. Peixoto (2011, *on line*) esclarece:

A ‘remuneração variável’ permite que o pagamento possa variar para mais ou para menos, a depender do desempenho da empresa contratada. Se cumprir o contrato dentro do prazo, receberá o valor pactuado; se antecipar a entrega da obra, receberá antecipadamente o valor, podendo, ainda, fixar-se um bônus pela eficiência; e se houver atraso, além da redução proporcional do valor, poderá a contratada sofrer as sanções legais. Obviamente, qualquer condição de remuneração variável deverá constar detalhada e objetivamente no edital da licitação.

Contudo, o fato de não haver uma previsão exata dos gastos antes da contratação, sendo a remuneração variável, vinculada ao desempenho da contratada, causa uma preocupação quanto à subjetividade dos processos licitatórios e a possibilidade de desvios. Rezende (2011, p.26) destaca que:

A Lei não descreve suficientemente bem como seria essa sistemática de remuneração variável, remetendo sua disciplina ao edital e ao contrato. Tal descrição, com algum grau de detalhamento, deveria constar da própria lei, mesmo porque trata da contraprestação devida à empresa contratada e assegurada pelo próprio texto constitucional, que determina sejam mantidas, na vigência do contrato, as condições efetivas da proposta (art. 37, XXI, da Lei Maior).

Teoricamente, poder-se-ia cogitar de remuneração variável em casos de redução do valor da contraprestação estatal por cumprimento insatisfatório do contrato ou abaixo de um nível considerado ótimo. Os critérios de aplicação de tal regra deveriam ser objetivamente definidos, para evitar perseguições. Mesmo assim, pode-se questionar a criação de um regime como esse, sob a perspectiva de que ele tornaria a inexecução do objeto um evento normal e sujeito a uma disciplina específica no tocante à remuneração do contratado, quando na verdade a inexecução do contrato, ainda que a parcial, deve ser vista como uma falta, punível na forma da lei.

Ademais, a previsão do limite orçamentário fixado pela Administração como teto para os pagamentos permite interpretações de que a remuneração poderia exceder o valor da proposta vencedora (considerando-se que o valor da proposta vencedora deve ser inferior ao valor orçado), deixando aberta a possibilidade de fraudes.

Do exposto, pode-se deduzir que é temeroso remeter a sistemática de remuneração variável ao instrumento convocatório, uma vez que os mesmos deveriam ser objetivamente definidos em lei, trazendo maior isenção ao processo de contratação. Outro ponto que merece relevo é a mitigação das punições em razão do inadimplemento ou adimplemento intempestivo a pretexto da redução do valor da contraprestação pela Administração, pois vai de encontro ao princípio do enriquecimento sem causa, principalmente na hipótese de cumprimento contratual abaixo de um nível considerado ótimo.

1.5 Procedimentos Auxiliares

A Lei nº 12.462, de 2011, define, em seus arts. 29 a 33, uma série de procedimentos auxiliares das licitações no âmbito do RDC, são eles: o sistema de registro de preços, a pré-qualificação permanente, o cadastramento e o catálogo eletrônico de padronização.

O sistema de registro de preços, procedimento administrativo já bastante utilizado, originalmente previsto na Lei nº 8.666/93, depende de prévia licitação, na qual serão selecionadas as propostas mais vantajosas, posteriormente registradas e colocadas à disposição da autoridade estatal para futuras e eventuais contratações, desde que obedecido determinado prazo, na medida de sua necessidade.

Apesar de apresentar pontos favoráveis, como a redução de formalidades, de gastos, redução do número de licitações e ampliação da escala de fornecimento, esta última devido à possibilidade de adesão superveniente de outros órgãos administrativos, o Sistema de Registro de Preços foi severamente criticado por autores como Marçal Justen, por entender que essa adesão pelo “carona” não encontra autorização legislativa na Lei 8.666/93, constituindo espécie de dispensa de licitação não prevista em lei.

Mas a Lei nº 12.462, inovou ao regular com minúcia razoável a situação do “carona”. Nas palavras de Justen Filho (2012, *on line*):

O Regulamento apresentou uma solução para uma das maiores distorções experimentadas na prática do “carona”. Trata-se da questão de limite máximo de quantitativos passíveis de contratação com base em registro de preços.

Segundo a disciplina do regime geral de contratações, o limite seria individual por órgão aderente e corresponderia a 100% do quantitativo registrado. Mas poderia haver tantas contratações quantos fossem os órgãos aderentes. O regulamento do RDC estabeleceu que os quantitativos totais contratados por órgãos aderentes não poderá ser superior a cinco vezes (seis, em verdade, contando os órgãos participantes) a quantidade prevista para cada item (art.102 §3º). A fixação desse limite representa uma evolução em face da situação anterior, ainda que não afaste as críticas [...].

A nova Lei estabeleceu um Sistema de Registro de Preços específico para o Regime Diferenciado de Contratações Públicas, que se assemelha ao sistema de registro de preços instituído pela Lei 8.666/93, mas apresenta algumas peculiaridades, não só a citada acima, relativa à limitação da quantidade total de bens ou serviços que poderão ser contratados pelos órgãos aderentes, mas também, como afirma Coelho (2012, *on line*):

a) a possibilidade de registro de preços relativos à prestação de serviços de engenharia, remunerados por unidade de medida ou em regime de tarefa; b) a adequação a qualquer dos modos de licitação previstos na Lei nº12.462/2011 e Decreto nº7.851/2011; c) a possibilidade dos demais licitantes aceitarem cotar seus bens ou serviços em valor igual ao do licitante mais bem classificado, para ampliar a quantidade de fornecedores, produtos e serviços;[...]

Os defensores da utilização do Sistema de Registro de Preços no RDC sempre destacam que a celeridade e economia gerada e as regras inseridas na nova lei condizem com o que se espera nas licitações e contratos nos quais será aplicado.

A pré-qualificação permanente constitui outro procedimento auxiliar previsto pela lei que instituiu o RDC. A Lei nº 8.666/93 introduziu a figura da pré-qualificação, conceituada por Justen Filho (2010, p. 950) nos seguintes termos:

consiste na dissociação da fase de habilitação do restante do procedimento da concorrência. A administração institui exigências especiais e excepcionalmente severas como requisito de participação em futura concorrência. Essas exigências envolvem a idoneidade financeira e a capacitação técnica, além dos requisitos comuns sobre a capacidade jurídica e regularidade fiscal. Instaura-se um procedimento seletivo preliminar destinado a verificar o preenchimento de tais requisitos.

Os licitantes que preencherem os requisitos previstos serão considerados pré-habilitados para a concorrência. Somente eles estarão legitimados a participar da concorrência.

Conforme prevê a Lei Geral, em seu art. 114, a pré-qualificação poderá ser utilizada nas concorrências sempre que o objeto da licitação recomende maior análise da qualificação técnica dos interessados. A pré-qualificação aludida na Lei do RDC, diversamente da pré-qualificação convencional, é de natureza permanente, não se referindo a um caso concreto considerado, e destina-se a identificar, conforme art.30 e seus incisos: a) fornecedores que reúnam condições de habilitação exigidas para o fornecimento de bem ou a execução de serviço ou obra nos prazos, locais e condições previamente estabelecidos; ou b) bens que atendam às exigências técnicas e de qualidade da Administração Pública.

O art. 30, que trata da criação da pré-qualificação permanente, dispõe em seu §2º que um regulamento estabelecerá as condições em que a Administração poderá fazer uma licitação restrita aos pré-qualificados. O participante que tiver

realizado pré-qualificação poderá apresentar a certidão de pré-qualificação, que substituirá todos os documentos de habilitação. Rezende (2011, p. 37) alerta para aspecto desfavorável da pré-qualificação permanente:

A pré-qualificação da Lei nº 12.462, de 2011, mais se assemelha ao cadastro da modalidade de tomada de preços, ao qual alude o art. 22, § 2º, da Lei nº 8.666, de 1993.

Todavia, a nova Lei não estabelece qualquer limite à utilização do procedimento de pré-qualificação. Considerando que a Administração poderá promover certames restritos aos licitantes pré-qualificados (art. 30, § 2º), cabendo a regulamento definir em que condições isso se dará, não se pode descartar o risco de que a pré-qualificação possa acarretar a frustração do caráter competitivo das licitações. Com efeito, sabendo-se de antemão quem poderá participar da disputa, é mais fácil promover conluíus e formar cartéis.

O art. 33 da nova lei define o catálogo eletrônico de padronização de compras, serviços e obras como um sistema informatizado, de gerenciamento centralizado, destinado a permitir a padronização dos itens a serem adquiridos pela Administração Pública, que estarão disponíveis para a realização de licitação.

O parágrafo único destaca que referido catálogo poderá ser utilizado em licitações cujo critério de julgamento seja a oferta de menor preço ou de maior desconto e conterà toda a documentação e procedimentos da fase interna da licitação, assim como as especificações dos respectivos objetos. O catálogo eletrônico consiste, portanto, em forma de padronização, que permite aos interessados conhecer previamente os modelos e técnicas que servirão de padrão para as futuras contratações. Quanto a essa prática, Fernandes (2012, p. 265) recomenda:

Bem de ver, contudo, que as críticas existirão na medida em que o lançamento inicial pode implicar em direcionamento injustificado em favor do produto que venceu a licitação anterior.

Por isso, quando a inclusão em catálogo implicar em restrição à competição com a indicação de marca e modelo, é recomendável que a introdução de bens no catálogo seja precedida de estudos prévios que revelem que a Administração procedeu à análise do mercado de forma impessoal, criando, por exemplo, uma comissão técnica para o exame.

Finalmente, no cadastramento, procedimento auxiliar já autorizado no art. 34, caput, Lei nº 8.666/93, os órgãos e entidades da Administração Pública que realizam frequentemente licitações manterão registros cadastrais para efeito de habilitação, na forma regulamentar, válidos por no máximo um ano.

No art.31, §1º, da Lei do RDC, exige-se que os registros cadastrais sejam “amplamente divulgados” e fiquem “permanentemente abertos para a inscrição de interessados”. “Com isso evitam-se as fraudes que ocorriam no passado no sentido de manter o cadastro fechado e somente após longos períodos permitir novos cadastramentos, promovendo-se no interregno licitações sucessivas e volumosas em favor de pequeno grupo de empresas” (FERNANDES, 2012, p. 263).

1.6 Critério do maior retorno econômico

Os critérios de julgamento possíveis no RDC constituem a matéria dos arts. 18 a 23 da Lei nº 12.462/11, os quais inovam ao criar os critérios de maior desconto, de conteúdo artístico e de maior retorno econômico, bem como ao ampliar as hipóteses de cabimento dos critérios de técnica e preço e de melhor técnica, sofrendo este último modificações substanciais em relação à figura de mesma designação, prevista na Lei nº 8.666, de 1993 (MACEDO, PELINSARI, OLIVEIRA, 2012, *on line*).

Ainda na fase preparatória, a comissão escolherá um dos critérios de julgamento, tipos especiais previstos pela Lei do RDC, dentre eles o previsto no art.23, que utiliza o critério do maior retorno econômico, exclusivo para a celebração de contratos de eficiência. As propostas serão consideradas de forma a selecionar a que proporcionará a maior economia para a Administração Pública decorrente da execução do contrato. Tal critério tem sido objeto de críticas, conforme aponta Rezende (2011, p. 34):

Sobre o critério de maior retorno econômico e o contrato de eficiência, cumpre registrar que o conceito de despesas correntes é dado pelo Direito Financeiro (art. 12 da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964). Eventual redução em tais despesas não necessariamente se vincula à ação de uma empresa contratada pela Administração para lhe prestar serviços. Variações nas despesas correntes dependem, inclusive, de uma decisão do Poder Legislativo, quando da elaboração do orçamento anual. A necessidade de individualização de cada uma das causas que levam a variações nas despesas correntes dificulta em muito a gestão de contratos celebrados a partir de licitações que utilizem o novo critério previsto. Ademais, as despesas correntes podem aumentar pela simples ampliação dos serviços prestados pela Administração, ainda que a empresa contratada tenha efetivamente realizado ações que proporcionam economia ao órgão ou entidade contratante. Dada a dificuldade em se estabelecer uma correlação material entre os serviços prestados e a contraprestação devida pela Administração, contratos celebrados com fulcro no art. 23 da Lei, a exemplo do que o recente histórico indica quanto aos serviços de publicidade, poderão facilitar a ocorrência de desvios e fraudes no uso de recursos públicos.

Conforme o exposto, o critério ora apreciado gerará um grande risco para o contratado, na medida em que fatores independentes da sua vontade

podem contribuir para que suas metas de redução de despesas.

1.7 Escolha de proposta

Conforme o art. 40 da referida Lei nº 12.462/11, é facultado à Administração Pública, quando o convocado não assinar o termo de contrato ou não aceitar ou retirar o instrumento equivalente no prazo e condições estabelecidos: I - revogar a licitação, sem prejuízo da aplicação das cominações previstas na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e nesta Lei; ou II - convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para a celebração do contrato nas condições ofertadas pelo licitante vencedor.

A novidade consta no parágrafo único do mesmo artigo, que permite a convocação dos licitantes remanescentes do certame na ordem de classificação e no preço ofertado por estes, desde que o respectivo valor seja igual ou inferior ao orçamento estimado para a contratação. Esta regra, que já existe na Lei do Pregão, art. 4º, XXIII, colide com a da Lei 8.666/93, de acordo com a qual o segundo colocado somente será escolhido se concordar em acatar as condições financeiras feitas pelo primeiro colocado.

1.8 Prazo recursal único

Enquanto nas demais modalidades licitatórias abre-se prazo de recurso ao término de cada ato ou decisão (art.109 da Lei 8.666/93), o art.27 da Lei do RDC prevê, nos moldes do que se dá na modalidade pregão, que todos os recursos serão postergados para uma fase recursal única após a análise dos documentos de habilitação do licitante vencedor.

A Lei do RDC também inova em seu art.45, §1º, ao prever a necessidade dos licitantes manifestarem o interesse de recorrer imediatamente, no momento em que o ato ocorreu, registrando em ata intenção de recorrer futuramente,

contra os atos que defiram ou indefiram pedido de pré-qualificação, atos de habilitação ou inabilitação ou julgamento das propostas, sob pena de preclusão. O prazo continua a ser o de 5 dias úteis, tanto para recorrer quanto para apresentar contra-argumentos, nos termos do mesmo artigo.

2. Das ações de inconstitucionalidade

A Lei 12.462/2011, que instituiu o RDC, é resultante da conversão da MP 527/2011, que originalmente tratava da organização da Presidência da República e dos Ministérios, criava a Secretaria de Aviação Civil, alterava a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil e da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária, criava cargos em comissão e dispunha sobre a contratação de controladores de tráfego aéreo. O Regime Diferenciado de Contratações foi incluído em seu texto pelo relator José Guimarães (PT-CE), quando referida MP ainda tramitava na Câmara dos Deputados.

O PSDB, juntamente com o partido Democratas e o PPS, ajuizou no Supremo Tribunal Federal, em agosto de 2011, a Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 4.645, contestando a Lei 12.462/2011. Referida ação, distribuída ao Ministro Luiz Fux, fundamenta-se na ausência dos pressupostos constitucionais de relevância e urgência, necessários à edição de Medida Provisória, e no abuso no poder de emendar no âmbito do processo de conversão da Medida Provisória n. 527, de 2011 (pela inclusão de matéria que excede os limites temáticos da proposição principal, que não dispunha a respeito de licitações e contratos e criação de obstáculos à atuação institucional dos demais parlamentares).

Alega-se ainda violação dos artigos 22, inciso XXVII, 37, inciso XXI, e dos princípios da eficiência, moralidade e publicidade, com a indicação dos dispositivos confrontados:

As inconstitucionalidades encontradas na Lei 12.462 de 2011, dizem respeito à essência e ao todo do Regime Diferenciado de

Contratações Públicas, notadamente os seguintes dispositivos: art.1º e 65, que delegam ao Executivo a escolha do regime jurídico aplicável, art.6º §3º, que estabelece presunção de sigilo do custo das obras, art. 9º, que permite a contratação integrada, para realização de obras e serviços de engenharia, art.10, que permite o estabelecimento de remuneração variável para obras e serviços públicos, e art.15 § 2º, que dispensa a publicação em diário oficial, entre outros² .

Em setembro de 2011, o Procurador-Geral da República (PGR), Roberto Monteiro Gurgel Santos, enviou ao Supremo Tribunal Federal, uma nova Ação Direta de Inconstitucionalidade, ADIN nº 4.655, também questionando a constitucionalidade do Regime Diferenciado de Contratações Públicas, previsto na Lei 12.462/11.

Assim como na ADIN nº 4.645, aponta-se vício formal de inclusão de matéria estranha à MP nº 527/11, em afronta ao devido processo legislativo e ao princípio da separação dos Poderes³ .

Quanto aos vícios materiais, alega-se ofensa ao princípio da legalidade do artigo 37, XXI, da Constituição Federal, inicialmente pelo fato de que os dispositivos da lei não fixam parâmetros mínimos para identificar obras, serviços e compras que devam seguir o Regime Diferenciado de Contratações Públicas; em segundo lugar, pelo fato do regime de licitação pública não estar previsto em lei e, sim, por ato do poder Executivo, não havendo qualquer parâmetro legal sobre o que seja uma licitação ou contratação necessária aos eventos previstos na Lei, outorgando-se desproporcional poder de decisão ao Poder Executivo.

Frente ao mesmo artigo, questionam-se os dispositivos que conferem

2 Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4131802>>

3 Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4138546>>

à Administração o dever de adoção preferencial do regime de contratação integrada no caso de obras e serviços de engenharia, apontando como dois aspectos que tornariam referidos dispositivos inconstitucionais: 1) não definição clara do que vem a ser o objeto da licitação, por admitir que se contrate uma obra ou um serviço sem a elaboração do projeto básico 2) possibilidade de que se concentre, na figura de um mesmo contratante, a elaboração do projeto básico e a posterior execução da obra ou serviço.

Apona-se ainda a inconstitucionalidade dos dispositivos relacionados à pré-qualificação permanente, por também estarem em desconformidade com o artigo 37, XXI, da CF, atingindo a finalidade do procedimento licitatório, que é a ampla competitividade.

Por fim, anota haver inconstitucionalidade material nos artigos 4º, §1º, II e §2º, e art.14, parágrafo único, II, ao preverem a adoção de medidas mitigadoras e/ou compensatórias no caso de obras ou atividades potencialmente causadoras de danos ambientais ou culturais. Tais dispositivos, face os arts. 225 e 226 da CF, não podem ser interpretadas para que sejam dispensadas exigências estabelecidas nas normas que regulam o licenciamento ambiental.

Outra suposta inconstitucionalidade da lei é apontada por Rezende (2011, p. 56):

[...]II - A despeito de veicular algumas importantes e positivas inovações na disciplina das licitações e contratos, a Lei do RDC contraria, em diversos dispositivos, normas gerais fixadas pela Lei Geral de Licitações e, por assim o fazer, padece de inconstitucionalidade formal, a qual não existiria caso as inovações fossem incorporadas à própria Lei Geral, em lugar de se fazer uma lei *ad hoc*, de âmbitos temporal, espacial, objetivo e subjetivo limitados;[...]

Zockun (2012, *on line*) critica a nova Lei, por afastar a aplicação da lei geral de licitações:

[..] o RDC não poderia ter afastado a aplicação da lei geral de licitações, como se deu na espécie (art. 1º, §2º, da Lei do RDC). Deveras, a Constituição da República exige que as licitações e contratações públicas sejam obedientes a um modelo nacional, sem embargo de a União, os Estados e os Municípios poderem ditar normas suplementares.

Ao editar-se a lei do RDC criou-se, ao arrepio da ordem constitucional, um regime de licitação e contratação que convive à margem do regime geral em invulgar desobediência à ordem jurídica, o que não é admitido, como já cuidou de pedagogicamente assinalar o STF ao julgar a ADI 1.668.

Referido autor aponta ainda vício na forma como esse regime tem sido estendido:

[...] Fundado na suposta idéia(*sic*) de que o modelo do RDC é mais eficiente, a Lei federal 12.688 fez incluir no seu campo de abrangência as obras do PAC, afastando-se, uma vez mais a Lei 8.666.

Ainda que manifestavelmente(*sic*) indesejável, a aplicação do RDC em sua redação original sem, portanto, a inserção do PAC causaria dano jurídico limitado no tempo. Isso porque suas disposições normativas foram inicialmente concebidas para produzir efeitos até o término dos aludidos eventos esportivos.

Com a inclusão do PAC no rol de bens passíveis de licitações e contratações públicas por meio do RDC, os danos jurídicos já não

são mais limitados no tempo. E nesta condição, a procedência das ADIs nº s 4.645 e 4.655 poderá, ao final, ensejar a declaração de nulidade das licitações que, adotando o rito do RDC, forem volvidas ao PAC. E, neste caso, se for possível, terão que ser novamente licitadas sob o manto da Lei 8.666.

Questionando à expansão do regime, em agosto de 2012, o Procurador-Geral requereu aditamento da Adin nº 4.655, a fim de incluir em seu objeto as alterações efetuadas pelo art. 28 da Lei 12.688/12 à lei originalmente impugnada, que estendeu o RDC às ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC). Em fevereiro do presente ano, aditou-se novamente a ação, para acrescentar ao seu objeto as alterações efetuadas pelas Leis 12.722/12, art. 14, e 12.745/12, art.4º, que autorizam a aplicação do regime às obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS) e no sistema público de ensino.

Em que pesem as inconsistências apresentadas pela referida Lei, esta continua sendo aplicada e estendida. Espera-se o julgamento de referidas ações diretas de inconstitucionalidade. O procurador-geral da República, Roberto Gurgel, enviou parecer ao ministro Luiz Fux, favorável à Adin 4.645. As duas ações já contam com pareceres contrários da Advocacia-Geral da União e estão aptas a serem submetidas ao pleno.

Considerações Finais

Em pouco tempo, o regime diferenciado de contratação, entendido por alguns como amadurecimento da Lei nº 8.666/93, passou a fazer parte do cotidiano da Administração Pública, que o tem utilizado de forma experimental, visando a uma possível substituição das atuais normas de licitação e contratos administrativos.

É fato que a Lei de Licitações precisa sofrer inovações e que algumas das advindas desse novo regime podem servir como base para a elaboração

de novas normas para licitações e contratos, essa é a tendência; contudo, a forma como foi editado o regime, com ingerência do legislativo em acrescentar matéria ao texto de uma medida provisória, quebra de pertinência temática, ausência dos pressupostos da MP, bem como a inserção de algumas práticas demonstradas nos itens anteriores, são criticáveis sob a ótica constitucional.

O RDC apresenta caráter de exceção, pois foi criado para uma situação emergencial causada pelos Poderes Executivo e Legislativo, uma vez que a reforma à Lei 8.666/93 tem sido postergada desde 2007, quando já se sabia que o Brasil seria sede da Copa do Mundo de 2014. Mas o que deveria ser uma medida de caráter temporário vem se tornando regra e se expandindo para outras áreas, sem passar pelo processo legislativo adequado, por meio de sucessivas medidas provisórias, enquanto ainda se espera uma posição definitiva da Suprema Corte acerca de sua constitucionalidade.

A aplicação desse regime para as obras da Copa e das Olimpíadas, ainda que decorrentes de uma situação de emergência ficta, pode até ser tolerável, porém não se detecta urgência em ampliar referido regime às áreas da saúde e educação, consolidando situação que, para alguns, é flagrantemente inconstitucional.

A mesma pressão exercida para aprovação do RDC no Poder Legislativo agora se volta ao Judiciário, que passará a ser o foco das atenções no julgamento das ações de inconstitucionalidade em trâmite. Assim, o Poder Executivo, além de se outorgar poderes desproporcionais de decisão com o RDC, aprovado no Legislativo por meio de estratégia juridicamente duvidosa, conta com a pressão dos meios de comunicação, reforçada pela proximidade dos eventos para aprovação desses atos perante o Supremo, forçando uma decisão política que mais uma vez beneficie o governo, sob pena do Poder Judiciário se tornar o grande “vilão” dos eventos esportivos.

Cumprе ressaltar que, se a exiguidade dos prazos foi um dos argumentos favoráveis à utilização do RDC para instalação e ampliação de infraestrutura necessária para o desenvolvimento das atividades esportivas, nem todas as

obras estarão acabadas até os eventos, o que traz questionamentos acerca da possibilidade de aplicação do RDC para projetos que, embora aproveitem as competições, não estarão completamente concluídos até lá.

Esse tema foi objeto de análise pelo TCU no Processo nº 038.038/2011, DOU 06/06/2012, no qual o órgão apreciou auditoria concernente à “execução das obras e dos serviços de engenharia para reforma, ampliação e modernização do Terminal de Passageiros, adequação do sistema viário de acesso e ampliação do pátio de aeronaves para o Aeroporto Pinto Martins, em Fortaleza/CE”, ação que se insere no esforço para a realização da Copa do Mundo de 2014. Chamou atenção o fato de que a vigência do contrato, de 47 meses, ultrapassa o referido evento.

Adotou-se o posicionamento de que a utilização do RDC em obras com término posterior à Copa do Mundo de 2014 ou às Olimpíadas de 2016, conforme o caso, será legítima nas situações em que ao menos fração do empreendimento tenha efetivo proveito para a realização desses megaeventos esportivos, cumulativamente com a necessidade de se demonstrar a inviabilidade técnica e econômica do parcelamento das frações da empreitada a serem concluídas a posteriori. Ou seja, mais uma vez se estende o âmbito de incidência do RDC.

Se o regime continuará a ser aplicado, cabe agora ao STF decidir. As consequências econômicas de sua utilização só serão conhecidas após o evento, com a divulgação dos custos, quando se saberá o quanto se ultrapassou da previsão orçamentária inicial. Já a reformulação da Lei de Licitações, que deverá decorrer de projeto de lei específico, continua em andamento.

Com base nos inúmeros projetos de lei que tramitam na Câmara, o deputado federal Fábio Trad (PMDB-MS) apresentou, em 17 de dezembro de 2012, ponto substitutivo que altera significativamente a Lei 8.666/93, tentando alcançar um meio-termo entre o RDC e a mencionada Lei de Licitações, cujo texto incorpora alguns dos dispositivos do novo regime, exceto o da contratação

integrada⁴.

A despeito das controvérsias sobre a intenção do RDC e de sua constitucionalidade, algumas de suas práticas atendem aos anseios no campo das contratações e licitações, dotando-os de mais celeridade e eficiência, ampliando a competição, com diminuição de formalidades desnecessárias e a utilização de tecnologia.

Não se pode negligenciar a necessidade de uma nova legislação sobre licitações do Brasil, que se adeque à realidade do País, mas, de fato, nem a aplicação do RDC, nem a de uma futura lei de licitações poderá prescindir de uma atuação menos amadora por parte dos administradores públicos, com aplicação das melhores práticas de gestão, em especial as de execução orçamentária.

Neste sentido, espera-se que as discussões que se iniciaram para melhoria dos procedimentos para contratações na Administração Pública sirvam como patamar inicial para mudança efetiva da Lei de Licitações, mas sobretudo espera-se sua aplicação por um gestor bem preparado e comprometido com o interesse público, bem como uma efetiva fiscalização por parte dos órgãos de controle.

Referências bibliográficas

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **RDC: O Regime Diferenciado de Contratações Públicas**: Lei nº 12.462, de 5 de agosto de 2011. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos**

4 Conforme matéria veiculada no site do Instituto Certame, o deputado “Na elaboração do texto, teve acompanhamento do Instituto Brasileiro de Estudos Jurídicos da Infraestrutura (Ibeji), ligado à PUC-SP. ‘Do RDC, o que absorvi mais é o conceito de agilidade dos certames e a simplificação dos procedimentos e a questão da sustentabilidade. Da Lei de Licitações, mantive a criminalização para os desvios, as cláusulas sociais; reforçamos o princípio da impessoalidade, eficiência, moralidade e incluímos os da proporcionalidade e da razoabilidade.’ Disponível em <<http://www.institutocertame.com.br/provaveis-alteracoes-na-lei-n%C2%BA-8-6661993O>>. Acesso em 25 mar. 2013.

Administrativos. 14^a ed. - São Paulo: Dialética, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Apontamentos sobre o Regulamento do RDC** (Decreto 7.581/11). Informativo, Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, nº 57, novembro de 2011, disponível em <http://www.justen.com.br/informativo>, acesso em 15 de março de 2013.)

_____. O Sistema de Registro de Preços destinado ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas. **Informativo**, Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, nº 61, março de 2012, disponível em <http://www.justen.com.br/informativo>, acesso em 15 de março de 2013.

PEREIRA, César A. Guimarães. **O Regime Diferenciado de Contratação estabelecido pela Lei 12.462: as principais inovações**. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, nº54, agosto de 2011, disponível em <http://www.justen.com.br/informativo>, acesso em 13 de março de 2013.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 339/2000-TCU-Plenário**. Relator: Humberto Guimarães Souto. Brasília, 26 de abril de 2000. Diário Oficial de União, 10 de maio de 2000.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 2873/2008-TCU-Plenário**. Relator: Augusto Sherman. Brasília, 02 de dezembro de 2008. Diário Oficial de União, 09 de dezembro de 2008.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 2737/2009-TCU-Plenário**. Relator: Ministro Raimundo Carreiro. Brasília, 18 de novembro de 2009. Diário Oficial de União, 20 de nov. de 2009.

AIDAR, Gabriela Braz. **Regime Diferenciado deve modificar Lei de Licitações**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-nov-15/gabriela-aidar-regime-diferenciado-modificar-lei-geral-licitacoes>>. Acesso em 12 de mar. 2013.

COELHO, Fabiana de Oliveira. O Sistema de Registro De Preços (SRP) no Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC). Disponível em: <<http://www>.

conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.37584&seo=1 > . Acesso em: 20 mar. 2013.

JURKSAITIS, Guilherme Jardim. *RDC: uma Resposta à Ditadura Conservadora da 8.666/93*. Disponível em: <<http://cartaforense.com.br/conteudo/artigos/regime-diferenciado-de-contratacoes-posicao-favoravel/9492>> . Acesso em 16 de mar. 2013.

MACEDO, Suélem Viana; PELINSARI, Marleth Mól; OLIVEIRA, Douglas Luis de. *O Regime Diferenciado de Contratações Pública- RDC: (In) Constitucionalidade e inovações*. Disponível em: < <http://www.ebah.com.br/content/ABAAAfeuoAA/direito-administrativo-ii> > . Acesso em: 24 de mar. 2013.

PEIXOTO, Ariosto Mila. *RDC (Regime Diferenciado de Contratações)*. Disponível em: <<http://novo.licitacao.com.br/apoio-juridico/artigos/107-rdc-regime-diferenciado-de-contratacoes.html>> . Acesso em 15 de mar. 2013.

REZENDE, Renato Monteiro. *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: comentários à Lei nº12.462, de 2011*. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/conleg/textos_discussao/TD100-RenatoRezende.pdf> , Acesso em 17 mar. 2013.

ZOCKUN, Maurício. *Regime diferenciado de contratações: posição contrária*. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/regime-diferenciado-de-contratacoes-posicao-contraria/9491>> . Acesso em: 14 mar. 2013.

Evolução das despesas municipais no Ceará: conjuntura e análise

Luís Abel da Silva Filho¹
Fládia Valéria Dantas dos Santos²
William Gledson e Silva³

Resumo: Objetiva-se aqui analisar as despesas municipais cearenses nos anos de 2001 e 2010, considerando grupos de entes federativos a partir da classificação presente no Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). O estudo foi desenvolvido com base nos aspectos teóricos institucionais e nos ligados ao federalismo e descentralismos fiscais, focalizando-se a Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF). Metodologicamente, o artigo lançou mão de estatísticas descritivas, que possibilitaram medir o comportamento das diferentes rubricas de gastos para os distintos grupos de municípios. Finalmente, atingiram-se resultados importantes, os quais mostraram uma tendência ao aumento integral nos gastos municipais, com raras exceções, sobretudo nos municípios de grande porte, que tiveram reduzidas as despesas com pessoal entre os anos estudados, mas cujos gastos, em relação aos entes menores, cresceram entre 2001 e 2010 em todas as rubricas mensuradas.

Palavras-Chave: Descentralismo Fiscal; Despesas Municipais; Ceará.

1 Professor do Departamento de Economia da Universidade Regional do Cariri – URCA. Pesquisador do Observatório das Metrôpoles, núcleo da Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN.

2 Graduanda em Ciências Econômicas pela Universidade Regional do Cariri – URCA. Bolsista do CNPq.

3 Professor do Departamento de Economia da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte - UERN. Doutorando em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN.

Considerações iniciais

A discussão acerca do gasto público dos municípios brasileiros segue com fortes divergências na literatura. Por um lado, há aqueles que interpretam a municipalização empreendida na Constituição de 1988 como uma forma de melhor gerir as unidades de desenvolvimento local, já que a descentralização fiscal e a criação de municípios poderiam melhorar o sistema de arrecadação e despesas.

Por outras lentes, há os que defendem a municipalização como a constituição de oligarquias de poder local, com interesse de manter a espacialização das oligarquias via criação de novas unidades administrativas. E isso foi constatado no Brasil, já que se elevou sobremaneira o número de municípios criados no país pós-Constituição de 1988, sobretudo aqueles com reduzido número de habitantes.

Reforçando esse argumento, faz-se necessário postular que a literatura de natureza crítica enxerga o contexto de criação de municípios da seguinte forma: as classes dominantes buscam conservar seu poder regional, de modo que as oligarquias (burguesia local) preservem as estruturas sociais, sendo uma explicação plausível ao processo de proliferação municipal ocorrida em grande medida após o advento constitucional de 1988, na condição de um jogo político, conforme Oliveira (1981) e Gomes e Mac Dowell (1995).

Assim, a descentralização fiscal, a elevação do gasto público, o endividamento dessas esferas subnacionais, além da elevada dependência de recursos de transferência de outras instâncias de governos, foram, grosso modo, motivos para a entronização da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF)⁴, com o objetivo de orientar os gastos em todas as instâncias de governos (União, Distrito Federal, Estados e Municípios) e, portanto, disciplinar as finanças públicas sistematicamente no Brasil, além de orientar a maior capacidade de arrecadação.

Conforme a literatura, um dos principais problemas da regulamentação supracitada foi a orientação em relação às despesas

⁴ Trata de uma regra formal (Lei escrita), a partir do conceito de instituição proposto por North (1993).

com pessoal. A média de gastos dos municípios brasileiros com pessoal era significativamente inferior ao percentual de gastos por ela permitido. Isso, de maneira geral, promoveu elevação significativa das despesas dos municípios, já que era permitido pelo marco regulatório que os orientava.

Além disso, a baixa capacidade de arrecadação em muitos deles, sobretudo no nordeste brasileiro, é constatada em várias observações empíricas (Silva Filho e outros 2009; 2010; 2011). Adicionalmente, destaque-se que no Ceará, objeto central deste estudo, a baixa capacidade de arrecadação dos pequenos municípios, bem como a elevada parcela de seus gastos mostram que há distorções acentuadas entre a orientação do marco regulatório e os efetivos resultados.

Nesse sentido, justifica-se a proposição da construção deste trabalho em virtude do período selecionado, quer dizer, os anos de 2001 e 2010, correspondentes respectivamente à crise econômica vivenciada pelo Brasil em 2001, a qual se associou ao contexto global, e ao momento de recuperação experimentado pelo país em 2010, principalmente por se tratar do ano derradeiro do governo Lula, em que se revelou a tendência de gastos públicos mais pronunciados, sendo convergente com a ideia de ciclos eleitorais.

Diante disso, este artigo tem como objetivo analisar as despesas per capita dos municípios cearenses em 2001 e 2010. Para tanto, tomou-se como referência a classificação de tamanho dos municípios do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Utilizaram-se valores per capita como forma de equiparar diferentes grandezas e assim permitir a análise.

Para atingir o objetivo proposto pelo estudo, o artigo encontra-se assim estruturado: além das considerações iniciais, a segunda seção aborda os elementos teóricos fundamentais da pesquisa; no terceiro item, desenvolvem-se os procedimentos metodológicos relevantes ao estudo; nas quarta e quinta seções são realizadas as discussões propostas pela investigação, reservando-se a última parte para as considerações finais.

1 Aspectos teóricos de finanças públicas e as restrições institucionais

Os estudos provenientes do ramo das finanças públicas no Brasil, em anos recentes, têm-se detido a discutir os efeitos da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) sobre a arrecadação e despesas dos diversos entes federativos. O controle das contas públicas surge como uma das preocupações mais significativas na atualidade, já que a adequada saúde financeira governamental possibilita a existência de um quadro social, político e econômico bastante representativo.

Antes, porém, faz-se necessário contextualizar o ambiente institucional em que se estrutura a nação brasileira, organizada em uma Federação, isto é, formada por unidades federativas que se relacionam, tanto político-administrativamente quanto através do fluxo de recursos intergovernamentais, comumente das unidades de maior amplitude para as de mais reduzida participação federativa (SILVA FILHO et al. 2011; SILVA et al. 2012).

Ressalte-se que a relação desenvolvida no Brasil, do ponto de vista da Federação, é uma estruturação descentralizada de modo fiscal. Quer dizer, as unidades de maior expressão (União) repartem com aquelas de menor representatividade (Estados, Distrito Federal e Municípios) os recursos e as competências.

Assim, o que ocorre é uma elevação na liberdade fiscal por parte dos entes estaduais e municipais e um aumento do poder decisório dessas entidades governamentais. Conforme entendem as vertentes desse contexto, as políticas a serem desenvolvidas localmente beneficiam a população nas áreas territorialmente menores, ao passo que o oposto também é encontrado na literatura, de acordo com o apresentado por Silva (2009).

Faz-se necessário salientar que a Federação brasileira é orientada institucionalmente pela Constituição Federal de 1988, a qual demarca as relações federativas do País, de modo a estabelecer as tendências político-administrativas, cujo comportamento fiscal versa no sentido do fortalecimento dos entes menores. Isto é, o Brasil é de fato uma nação

descentralizada, que põe principalmente os municípios em um patamar de notável destaque, a partir das constatações de Silva (2009), Silva et al. (2011), Silva Filho et al. (2010;2011) e Silva et al. (2012).

Com efeito, o entendimento desse processo federativo na atualidade perpassa pela consideração institucional. Quer dizer, para que se possa compreender mais consistentemente a descentralização fiscal do País, torna-se indispensável evidenciar, ainda que de maneira sintética, a chamada teoria institucional, a qual permite conhecer mais adequadamente determinadas contingências das finanças públicas brasileiras.

Nesse sentido, podem-se definir instituições como regras do jogo, isto é, esse conceito procura compreender de que forma os agentes são obedientes às normas, cuja transgressão torna possível a penalização. Em outras palavras, o poder regulatório institucional se encontra na capacidade de aplicar penas aos que se desviarem das suas determinações, conforme revelam North (1993), Toyoshima (1999), Gala (2003), Cavalcanti (2007) e Peres (2007).

Não diferente dos demais aspectos socioeconômicos, as finanças públicas, igualmente, demandam certo controle institucional, ou seja, torna-se relevante que haja um ambiente fiscal melhor administrado, com mecanismos regulatórios capazes de orientar as gestões brasileiras nas mais diversas amplitudes, desde à União aos Estados e Municípios, de acordo com os trabalhos de Luque e Silva (2004) e Silva (2009).

Nesse sentido, surge em maio de 2000 a Lei de Responsabilidade Fiscal. Ela foi instituída para orientar mais contundentemente as contas públicas, de modo a ordenar o padrão de gastos dentro de uma estrutura de arrecadação. Isto é, os gestores passam a ter metas de dispêndios administrados por condições viáveis de disponibilidade de recursos para tais aplicações, cujas restrições legais decorrem do desestímulo à realização de gastos mais pronunciados (sem controle), limitando o comprometimento com pessoal, restringindo as chamadas renúncias fiscais, etc, impondo penalizações aos transgressores, em concordância com Matos Filho et al. (2008), Silva et al. (2011), Silva Filho et al. (2010;

2011).

A partir do exposto, alcança-se o seguinte entendimento: a LRF, na condição de uma instituição, procura ordenar, dentre outros elementos fiscais, o comportamento da arrecadação dos entes federativos, tendo em vista a redução das renúncias fiscais, que, por sua vez, tinham no Brasil o papel de política econômica, geralmente realizada pelos estados e municípios de mais modesto desenvolvimento econômico. Isso é convergente com a literatura de cunho keynesiana, que defende essa modalidade de ação governamental, corroborando o apresentado por Araújo (2006).

Afinal de contas, a LRF emerge como uma antítese ao desequilíbrio das finanças públicas no Brasil, repercutindo favoravelmente no quadro da gestão nacional, ainda que muitas evidências teóricas e empíricas sejam postas, na tentativa de contestar essa realidade institucional mais restrita. O que se observa na literatura é, na verdade, uma presença bastante salutar da discutida regra, possibilitando através deste estudo o alcance de resultados que corroborem a busca pelo equilíbrio ou a convergência com os princípios mais keynesianos, sendo tal aspecto uma pretensão da pesquisa em curso. Logo a seguir se apresentam os procedimentos fundantes para que se atinja esse intento.

2 Considerações metodológicas

O item que agora se inicia trata dos procedimentos metodológicos, os quais forneceram ao estudo os elementos analíticos principais para o entendimento da proposição, de modo que foi possível alcançar os objetivos da pesquisa através dos passos aqui descritos, tanto no que toca à escolha das variáveis, quanto ao que diz respeito à adoção das ferramentas utilizadas no exame.

Ressalte-se que o artigo tratou de uma investigação exploratória, tendo como pilares a revisão bibliográfica, a consideração de documentos e os aspectos estatísticos descritivos. Logo, a pesquisa, ao levar em conta os elementos antes citados, permitiu evidenciar aspectos convergentes ao esperado no trabalho, viabilizando uma comparação intertemporal

para municípios cearenses entre os anos de 2001 e 2010, no campo das despesas.

Com efeito, Silva Filho et al. (2010) estudaram as finanças públicas do Ceará; contudo deram ênfase às receitas, justificando-se a opção pelo espaço antes referido em virtude de agora ser pretensão analisar os gastos, tomando-se como referência um ano imerso em crise de proporções globais (2001), confrontando-se a outro momento de recuperação econômica e de encerramento do ciclo eleitoral em 2010.

Assim, selecionaram-se algumas rubricas de dispêndios municipais para que fosse possível evidenciar o desempenho de diferentes tipos de gastos de municípios, a saber: despesas com pessoal, legislativo, bem como as rubricas de natureza social, a exemplo dos dispêndios com educação e cultura, habitação e urbanismo, saúde e saneamento, além da assistência social e previdência.

A operacionalização dessas variáveis foi realizada por meio de estatísticas descritivas, isto é, tomou-se a média municipal cearense nos anos considerados na pesquisa, de maneira que se tornou possível confrontar diferentes períodos, podendo-se evidenciar tendências quanto ao desempenho nos distintos tipos de gastos.

Entretanto, fez-se necessário trabalhar com as variáveis antes mencionadas em sua condição per capita, considerando-se a classificação populacional dos municípios do Ceará desenvolvida pelo IBGE, selecionando as despesas por grupos municipais até 10.000, mais de 10.000 e até 20.000 habitantes; mais de 20.000 e até 50.000; mais de 50.000 e até 100.000; mais de 100.000 a até 500.000 habitantes; e acima de 500.000 habitantes.

A finalidade desta estratégia metodológica é reduzir as disparidades entre os entes municipais, proporcionando um modo comparativo capaz de fornecer evidências mais consistentes do ponto de vista analítico, a exemplo do estudo de Silva Filho et al. (2011).

Portanto, os resultados esperados foram alcançados levando-se em conta o já exposto, de modo que na sequência estão apresentados os achados no estudo, dando os contornos analíticos propostos por ocasião

da investigação em andamento.

3 Despesas municipais no Ceará – 2001/2010

No que se refere às despesas correntes, per capita, para o estado do Ceará, conforme o tamanho dos municípios, os dados do gráfico 1 mostram que os municípios de menor porte são responsáveis pela maior despesa. Vê-se ainda que essas despesas se elevaram substancialmente quando se compara o ano de 2001 com o de 2010. Para os intervalos estabelecidos nos municípios de mais de 10.000 e até 100.000 habitantes, tem-se redução constante das despesas per capita.

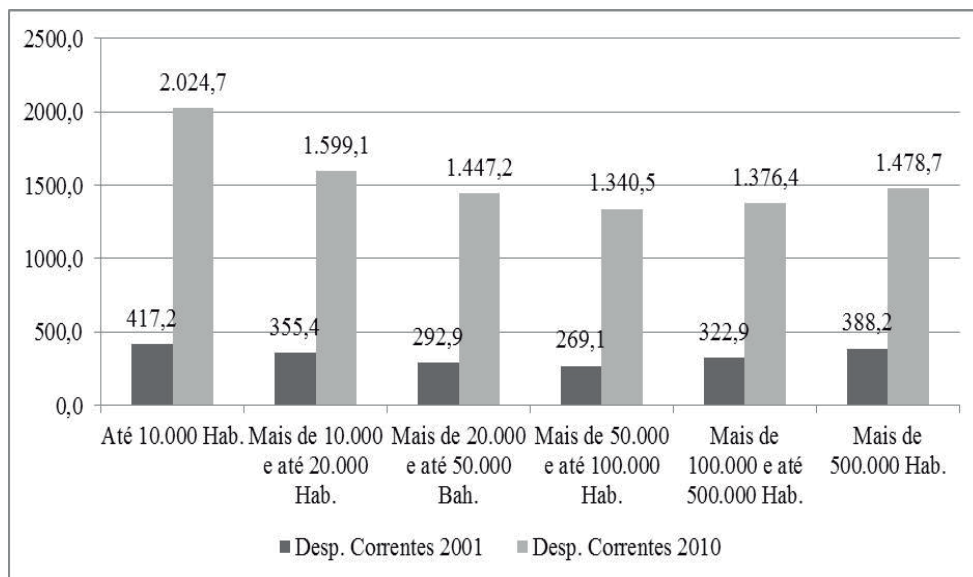


Gráfico 1: Despesas Correntes por habitante segundo o tamanho dos municípios do Ceará- 2001-2010

Fonte: elaborados pelos autores a partir de dados da STN (2001-2011)

Os municípios com população entre 100.000 e até 500.000, bem como aqueles com mais de 500.000 habitantes, as despesas se elevaram

quando se considera a classificação anterior. Foi, porém, uma elevação substancialmente inferior à daqueles municípios de menor porte. Isso relativamente corrobora o exposto por Gomes e Mac Dowell (1995), segundo os quais os pequenos municípios são os que mais apresentam dispêndios e se beneficiam da transferência de recursos daqueles que mais arrecadam.

Interpretando Menezes (2006), tem-se que essas rubricas (denominadas rígidas) são de difíceis cortes pelo fato de se referirem predominantemente a gastos com pessoal, previdência, assistência e bens de consumo. Nesse sentido, elas podem ser definidas como de processo contínuo. A elevação delas, sobretudo em municípios muito pequenos, depende sobremaneira do nível de atividade econômica nacional. Em caso de recessão, são esses pequenos municípios os mais afetados pela redução no repasse de recursos que implicam diretamente cortes forçados de despesas ou endividamento da esfera municipal.

No que se refere às despesas municipais no Ceará, segundo a rubrica selecionada para esse estudo, os dados do gráfico 02 assinalam elevação significativa dos gastos com pessoal em todos os municípios, com exceção apenas daqueles com mais de 500.000 habitantes, que tiveram redução nominal quando comparado o primeiro com o último ano. Para o ano de 2001, o maior gasto com a variável despesa com pessoal está para o grupo acima de 500.000 habitantes (R\$ 182,3), seguido do grupo de até 10.000 habitantes (R\$ 179,7).

Os resultados plotados no gráfico ratificam a maior capacidade de gastos per capita nos menores municípios, exatamente aqueles que arrecadam pouco ou quase nada. Com isso, as transferências dos maiores para os menores beneficiam, como nos casos expostos, quantidade significativa de grupos oligárquicos que se apoiaram na descentralização fiscal instituída pela Constituição de 1988 para apoderar-se da municipalização de vilarejos e unidades extremamente dependentes de transferências intergovernamentais.

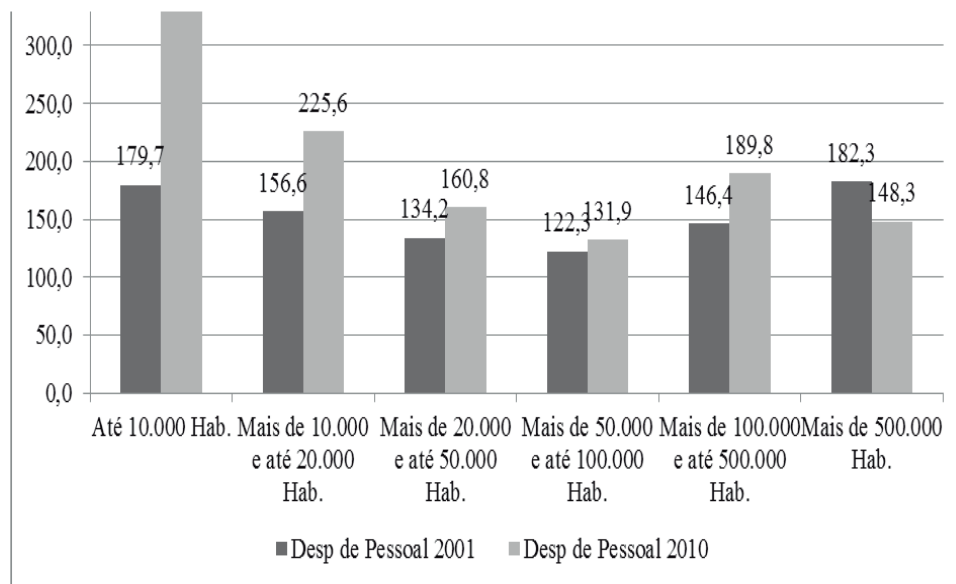


Gráfico 2: Despesas com pessoal por habitante segundo o tamanho dos municípios do Ceará- 2001-2010

Fonte: elaborados pelos autores a partir de dados da STN (2001-2011)

Quando se observa o ano de 2010, vê-se que o maior destaque está para o município do grupo de até 10.000 habitantes, o qual elevou seu gasto para R\$ 399,9, com uma variação de 223,32%. Em seguida, vem o grupo de mais de 10.000 a 20.000 e de mais de 100.000 até 500.000 habitantes, os quais elevaram os seus gastos para R\$ 225,6 e R\$ 189,8, com variações de 144,06% e 129,64%, respectivamente. Isso, portanto, ratifica a hipótese já defendida na literatura de que a maior despesa per capita ocorre principalmente nos pequenos municípios.

As elevações das despesas com pessoal no ano de 2010 são explicadas pelo fato de que, nesse ano, os possíveis efeitos da LRF não ocorreram como esperado, ou melhor, elevaram-se sobremaneira, já que a própria LRF permitiu elevação dos gastos em até 60,0% da receita corrente líquida. Giuberti (2005) ressalta que a lei impôs limites rígidos aos gastos com pessoal (principal item de despesa corrente), porém os

gastos com esta rubrica eram sobremaneira inferiores ao estabelecido, em média, antes da lei, e isso elevou generalizadamente os gastos com pessoal.

O autor ressalta que esse item como prioritário não foi adequado para os municípios, assim como o foi para os Estados, explicando-se então os elevados gastos. Menezes (2006) acrescenta que as razões para o aumento das despesas com pessoal estão relacionadas com os aumentos de salários, aposentadorias e outros fatores trabalhistas.

O gráfico 3 mostra a evolução do gasto para o item de despesas com Legislativo. Conforme a análise, o grupo de até 10.000 habitantes se destaca ao apresentar o maior gasto com essa variável para os dois anos, o qual correspondia ao valor de R\$ 23,0 no ano de 2001, chegando a atingir R\$ 65,0 no ano de 2010 (crescimento de 282,61%). O segundo maior gasto corresponde ao grupo mais de 10.000 a 20.000 habitantes, com o valor de R\$ 16,5 em 2001 e R\$ 51,1 em 2010, com variação de 309,69%. Essas evidências se tornam suficientes para se inferir a maior capacidade de gastos per capita com essa rubrica exatamente em unidades municipais com pouco ou nenhum dinamismo. Ou seja, aqueles com a menor capacidade de arrecadação e mais dependentes de transferências intergovernamentais da União e Estados são os que mais gastam com o legislativo. Os menores gastos per capita se materializam nos municípios mais populosos.

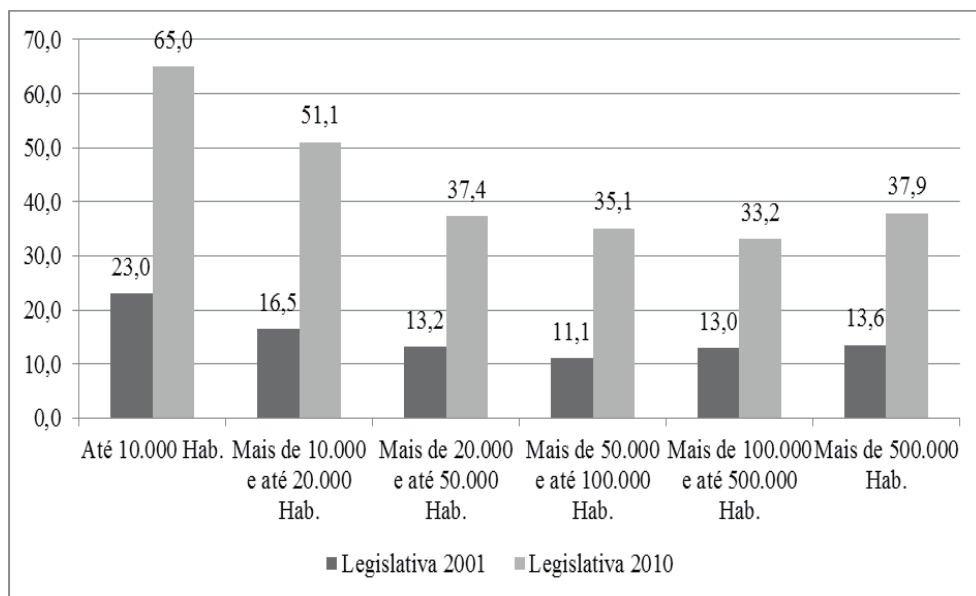


Gráfico 3: Despesas com legislativo por habitante segundo o tamanho dos municípios do Ceará- 2001-2010
Fonte: elaborados pelos autores a partir de dados da STN (2001-2011)

Gomes e Mac Dowell (2000) também constataram em seu estudo os fortes gastos com o Legislativo para os municípios com populações menores (em especial os micromunicípios). Os autores alertam que os recursos tributários mobilizados pelas três esferas do governo estão sendo fortemente utilizados para o pagamento de vereadores, prefeitos e burocratas em geral, e, assim, sobra menos recurso disponível para financiar serviços públicos e investimentos do governo.

Menezes (2006) acrescenta que esse tipo de despesa é da preferência dos administradores municipais, o que reduz os recursos disponíveis para gastos com infraestrutura, item esse tido como ferramenta de política fiscal.

4 Gastos sociais nos municípios cearenses – 2001/2010

As variáveis analisadas a seguir representam a despesa com o social, como: educação e cultura; habitação e urbanismo; saúde e saneamento; e assistência e previdência. Constituem variáveis de importante função social. De acordo com Menezes (2006), esses tipos de despesas dificilmente se cortam, pelo fato de possuírem receitas vinculadas, como é o caso da educação, cuja receita está ligada ao FUNDEF, o da saúde, com relação ao SUS, etc. Além disso, são variáveis que corroboram o desenvolvimento econômico dessas esferas de governo, inclusive pela melhoria de indicadores de elevada importância para qualificar o desenvolvimento.

De acordo com a análise do gráfico 4, para o ano de 2001, o maior gasto com o item saúde e saneamento pertence ao grupo de mais de 500.000 habitantes, correspondente a R\$ 134,0. O segundo maior gasto está para os municípios do grupo de mais de 100.000 até 500.000 habitantes, com o valor de R\$ 126,6. De início, esses resultados revelam que os pequenos municípios lideram gastos per capita para manutenção da máquina municipal. No caso dos gastos com variáveis sociais, eles se distanciam dos demais grupos.

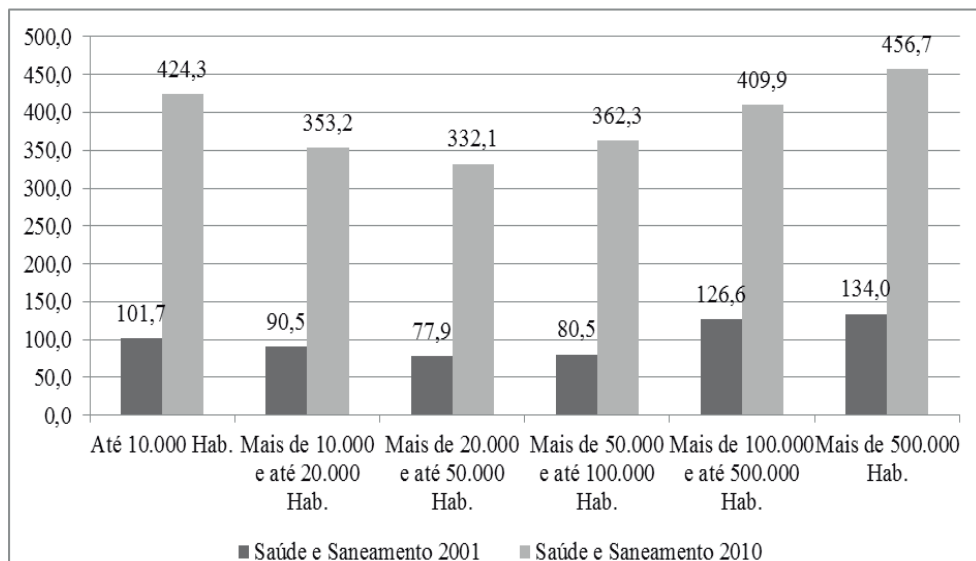


Gráfico 4: Despesas com saúde e saneamento por habitante segundo o tamanho dos municípios do Ceará 2001-2010

Fonte: elaborados pelos autores a partir de dados da STN (2001-2011)

No ano de 2010 elevam-se substancialmente os gastos per capita em todos os grupos de municípios. No entanto, é pertinente destacar que os municípios com mais de 500.000 habitantes lideram os gastos per capita com essa rubrica. Além deles, cresce consideravelmente a despesa per capita dos municípios com até 10.000 habitantes. Com essa variável, a distribuição se tornou, em 2010, parcialmente resultante de políticas de gestão, não se constatando nenhuma diferença acentuada que marque orientação ostensiva de gastos.

Observa-se que o maior gasto nos dois anos em análise pertence ao grupo de mais de 500.000 habitantes, mas que também o grupo de até 10.000, mesmo com menores números de habitantes, obteve um gasto elevado. Gastos com essa rubrica são considerados essenciais, sobretudo quando se esperam indicadores de desenvolvimento mais elevados nessas esferas de menor dimensão.

Os dados do gráfico 5, referem-se aos gastos, por grupos de municípios, com a educação e cultura. Com essa variável, tem-se no ano de 2001 o maior gasto pertencente ao grupo de municípios com até 10.000 habitantes (R\$ 176,9), seguido do grupo de mais de 10.000 a 20.000 (R\$ 151,7). Com essa rubrica, ocorre que, à medida que os municípios seguem a classificação por tamanho, os maiores reduzem, em termos per capita, seu gasto em relação ao grupo de tamanho anterior. Nesse processo, os menores municípios são os que mais gastam. A questão de imediato observada é o elevado gasto dos municípios de pequeno porte nesse item de despesa, e o desempenho de todos os grupos ao superar os gastos do megamunicípio (Fortaleza).

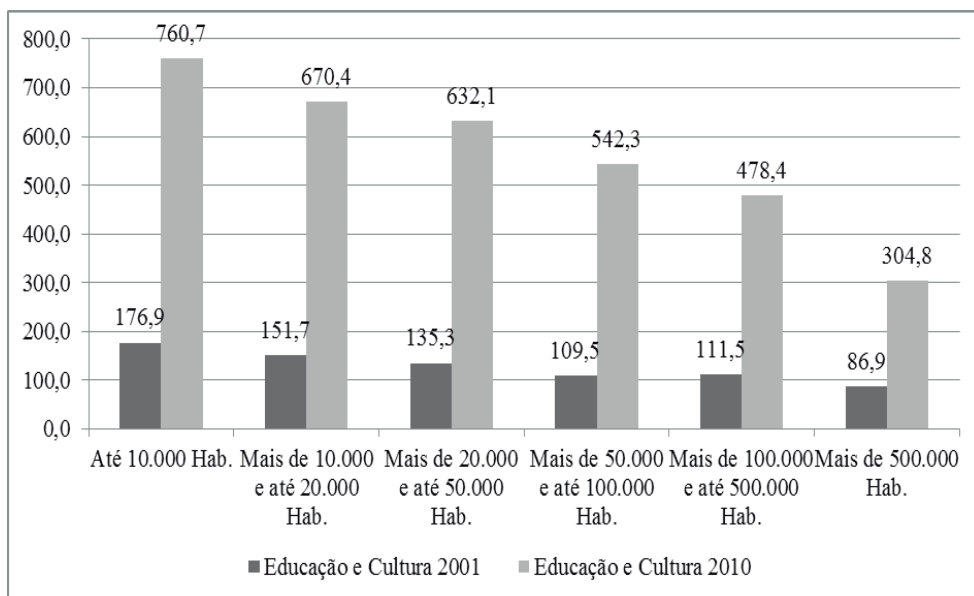


Gráfico 5: Despesas com educação e cultura por habitante segundo o tamanho dos municípios do Ceará-2001-2010

Fonte: elaborados pelos autores a partir de dados da STN (2001-2011)

No ano de 2010, os valores dos gastos com educação e cultura

por habitante sofrem fortes variações positivas. Todos os grupos de municípios elevaram sobremaneira os gastos com essa rubrica quando se compara o primeiro com o último ano analisado. O grupo de até 10.000 habitantes aumenta o seu gasto consideravelmente para R\$ 760,7, com variação de 430,01%. O grupo de mais de 10.000 a 20.000 segue dinâmica semelhante e registra R\$ 670,4, correspondentes a uma variação de 441,92%. Além desses enfatizados na descrição, pode ser conferida dinâmica semelhante em todos os grupos plotados no gráfico.

Em linhas gerais, observa-se que os maiores gastos correspondem aos municípios que possuem os menores números de habitantes; logo, são eles os que gastam mais por habitantes com esse item de despesa. Nesse sentido, à proporção que os municípios elevam os seus portes, a despesa com essa variável decresce, e assim o grupo de mais de 500.000 habitantes conclui com o menor gasto per capita para esse item de despesa. O que se deve levar em consideração é que são os grandes municípios responsáveis pela maior parcela de arrecadação de tributos e são eles beneficiados com as menores participações relativas em variáveis de cunho social, mesmo sabendo-se que, no mais das vezes, necessitam de maiores gastos.

De acordo com o gráfico 06, o destaque de gastos por habitante com habitação e urbanismo pertence ao grupo de mais de 500.000 habitantes; o resultado vale tanto para o ano de 2001, quanto para o de 2010. No primeiro ano, o grupo apresenta o gasto de R\$ 84,0; no segundo, o gasto se eleva para R\$ 244,7, o que representa uma variação de 291,3%.

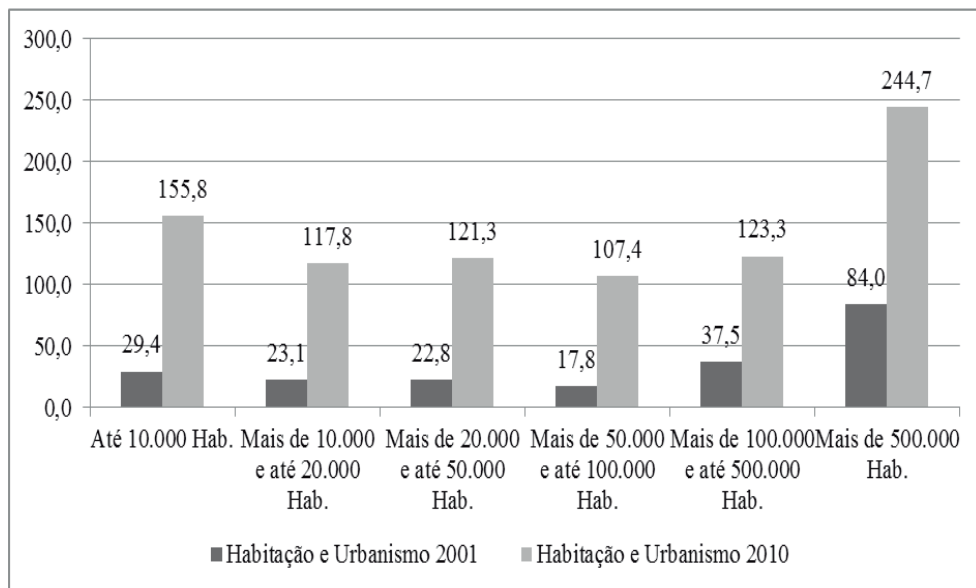


Gráfico 6: Despesas com habitação e urbanismo por habitante segundo o tamanho dos municípios do Ceará 2001-2010

Fonte: elaborados pelos autores a partir de dados da STN (2001-2011)

No ano de 2001, o segundo maior gasto pertence ao grupo de mais de 100.000 a 500.000, (R\$ 37,5), seguido do grupo de até 10.000, (R\$ 29,4). No ano de 2010, o segundo maior gasto passa a pertencer ao grupo de até 10.000 habitantes, com o valor de R\$ 155,8 (variação de 529,93%); o terceiro, ao grupo de mais de 100.000 a 500.000 (R\$ 123,3) (variação de 328,8%). Esses resultados confirmaram que, mesmo quando a variável tem maior necessidade de dispêndio nos municípios de grande porte, diante da necessidade maior de gastos com esse tipo de rubrica, os municípios de pequeno porte ainda mostram elevados gastos.

Menezes (2006) interpreta que as despesas com habitação e urbanismo são justificáveis nos municípios mais populosos, porque alguns serviços são necessários prover à população, sendo eles incomuns

para municípios pequenos. O autor ainda acrescenta que a justificativa para o elevado gasto também está relacionado com o endividamento facilitado para os municípios grandes. Porém, no caso do Ceará, os municípios de pequeno porte também declaram elevados gastos com essa rubrica.

O gráfico 07 contém a evolução das despesas per capita com o item assistência e previdência. Conforme a análise para o ano de 2001, o maior gasto pertence ao grupo de mais de 500.000 habitantes (R\$ 48,1); em segundo lugar, o destaque com esse item de despesa está para o grupo de até 10.000, (R\$ 32,1). Seguem-se os valores do maior para o menor, a saber: o grupo de mais de 10.000 até 20.000; o de acima de 20.000 até 50.000; e o grupo mais de 100.000 até 500.000, com respectivamente os seguintes valores: R\$ 24,9; R\$ 21,4; R\$ 19,4; e R\$ 11,7.

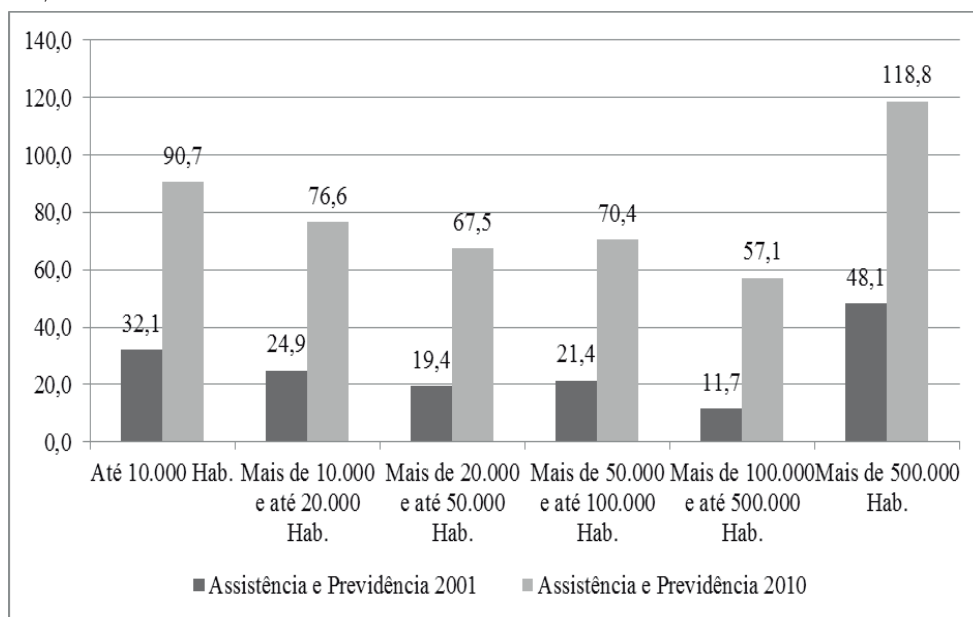


Gráfico 7: Despesas assistência e previdência por habitante segundo o tamanho dos municípios do Ceará-2001-2010

Fonte: elaborados pelos autores a partir de dados da STN (2001-2011)

Em 2010, a ordem dos gastos segue a mesma do ano de 2001, porém todos os grupos apresentaram fortes elevações nos valores de despesas para o item em análise. O maior gasto pertence ao grupo de mais de 500.000 habitantes, apresentando despesa R\$ 118,8, o que corresponde a uma variação de 246,98%. Seguem-se a ele os seguintes grupos: de até 10.000, com o valor de R\$ 90,7 (variação de 282,55%); de mais de 10.000 a 20.000; de mais de 50.000 até 100.000; de acima de 20.000 a 50.000; e o de mais de 100.000 até 500.000. As despesas respectivas a eles foram (em reais): 76,6; 70,4; 67,5 e 57,1; o que corresponde a variações de 307,63%; 328,97%; 347,93% e 488,03%.

Considerações finais

O artigo teve como objetivo analisar o gasto público nos municípios do Ceará segundo a classificação do tamanho dos municípios aqui instituída. Os principais resultados mostram que se elevaram os gastos, nominalmente, em todas as rubricas e em todos os grupos de municípios quando se compara o ano de 2001 com o de 2010. A única exceção ficou por conta das despesas com pessoal nos municípios com mais de 500.000 habitantes.

Os registros mostraram ainda as elevadas despesas per capita em todas as rubricas dos municípios de população inferior a 10.000 habitantes. Esses resultados encontrados no Ceará ratificam avaliações empíricas feitas para todo o Brasil. Além disso, confirma a tese de que os municípios menores são os que mais gastam, mesmo sendo eles quase que totalmente dependentes de recursos de transferências intergovernamentais.

Isso permite observar que a municipalização, de certa forma incentivada pela Constituição de 1988, logrou resultados positivos para aquelas unidades de menor dinamismo econômico, já que elas não mantêm esforços fiscais e se beneficiam do que é arrecadado pelas unidades de maior dinamismo e que implementam maiores esforços no processo de arrecadação.

Além disso, faz-se pertinente destacar que, nas variáveis

selecionadas, em apenas três (saúde e saneamento; habitação e urbanismo; e, assistência e previdência) os municípios com até 10.000 habitantes não apresentaram os mais elevados gastos per capita. Adicionalmente, observou-se que a grande maioria delas esses municípios ainda apresentavam as maiores variações percentuais entre o primeiro e o último ano.

Destarte, torna-se evidente que os efeitos da LRF nas despesas municipais podem ser efetivamente contestados, já que beneficiaram sobremaneira as unidades menores, que, no mais das vezes, são incapazes de arrecadar o suficiente para manter as rubricas pelas quais são responsáveis. Com isso, oneram o peso para os municípios que mais arrecadam e promovem uma transferência de recursos dos maiores para os menores, sem efetivamente estabelecer e acompanhar critérios de arrecadação a eles estabelecidos.

Após toda essa discussão, reconhecem-se limites importantes para a pesquisa, notadamente no que toca ao burilamento dos dados. Assim, sugere-se, com relação a trabalhos futuros, a adoção de instrumentos econométricos mais condizentes, ou mesmo técnicas de estatísticas multivariadas, enfim, o uso de mapas capazes de decifrar enigmas tão contundentes como o que se evidencia nas finanças públicas municipais.

Referências bibliográficas

ARAÚJO, H. V. de. *Análise Comparativa do Gasto Social Brasileiro por Índices de Retornos Tributários*. **IX Prêmio do Tesouro Nacional**, 2006.

CAVALCANTI, C. M. **Análise Metodológica da Economia Institucional**. Niterói, 2007. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Economia.

GALA, P. **A teoria Institucional de Douglass North**. *Revista de Economia Política* vol. 23 nº2. 2003.

GIUBERTI, A. C.. **Efeitos da Lei de Responsabilidade Fiscal sobre os gastos dos**

municípios brasileiros. Dissertação Mestrado em Economia. Universidade de São Paulo. São Paulo. 2005

LUQUE, C. A.; SILVA, V. M. **A Lei de Responsabilidade na Gestão Fiscal: Combatendo Falhas do Governo à Brasileira.** Revista de Economia Política, vol. 24, nº3 (95), 2004.

GOMES G. M.; MAC DOWELL M. C. **Os Elos Frágeis da Descentralização: Observações Sobre as Finanças dos Municípios Brasileiros.** 1995.

MATOS FILHO, J.; SILVA, W. G.; VIANA, F. C. **Caráter Institucional da LRF Para os Municípios do RN, BA, PI: Um Estudo Comparativo do Desempenho das Finanças Públicas Desses Entes Federativos, no Período 2000/2005. IV Seminário Internacional sobre Desenvolvimento Regional.** Santa Cruz do Sul: 22-24 out, 2008.

MENEZES, R. T. de. **Efeitos da Lei de Responsabilidade Fiscal sobre as categorias e funções de despesas dos municípios brasileiros (1998-2004).** Dissertação Mestrado em Economia. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2006.

NORTH, D. C. **Insituciones, cambio institucional y desempeno econômico.** México: Fondo de cultura Económica. 1993.

OLIVEIRA, F. **Elegia para uma religião: SUDENE, Nordeste. Planejamento e conflitos de classes.** 3ª edição. Rio de Janeiro: Paz e terra, 1981.

PERES, U. D. **Custos de Transação e Estrutura de Governança no Setor Público.** Escola de Economia de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas – EESP/FGV. 2007.

SILVA FILHO L. A., SILVA, W. G., SILVA, A. O. F. E., SILVA Y. C. L. **Considerações sobre receitas municipais em estados do Nordeste:**

comparação entre Bahia, Ceará e Piauí – 2007. **Revista Econômica do Nordeste**, v.42, p.409 - 424, 2011.

SILVA FILHO, L. A.; QUEIROZ, S. N.; SILVA, W. G. SILVA, A. O. F. Receitas Correntes em Municípios Cearenses: Autonomia ou Dependência? **Revista Controle**, Nº 1, vol. VIII setembro de 2010.

SILVA, W. G. Finanças públicas na nova ordem constitucional brasileira: uma análise comportamental dos municípios potiguares nos anos antecedentes e posteriores a Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF). **Dissertação de Mestrado em Economia**. Universidade Federal do Rio Grande do Norte, 2009.

SILVA, W. G.; SILVA, S. C.; DA.; FIGUEIREDO, J. DE S. Comportamento dos municípios distribuídos por mesorregiões potiguares: uma relação entre a diferenciação regional e a capacidade alocativa no ano de 2008. Encontro em Economia e Desenvolvimento do Agreste de Pernambuco - ENEDAP. **Anais...** Caruaru, 2011.

TOYOSHIMA, S. H. **Instituições e Desenvolvimento Econômico – Uma análise crítica das idéias de Douglas North**. Departamento de economia. Viçosa: Universidade Federal de Viçosa, 1999.

Sistemas de controle externo - abordagem sobre o sistemas anglo-saxão e latino-americano

João Gustavo de Paiva Pessoa¹
José Alexandre Fonseca da Silva²

Resumo: O controle externo, função do Poder Legislativo, é exercido com o auxílio de outras entidades que podem ser tanto os Tribunais de Contas como as Auditorias ou Controladorias-Gerais. Tendo isso em vista, este artigo possui o objetivo de descrever os sistemas de controle externo mais utilizados no mundo atualmente – o Anglo-Saxônico e o Latino Americano – e confrontá-los, a fim de explicitar as suas peculiaridades e traçar um paralelo entre as sistemáticas utilizadas no Brasil, nos Estados Unidos e na Inglaterra. Antes, contudo, necessitou-se discorrer sobre quais as espécies de controle existentes e alicerçar o entendimento sobre o controle externo, tema central deste estudo. A pesquisa bibliográfica e em sítios virtuais foi a ferramenta que impulsionou a realização do estudo que discorre sobre a realidade nas três nações escolhidas. O resultado da pesquisa demonstra que cada modelo possui vantagens e deficiências, mas que cabe a cada País escolher aquele que seja mais adequado para a sua realidade. Esta conclusão serve para demonstrar que não existe um sistema melhor do que o outro, mas há, sim, a necessidade de controlar os gastos dos gestores públicos por intermédio de qualquer modalidade, resguardando, desse modo, o Erário.

1 Autor – Bacharel em Ciências Contábeis: Universidade Federal do Ceará

2 Orientador – Mestre em Administração e Controladoria: Universidade Federal do Ceará

Palavras-chave: Controle Externo; Tribunais de Contas; Controladorias-Gerais; Latino-Americano; Anglo-Saxônico.

Abstract: The external control, function of the Legislature, is developed with the assistance of other entities that may be the Court Of Auditors and the General Audits or General Comptrollers. Hereupon, this article has the goal of characterize the systems of external control more used currently in the world – the Anglo-Saxon and the Latin-American – and confront them in order to evidence their peculiarities and make a parallel between the systems used in Brazil, United States of America and England. First, however, it was necessary to discuss about the species of control and consolidate the understanding of external control, central theme of this research. The literature review and the search on the internet were the implement that caused the study, which describes the reality in the three selected nations. The result of the research implies that each model has advantages and disadvantages, but it's up to each Country to choose the one that is most appropriate for their reality. This conclusion serves to demonstrate that there is no system better than the other, but rather exists the need of control costs through any modality, protecting, thereby, the Treasury.

Keywords: External Control; Court of Auditors; General Audits; Latin-American; Anglo-Saxon.

Introdução

A boa guarda dos recursos públicos é um dos alicerces da relação entre o Estado e a Sociedade. Este comando é garantido pela atuação do Legislativo, detentor do poder de fiscalização das ações praticadas pelos executores de despesa. Para realizar esse mister, denominado controle externo, o Poder Legislativo é auxiliado por outros órgãos que variam de acordo com a realidade

de cada País. Em decorrência, existem alguns modelos de controle externo que possuem características próprias em cada região.

A abordagem sobre as principais sistemáticas de controle externo utilizadas no mundo contemporâneo está descrita neste artigo, que possui como objetivo geral fazer uma avaliação dos sistemas de controle externo mais difundidos – sistemas Anglo-Saxônico e Latino-Americano.

Ademais, este ensaio possui como objetivos específicos: comparar esses modelos e confrontar as vantagens e desvantagens de cada um, tendo como exemplo os sistemas utilizados em três países: Brasil, Estados Unidos da América (EUA) e Inglaterra.

A escolha desses Estados ocorreu por três fatores distintos. A Inglaterra foi eleita por ter sido a difusora do modelo Anglo-Saxão. Por sua vez, os EUA fazem parte do estudo pelo fato de representarem o fruto da disseminação do modelo britânico e, também, por ser a maior economia do Mundo. Por fim, o Brasil foi escolhido por adotar o modelo Latino, por se tratar da nação onde todos os interessados estão inseridos e pela proximidade de dados à disposição do pesquisador.

Além disto, faz parte da pesquisa trazer os aspectos conceituais sobre controle, no sentido *lato*, onde está inserido o controle externo como uma de suas vertentes. Partindo dessa premissa, estão elencadas as características dos modelos Anglo-Saxônico e Latino e, por fim, será realizada uma contraposição de ideias, a fim de demonstrar quais as vantagens e desvantagens de cada sistemática.

O trabalho se delimita ao estudo dos mencionados modelos de controle externo mais disseminados no Mundo, permitindo ilustrar um cenário com os principais pontos positivos que os sistemas possuem, com o intuito de possibilitar uma comparação entre ambos e mostrar qual modelo possui características que se sobressaem e que sejam mais aderentes ao seu local de aplicação, tendo em vista que serão utilizadas como exemplos as sistemáticas utilizadas na Inglaterra, nos Estados Unidos da América (EUA) e no Brasil.

Este artigo poderá servir como mais uma fonte de conhecimento para

os estudiosos da área, bem como para aqueles que trabalham diretamente e convivem com o controle externo e, principalmente, à sociedade, que possuirá mais uma ferramenta que possibilitará difundir os aspectos mais relevantes dos sistemas de controle externo em voga.

Para o alcance dos objetivos propostos, o estudo foi desenvolvido mediante pesquisa bibliográfica, que, segundo Assis (2008, p. 20), é um “levantamento de toda a bibliografia já publicada em forma de livros, revistas, publicações avulsas e imprensa escrita”. Ainda de acordo com a autora, este tipo de pesquisa é realizado através de consulta a sistemas de informações e junto a bibliotecas ou outros meios de consulta e “pode ser desenvolvida como um trabalho em si mesmo ou constituir-se numa etapa de elaboração de monografias, dissertações, etc.”.

Encontra-se aqui a descrição dos sistemas de controle externo e uma análise mais aprofundada sobre as Controladorias-Gerais e Tribunais de Contas, além de trazer um tópico específico destinado à comparação entre estes tipos de órgãos. Por fim, são expostas as conclusões alcançadas com a análise efetuada no decorrer da pesquisa.

1 Sistemas de controle externo

A necessidade de o homem controlar a utilização de recursos por outrem remonta às civilizações milenares, mormente a grega e a romana. Conforme cita Pascoal (2009, p. 119):

[...] ainda que de forma rudimentar, nas antigas Grécia e Roma já havia algum tipo de controle. Aristóteles vaticinou: como certas magistraturas têm o manejo dos dinheiros públicos, é forçoso que haja uma outra autoridade para receber e verificar as contas sem que ela própria seja encarregada de outro mister.

Por sua vez, Lima (2007, p. 2) assinala:

É certo que com os primeiros embriões de organização humana em cidades-Estado surgiu a necessidade da arrecadação, estocagem e gerenciamento de víveres, materiais e, posteriormente, numerário, de modo a assegurar atividades de defesa e de conquista ante as comunidades vizinhas. À medida que tais montantes tornaram-se expressivos, cresceu também a importância de sua adequada gestão. Em nenhum regime – monarquia absolutista ou democracia social – os detentores do poder admitem desvios, desperdício ou subtração dos recursos de que pretendem dispor para atingir suas finalidades.

Já para Alexandrino e Paulo (2011, p. 758), controle pode ser entendido como:

[...] o conjunto de instrumentos que o ordenamento jurídico estabelece a fim de que própria administração pública, os Poderes Judiciário e Legislativo, e ainda o povo, diretamente ou por meio de órgãos especializados, possam exercer o poder de fiscalização, orientação e revisão.

Esta concepção aborda três tipos de controle aos quais os gestores públicos no Brasil estão sujeitos: Controle Judiciário, Controle Legislativo e Controle Social.

A primeira tipologia é exercida pelo Poder Judiciário e “verifica exclusivamente a legalidade ou legitimidade dos atos administrativos, nunca o mérito administrativo. Trata-se, em regra, de um controle posterior, corretivo, incidente sobre o ato já praticado” (ALEXANDRINO; PAULO, 2011, p. 821).

O Controle Social possui o cidadão como principal ator e está consagrado constitucionalmente. Ele derroga poderes para que qualquer pessoa tenha

acesso às informações sobre a gestão dos recursos públicos de todos os administradores públicos. Lima (2007, p. 19) traz o entendimento exposto na obra **O TCU e os controles estatal e social da administração pública**, onde controle social pode ser caracterizado como “controle público não estatal que atua de fora pra dentro do Estado, como exercício do direito de fiscalização da atividade pública, complementar ao estatal”, sustentando que a efetividade da atuação do TCU converge para a ampliação da participação popular no exercício de controle.

Recentemente, o controle social foi incrementado com a publicação da Lei Federal nº 12.527/2011, que prevê:

Art. 3º Os procedimentos previstos nesta Lei destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados em conformidade com os princípios básicos da administração pública e com as seguintes diretrizes:

I - observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção;

II - divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações;

III - utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação;

IV - fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública;

V - desenvolvimento do controle social da administração pública.
(BRASIL, 2011) (grifamos)

Por fim, o Controle Legislativo é aquele exercido pelos representantes do povo no Congresso Nacional, na Câmara Legislativa do DF, nas Assembleias

Legislativas Estaduais e nas Câmaras Municipais. Além de possuir a função de legislar, o Poder Legislativo também é responsável pela fiscalização da boa e regular aplicação dos recursos públicos efetuada, principalmente, pelo Poder Executivo.

Em apertada síntese, tem-se que os representantes do povo serão os responsáveis por aprovar as políticas públicas que serão executadas pelo Poder Executivo, bem como por realizar a fiscalização dos gastos, a fim de verificar se estes ocorreram de acordo com os normativos que regem a Administração Pública. Dessa maneira, caso estejam ocorrendo desvios na conduta dos representantes, caberá ao povo, em próximo pleito, impedir a reeleição dos que assim se comportaram. (AGUIAR *et al.*, 2011, p. 142-143).

No exercício da sua função fiscalizatória o Poder Legislativo é reconhecido titular do controle externo. Em nosso País, nas esferas Federal, Distrital, Estadual e Municipal, este Poder é auxiliado pelos Tribunais de Contas para exercer o mister de acompanhamento e julgamento das contas prestadas pelos ordenadores de despesas. Cabe ressaltar que o auxílio exercido pelas Cortes de Contas não se confunde com subordinação, pois, muito embora o titular do controle externo seja o Poder Legislativo, não cabe a este impor restrições às disposições constitucionais direcionadas às atividades desenvolvidas pelos TCs.

[...] os titulares do controle externo nas três esferas de governo são os Poderes Legislativos federal, estaduais e municipais. Para desempenho desse mister, contam com o auxílio dos respectivos tribunais de contas

[...]

Com efeito, é de se ver, que, com todo o respeito aos que adotam entendimento diverso, não como defender que o TCU é hierarquicamente inferior ao Congresso Nacional, ou, ainda, que exerce, em relação a este, papel secundário (Aguilar *et al.*, 2011, p. 147-148).

Malgrado o Brasil utilizar essa sistemática de controle, existe outra metodologia difundida em vários países. São as controladorias ou auditorias-gerais, onde as decisões são tomadas por uma só pessoa, enquanto no sistema de TCs as apreciações e julgamentos são realizados por um colégio de Ministros ou Conselheiros.

Com o intuito de delinear os principais aspectos que fundamentam os sistemas de controle externo anglo-saxão, consagrado pelas controladorias ou auditorias-gerais, e o utilizado na América Latina, onde existem os Tribunais de Contas, este texto artigo traçará um paralelo entre ambos os modelos, além de tratar, detalhadamente, da sistemática adotada no Brasil.

Os sistemas de Controle Externo utilizados nos Estados Modernos, conforme destacado, são compostos pelas Controladorias ou pelos Conselhos de Contas. De acordo com a doutrina, cada nação possui autonomia e poder para escolher qual modelo deve ser empregado na fiscalização da aplicação de recursos públicos em razão das suas peculiaridades, tradições e cultura política.

Entende-se que as Auditorias-Gerais possuem um viés mais voltado para a análise do desempenho dos gestores, focando uma visão gerencial daqueles que guardam valores públicos e, por outro lado, os Tribunais de Contas dão importância à formalidade, sem deixar de avaliar, contudo, eficiência, efetividade e eficácia dos gastos. Nesse sentido, Pascoal (2009, p. 120) explica a ideia de que:

No início, o controle exercido pelos Tribunais de Contas era

meramente formalístico, enfatizando apenas aspectos ligados à legalidade (sentido estrito) dos atos públicos. O sistema de Controladorias, por sua vez, enfatiza, a partir de sofisticadas técnicas de auditoria (*tes audit*), aspectos atinentes ao mérito dos atos administrativos: economicidade e resultados de gestão.

A obra de Luiz Henrique Lima, **Controle Externo**, traz o seguinte quadro que aborda as principais diferenças entre os modelos em pesquisa.

Quadro 1 - Resumo das diferenças entre as Controladorias e as Cortes de Contas

Controladorias	Cortes de Contas
Decisões monocráticas	Decisões colegiadas
Recomendações sem caráter coercitivo	Poder sancionatório
Mandatos dos titulares	Mandatos ou Vitaliciedade dos Membros
Função Fiscalizadora	Função Fiscalizadora e jurisdicional

Fonte: (Lima, 2007, p. 11)

Depreende-se da leitura do Quadro 1 e corroborando a obra de Aguiar *et al.* (2011, p. 171)., **A Administração Pública Sob a Perspectiva do Controle Externo**, que a principal diferença entre as sistemáticas adotadas para controlar recursos externamente reside no fato de as decisões serem singulares ou colegiadas.

Percebe-se que as entidades de fiscalização superiores ou adotam a forma de tribunais de contas ou de auditorias ou controladorias-

gerais. O principal traço diferenciador entre esses modelos é a maneira pela qual a decisão é tomada. Na primeira forma, a decisão é colegiada, enquanto na segunda é unipessoal. (AGUIAR *et al.*, 2011, pág. 171).

Apesar de ilustrar as diferenças, Lima (2007, p. 8) elenca os pontos em comum dos aludidos sistemas:

- tanto os Tribunais de Contas como as Auditorias-Gerais são órgãos integrados ao aparelho do Estado, em geral com previsão constitucional;
- são órgãos com elevado grau de independência, mesmo nas hipóteses em que há um vínculo estreito com o Legislativo;
- possuem a função precípua do exercício do controle externo;
- usualmente o conteúdo de suas decisões não se encontra sujeito a revisão por outro órgão ou instância.

Portanto, ante o exposto, os tópicos a seguir irão descrever de forma sintética as características e os principais aspectos de cada sistema de controle externo.

2 O sistema anglo-saxônico (auditorias ou controladorias-gerais)

Chaves (2009, p. 15) descreve o seguinte:

O modelo anglo-saxônico prevalece na Grã-Bretanha e em países que sofreram sua influência em seus ordenamentos jurídicos. Em

regra, adotam esse sistema países integrantes da *Commonwealth of Nations* (Comunidade das Nações) [...] Incluem-se no rol desses países: Inglaterra, Canadá, Austrália, República da Irlanda, Nova Zelândia e Estados anglófonos da África. Os Estados Unidos da América [...] e Israel [...] também adotam o modelo anglo-saxão, pelo qual **o órgão de Controle Externo é monocrático (controlador-geral, revisor), designado pelo Parlamento e perante este responsável, coadjuvado em suas funções por um ofício revisional (hierarquicamente subordinado ao controlador-geral)**. (grifamos)

Com efeito, a lição de Aguiar *et al.* (2011, p. 175), discorre que “as Controladorias, são, em geral, órgãos monocráticos – cujo titular tem a denominação, na maioria dos casos, de Controlador-Geral”.

Ratificando as definições expostas, Pascoal (2009, p. 120) assevera:

O sistema de Controladorias (ou Auditoria Geral) aparece nos países de tradição britânica. Órgão unipessoal, dirigido por um *Comptroller General* (Controlador ou Auditor-Geral), com mandato limitado. Em alguns países, o Auditor Geral possui as mesmas garantias e prerrogativas da magistratura. Na Inglaterra, o Controlador Geral assessora a comissão de contas públicas da Câmara dos Comuns; exerce auditoria sobre as contas dos departamentos de governo e checa se a aplicação se deu corretamente e para suas finalidades; dispõe de um quadro de auditores, muitos deles atuando permanentemente junto aos órgãos de governo.

Vale mencionar, também, o que Lima (2007, p. 9) transcreve sobre o tema:

O sistema de Auditoria-Geral, em muitos países chamada de Controladoria-Geral, caracteriza-se por ser, usualmente, um

controle de caráter essencialmente opinativo ou consultivo, sem dispor de poderes jurisdicionais e coercitivos. Suas manifestações adotam a forma de pareceres ou recomendações e são subscritas de forma monocrática ou singular pelo Auditor ou Controlador-Geral, nomeado pelo Parlamento, para um mandato previamente fixado. (grifamos)

É Importante destacar, do excerto acima, as acepções concernentes ao poder coercitivo ou sancionatório de que as Controladorias não dispõem, haja vista serem órgãos de assessoria e não punitivos. Tais entidades emitem orientações aos gestores e ensejam recomendações para que os recursos públicos sejam gastos regularmente com foco na economicidade, eficiência e eficácia. Atuam, preponderantemente, na gestão de resultados.

Outrossim, cabe ressaltar que as Controladorias-Gerais não se confundem com os órgãos de controle interno que integram as estruturas dos Poderes Executivos da União, dos Estados e dos Municípios brasileiros. No âmbito da União, apesar de ser intitulada como Controladoria Geral da União (CGU), esta entidade não efetua o controle externo, mas sim o interno auxiliando o Poder Executivo emitindo orientações não coercitivas às unidades executoras de despesa no nível Federal. Nos Estados da Federação e nos Municípios também há a possibilidade de estas unidades de controle interno serem criadas para fortalecer o desenvolvimento institucional dos entes políticos.

A Constituição Federal de 1988 dedicou o seu art. 74 para tratar do controle interno:

Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:

I - avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual,

a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União;

II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;

III - exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União;

IV - apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.

§ 1º - Os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária. (BRASIL, 1988)

Portanto, percebe-se a enorme importância que os órgãos de controle interno possuem no ordenamento jurídico nacional, valendo ratificar fato de que estes não estão relacionados às Controladorias que praticam o controle externo em países como os Estados Unidos da América (EUA).

Ainda nesta pesquisa, serão expostas considerações sobre as experiências do sistema Anglo-Saxônico na Grã-Bretanha, pois este foi o local propulsor desta sistemática de controle externo, bem como nos EUA, pelo fato de representar a maior economia do Mundo e, portanto, o país que detém mais destaque que utiliza a Auditoria-Geral como forma de auxiliar o Poder Legislativo no que tange ao controle externo.

3 O sistema latino-americano (Tribunais de Contas)

Lima (2007, p. 10) ensina que “as duas características marcantes do sistema de Tribunal de Contas são o caráter colegiado de suas decisões e o seu poder coercitivo de impor sanções, pecuniárias ou não”.

Logo, é notável que as citadas características são as principais diferenças

entre este sistema e o de Auditorias-Gerais. Definindo esse sistema, Aguiar et al. (2011, p. 171) delineiam:

LATINO AMERICANO – difundido em toda a América Latina – as funções de controle são exercidas por dois órgãos, distintos, Controladoria Geral e Tribunais de Contas; em alguns Estados, como no Chile, Colômbia e Venezuela, falta o Tribunal de Contas, ao passo que, no Brasil, inexistente a Controladoria Geral, motivo por que os Tribunais de Contas do Brasil justificadamente assumem extrema relevância, no controle legislativo ou parlamentar.

Analisando este fragmento, infere-se que o sistema Latino-Americano possibilita que um Estado soberano possua uma Auditoria Geral e um Tribunal de Contas, mas que não acontece na prática, pois os países costumam adotar apenas uma forma de controle, não significando necessariamente um enfraquecimento fiscalizatório.

Dissertando especificamente sobre os órgãos colegiados (Tribunais), Lima (2007, p. 10-11) exprime:

Em conhecido estudo, Cretella identificou três modelos de Tribunais de Contas: o francês, o italiano e o belga, classificando o TCU como um tipo “ecclético”. Para o administrativista, o modelo francês caracteriza-se pelo fato de o controle realizar-se *a posteriori* e as responsabilidades pelos pagamentos indevidos são atribuídas aos funcionários pagadores e não aos ordenadores. A característica do modelo italiano é a fiscalização *a priori* da legalidade dos atos de despesa, com a possibilidade de veto absoluto. Por sua vez, o modelo belga distinguiu-se pela possibilidade do exame com voto relativo e registro sob protesto [...] exerce o controle mediante visto preliminar apostado em toda ordem de pagamento, tendo, a exemplo das Cortes italiana e francesa, competências jurisdicionais.

O sistema permeado na América Latina permite o acompanhamento *a priori*, *a posteriori* e concomitante, exercendo poder jurisdicional e sancionatório.

Por fim, vale trazer o ensinamento de Pascoal (2009, p. 122-123):

Os Tribunais de Contas aparecem nos países de tradição latina. São órgãos colegiados, cujos membros – no mais das vezes, indicados pelo Parlamento e com mandato limitado – possuem as prerrogativas da magistratura judiciária. Na maioria dos países o Tribunal de Contas é órgão autônomo, de natureza administrativa, que atua junto ao Poder Legislativo, Mas também há países em que o Tribunal de Contas integra o Poder Executivo (sobretudo em países africanos) sendo, mais raro ainda, encontrá-lo vinculado ao Poder Judiciário (Portugal e Angola).

É importante frisar que, embora o modelo seja conhecido como Latino-Americano, não se limita apenas aos países que compõem a América Latina, pois pode ser utilizado por uma nação africana, por exemplo.

4 Comparação entre os modelos

4.1 O exemplo britânico

O Reino Unido difundiu o sistema das Auditorias-Gerais pelo mundo por diversos fatores, como a colonização e a influência nas relações econômicas.

Desde meados de 1.100 d.C., os britânicos já pensavam na maneira de efetuar o controle externo das contas públicas, conforme asseveram Marcelino *et al.* (2009, p. 10):

Os primeiros indícios da atuação do auditor governamental, na Grã-Bretanha, datam do século XII, mas apenas na segunda metade do século XIX, com a reforma realizada por William

Ewart Gladstone, a auditoria governamental experimentou uma verdadeira revolução, com a edição do “*Exchequer and Audit Departments Act*”, que resultou na criação da função de “*Comptroller and Auditor General (C&AG)*”.

Após a criação da figura do *Comptroller and Auditor General*, ou seja, do Controlador-Geral, houve, com o amadurecimento das estruturas de controle, o advento do *National Audit Office* – NAO, que se tornou o órgão central de controle externo na Grã-Bretanha.

Em razão do aumento da complexidade e do volume das transações governamentais, em 1983, foi editado o “*National Audit Act*” que transformou o cargo de C&AG em “*Officer*” e criou o “*National Audit Office - NAO*”, o órgão de fiscalização superior das contas públicas no Reino Unido. (MARCELINO *et al.*, 2009, p. 10).

O escritório central de auditoria britânico, chefiado pelo *Officer*, deve desempenhar a auditoria de recursos governamentais e dirigir os resultados ao Parlamento, que possuirá subsídios para tomar suas decisões quanto à regularidade dos gastos.

Nas palavras de Aguiar *et al.* (2011, p. 171),

Compete ao NAO auditar as contas de todos os departamentos e agências governamentais, bem como de vários outros organismos públicos; e reportar ao Parlamento como esses órgãos estão utilizando os recursos públicos quanto à economicidade, eficiência e efetividade.

Segundo sítio virtual da entidade, o NAO analisa os gastos públicos em nome do Parlamento e deve ser focado em três áreas de atuação prioritárias

estratégicas: informação governamental, análise financeira e emissão de relatórios e custos efetivamente empregados.

O endereço virtual também traz a seguinte afirmação:

Nossa auditoria possui dois principais objetivos. Através da comunicação dos resultados dos nossos trabalhos ao Parlamento, nós certificamos a maneira como os departamentos e órgãos do governo utilizam os recursos públicos, assegurando, dessa forma, os interesses dos contribuintes. Em adição, nosso trabalho visa ajudar os administradores públicos a melhorarem sua performance e a execução dos serviços públicos.

Inferese que o NAO não aplica sanções aos administradores, mas apenas se certifica das ações destes e emite orientações sem realizar julgamentos da forma como são feitos pelo TCU. Percebe-se, também, que o seu foco é a melhoria da performance dos serviços públicos e que a auditoria de formalidade é secundária no Reino Unido.

Ademais, o NAO, por ser uma entidade centralizadora, deve coordenar a rede de órgãos que integram o sistema de controle externo da Grã-Bretanha. Referidos organismos são:

- *Audit Commission* - responsável pela auditoria do governo local da Inglaterra e dos serviços de saúde da Inglaterra e do País de Gales;
- *Audit Scotland* - responsável pela auditoria do governo da Escócia;
- *Wales Audit Office* - relata à Assembleia Nacional a avaliação das contas do País de Gales; e
- *Northern Ireland Audit Office* - responsável pela auditoria do governo da Irlanda.

No que tange à escolha do Auditor-Geral, Aguiar *et al.* (2011, p. 171) apontam que o *Officer* “é um funcionário da Câmara dos Comuns nomeado pela Rainha e indicado pelo Primeiro-Ministro com o consentimento do Presidente do Conselho do Comitê de Contas Públicas e aprovado pela Câmara dos Comuns”. De maneira diversa, são escolhidos os nove Ministros que compõem o TCU, pois todos são nomeados pelo Presidente da República após a sua indicação e por apontamento do Parlamento Brasileiro.

Por fim, vale salientar que os funcionários do NAO, cerca de 860 pessoas, não são servidores públicos e sim profissionais liberais contratados diretamente da iniciativa privada, o que garantiria, em tese, independência em relação ao governo. O *site* da instituição apregoa que “o quadro de empregados do NAO (aproximadamente 860) é totalmente independente do governo. Não são funcionários públicos e não se reportam a quaisquer Ministros”.

Em contraposição, no sistema utilizado no Brasil, o corpo funcional é admitido mediante concursos públicos de provas e títulos que acontecem periodicamente, com o intuito de reforçar a fiscalização do Erário. Vale destacar o fato de que entre os nove ministros, dois devem ser servidores de carreira do órgão e os outros sete podem ser de livre indicação pelo Congresso Nacional e pelo Presidente da República.

4.2 O exemplo dos Estados Unidos da América

Assim como na Inglaterra, os Estados Unidos adotam o sistema de controle externo baseado em uma Controladoria-Geral, órgão central, singular, sem poder sancionatório. O *Government Accountability Office* (GAO) é responsável por comandar a fiscalização dos gastos em território estadunidense.

Órgão técnico central de controle externo norte-americano, o “*Government Accountability Office – GAO*” foi criado em 1921 pelo “*Budget and Accounting Act*”, em virtude da desordem

em que se encontrava a administração financeira federal após a Primeira Grande Guerra. Sua missão principal era fornecer ao Congresso Americano mais informações quanto à legalidade e à adequabilidade dos pagamentos e das dívidas contraídas pelo Governo e garantir um melhor controle sob as despesas públicas. Assim, o GAO verificava cada ordem de pagamento emitida pelo Governo. Essa atribuição permaneceu até o fim da Segunda Guerra Mundial, quando o Congresso norte-americano reconheceu a inviabilidade das auditorias realizadas pelo GAO, à medida que as despesas e a dívida pública cresciam aceleradamente em decorrência do período de guerra. (MARCELINO *et al.* 2009, p. 10).

Com a evolução dos conceitos contábeis e de auditoria, no entanto, o GAO, após a Segunda Grande Guerra Mundial (1939 a 1944), teve de se adaptar e reorganizar as suas atividades e mudar a sua atuação que saiu do foco do exame da legalidade para a verificação da eficiência dos gastos.

Após a Segunda Grande Guerra, os exames do GAO passaram a verificar a economia e a eficiência das operações governamentais, de uma forma geral. Atualmente, a ênfase das auditorias realizadas pelo GAO está no exame da eficiência e efetividade dos gastos públicos; na investigação de atos impróprios ou ilegais; e na avaliação do desempenho dos programas e políticas governamentais. (MARCELINO *et al.* 2009, p. 10)

De acordo com Aguiar *et al.* (2011, p. 176), o GAO “é conhecido como o braço investigativo do Congresso ou o Cão de Guarda do Congresso. O GAO é órgão de apoio ao Congresso americano, para que este possa exercer sua missão constitucional de aprimorar a gestão de recursos públicos”.

Os autores seguem discorrendo sobre a forma de o GAO agir:

As fiscalizações exercidas pelo GAO objetivam proporcionar ao Congresso uma visão sobre a regularidade dos gastos públicos por meio de: a) auditoria nas agências operacionais, a fim de verificar se os recursos federais estão sendo gastos com eficiência e efetividade; b) investigação de denúncias relacionadas à malversação de recursos públicos; c) verificação se os programas e políticas governamentais estão atingindo seus objetivos; d) realização de análise das políticas públicas. (AGUIAR *et al.*, 2011, p. 176).

Como se pode perceber, o GAO foca nos resultados que o Governo deve atingir no desenrolar de suas atividades, não atribuindo, portanto, maior importância aos procedimentos que checam as formalidades impostas por diversas legislações.

A chefia do GAO é exercida pelo Controlador-Geral que “é escolhido pelo Presidente da República, dentre uma lista encaminhada pelo Congresso, e o seu mandato é de 15 anos” (AGUIAR *et al.*, 2011, p. 176).

Portanto, se nota a proximidade das suas ações com o escritório britânico e as diferenças em relação ao modelo utilizado no Brasil. O GAO foca na eficiência e na efetividade dos gastos a fim de emitir orientações aos gestores, além de realizar uma análise das políticas públicas, o que ainda é precoce em nosso País. Ademais, o dirigente máximo possui mandato fixo, diferentemente da vitaliciedade atribuída aos Ministros do TCU. Vale destacar, ainda, o fato de que o GAO não emite parecer prévio das contas anuais do Presidente da República dos EUA.

4.3 O sistema utilizado no Brasil

O Brasil adota o sistema Latino-Americano que, em tese, é composto

pela Controladoria-Geral e um órgão colegiado (Tribunal). Em nosso território, contudo, inexistente aquele órgão singular, sobressaindo-se apenas os Tribunais.

Obedecendo ao disposto no art. 71 da Constituição Federal de 1988, o qual dispõe que o Controle Externo será exercido pelo Congresso Nacional com auxílio do Tribunal de Contas da União, c/c o art. 75, o qual estabelece que as normas aplicáveis à União devem ser observadas pelos Estados-membros, Municípios e Distrito Federal (DF), a organização do Controle Externo no País está disposta do seguinte modo:

- Tribunal de Contas da União (TCU);
- 26 Tribunais de Contas dos Estados;
- 1 Tribunal de Contas do DF;
- 4 Tribunais de Contas dos Municípios (Ceará, Bahia, Pará e Goiás); e
- 2 Tribunais de Contas Municipais (Rio de Janeiro e São Paulo).

De acordo com Aguiar *et al.* (2011, p. 181), “a existência de diversos tribunais de contas deve-se, precipuamente, ao regime federativo, pelo qual os entes da federação gozam de autonomia, auto-organização e autoadministração”.

Marcelino *et al.* (2009, p. 8) resumem a história do TCU da seguinte maneira:

[...] as atribuições do Tribunal foram modificadas a cada nova Constituição, até que a Carta Magna de 1988 ampliou sobremaneira a jurisdição e competência da Corte de Contas à qual compete, no auxílio ao Congresso Nacional no exercício do controle externo, entre outras atribuições: “apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante

parecer prévio, que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento” (inciso I, art. 71, CF) e “julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo poder público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público” (inciso II, art. 71, BRASIL, 1988).

A Corte é composta por nove Ministros, indicados na forma do art. 73 da CF/88, que gozam das prerrogativas atribuídas aos magistrados do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e sem mandato definido.

Vale destacar que os Ministros são vitalícios, enquanto os dirigentes máximos do GAO e do NAO possuem mandato fixo. Usufruem a inamovibilidade e a irredutibilidade de subsídios, sendo obrigados, porém, a se aposentarem do Ministério aos 70 anos.

De acordo com o *site* da Instituição, os trabalhos mais conhecidos realizados por ela são:

[...] as auditorias, que podem ser destinadas a verificar se os atos dos administradores estão em conformidade com as leis ou regulamentos. Podem, também, ser destinadas a avaliar o desempenho e os resultados da gestão pública. Como resultado das auditorias realizadas pelo Tribunal, podem ser feitas recomendações, determinações ou aplicação de sanções aos administradores públicos. Outro destaque, é o parecer que TCU emite, anualmente, sobre as Contas do Governo da República, que incluem as contas prestadas pelo Presidente da República, pelos presidentes do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, pelos presidentes do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores e pelo Chefe do Ministério Público da União. (TCU, 2012).

Inferese que o TCU atua na auditoria de conformidade e na de desempenho e resultados dos gestores públicos, efetuando recomendações, determinações e sanções, diferentemente dos sistemas britânico e estadunidense que emitem orientações para a melhoria das gestões. Vale frisar, também, que o Tribunal Brasileiro emite um parecer prévio sobre as contas do Presidente da República, que englobam a prestação de contas de todos os Poderes e que este parecer deve ser apreciado pelo Congresso Nacional. Esta peça não é encontrada nas análises do NAO inglês e do GAO ianque.

O TCU, desde o início deste século, aprimora suas técnicas, que focam o desempenho da gestão, como, por exemplo, o implemento da Auditoria Operacional que visa a medir a eficácia, eficiência e efetividade dos gastos da União. Ademais, o Tribunal investe no seu corpo funcional, composto por servidores de carreira que possuem uma das remunerações mais altas do serviço público brasileiro

Considerações finais

A evolução da ideia do controle exige cada vez mais que os gestores públicos prestem contas dos gastos à sociedade. O conceito de *accountability* requer que se demonstre a transparência na gerência dos escassos recursos financeiros e também que resultados satisfatórios sejam alcançados.

Para aferir tais objetivos, é necessário um sistema de controles que resguarde a utilização correta do dinheiro público. Efetivamente, o controle externo desempenha papel fundamental para assegurar a regularidade das despesas públicas e prevenir desmandos e ingerências por parte dos administradores públicos.

Conforme visto no decorrer deste artigo, os dois sistemas de controle externo mais difundidos e utilizados no Globo – Anglo-Saxônico e Latino-Americano – possuem várias diferenças, mas são utilizados com o mesmo fim: resguardar o patrimônio público.

Na Inglaterra, o NAO admite que a sua independência é pautada pelo fato de seus funcionários serem contratados da iniciativa privada e por estes não pertencerem à estrutura governamental, enquanto o GAO, sediado nos EUA, prima por focar suas auditorias no desempenho dos gestores. Por sua vez, o TCU, principal órgão de controle externo do Brasil, busca o aperfeiçoamento das suas práticas mediante a valorização do seu quadro funcional, composto por servidores públicos de carreira, além de tentar alinhar as auditorias de conformidade com as que verificam a eficácia, eficiência e efetividade das ações dos ordenadores de despesas.

Conclui-se, portanto, que não existe um sistema melhor do que o outro, mas sim características diferentes, intrínsecas a cada modelo, que focam um aspecto específico do fim a que se quer aferir. Comprova-se, com a leitura deste escrito, que ambas as sistemáticas procuram a mesma finalidade, que é resguardar o Erário. É importante destacar, por último, a não existência de um modelo pré definido para cada nação, pois os Países gozam de autonomia para definir aquele modelo que melhor se harmonize à sua realidade, mais um motivo para concluir que não existe um sistema que prepondere sobre o outro.

Referências Bibliográficas

AGUIAR, Ubiratan Diniz de; ALBUQUERQUE, Márcio André Santos de; MEDEIROS, Paulo Henrique Ramos. **A Administração Pública sob a perspectiva do controle externo**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Constitucional descomplicado**. 7. ed. Rio de Janeiro: Método, 2011.

ASSIS, Maria Cristina de. **Metodologia do trabalho científico**. Paraíba: 2008. Disponível em: <<http://portal.virtual.ufpb.br/biblioteca-virtual/files/>

pub_1291081139.pdf> . Acessado em: 20 dez. 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988: atualizada até a Emenda Constitucional número 71, de 29/11/2012.

_____. Lei 12.527/2011, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei no 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei no 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 18 nov. 2011.

CHAVES, Francisco Eduardo Carrilho. **Controle externo da gestão pública**: a fiscalização pelo Legislativo e pelos Tribunais de Contas. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

GOVERNMENT ACCOUNTABILITY OFFICE. Estados Unidos da América: 2012. Disponível em: <<http://www.gao.gov/>> . Acessado em: 16 dez. 2012.

LIMA, Luiz Henrique. **Controle externo**. Rio de Janeiro: Elsevier Campus, 2007.

MARCELINO, Gileno Fernandes; WASSALLY, Lorena Pinho Morbach Paredes; SILVA, Rosane Maria Pio da. Controle financeiro governamental: uma pesquisa sobre arranjos jurídico-institucionais e a relação político-administrativa em 18

países de diferentes continentes. **Revista Contabilidade, Gestão e Governança. Brasília:** Maio de 2009.

NATIONAL AUDIT OFFICE. Reino Unido: 2012. Disponível em: <<http://www.nao.org.uk/>>. Acessado em: 15 dez. 2012.

PASCOAL, Valdecir. **Direito financeiro e controle externo.** Rio de Janeiro: Elsevier, Campus, 2009. TCU. Tribunal de Contas da União. O TCU e o Controle Externo. Brasília: 2012. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/congresso/control_e_externo>. Acessado em: 20 dez. 2012.

O acesso dos servidores públicos à negociação coletiva como forma de efetivação do direito fundamental do contraditório no processo legislativo¹

Celso de Lima Freire²

Resumo: A relação Estado-servidores sempre apresentou traços de unilateralidade. Mas isso não é aceito sem ressalvas, atualmente. O consenso, o acordo e a participação têm assumido o papel de legitimadores dos processos de tomada de decisões. Nesse contexto, a implementação da negociação coletiva para os servidores públicos tende a refletir essa nova forma de pensar a Administração Pública. Assim, caso a fase de iniciativa do processo legislativo seja associada a uma etapa prévia de negociação coletiva com os servidores públicos, tornar-se-á muito mais democrática, num verdadeiro espaço de participação política, homenageando o Princípio do Contraditório.

Palavras Chave: Consensualidade; Negociação Coletiva; Participação; Processo Legislativo.

1 Artigo premiado com a segunda colocação no concurso de artigos do III Seminário RECAJ-UFMG: Acesso à Justiça e formas de Resolução de Conflitos no Brasil.

2 Assessor do Procurador Geral do Ministério Público de Contas do Estado de Minas Gerais, Analista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, Pós-graduando em Direito Público: Controle de Contas, Transparência e Responsabilidade (PUC-Minas/Escola de Contas Pedro Aleixo), Pós-graduado em Direito Processual Civil (Universidade Anhuera Uniderp), Pós-graduado em Direito Processual: grandes transformações (Universidade do Sul de Santa Catarina), graduado em Direito (UFMG).

Introdução

Grande parte dos juristas brasileiros tem negado o direito de negociação coletiva aos servidores públicos, mesmo com o reconhecimento constitucional expresso dos direitos de sindicalização e de greve, bem como com a ratificação da Convenção 151 da Organização Internacional do Trabalho. Esse pensamento resistente vem sendo abandonado gradativamente nos mais diversos países, mas no Brasil ainda é significativo. A doutrina e a jurisprudência nacionais, de um modo geral, não têm percebido que o acesso dos servidores públicos à negociação coletiva é uma forma de assegurar o exercício do princípio do contraditório no âmbito do processo legislativo (sobretudo na fase de iniciativa). Desse modo, a institucionalização da negociação coletiva para os servidores públicos garantiria a participação dos interessados no ciclo de formação do provimento legislativo, em um exercício do direito do contraditório.

1 O Desenvolvimento do Unilateralismo na relação Estado-Servidor

Costuma-se identificar o nascimento do Direito Administrativo na fase seguinte à Revolução Francesa³. Superado o Antigo Regime⁴, inexistiam normas que disciplinassem as relações entre Estado e seus administrados (MELLO, 2012, págs. 29, 38 e 39). Diante dessa inexistência de normas, era necessário criar um direito “novo”. As normas jurídicas anteriores eram de todo inadequadas, pois se destinavam à regulação de relações entre particulares (MELLO, 2012, págs. 39-40; CARVALHO FILHO, 2012, pág. 7).

Na ausência de um direito legislado (ou que mal iniciava a sê-lo), o que

3 doutrina notícia que o Direito Administrativo brasileiro se filia historicamente ao francês (TÁCITO, 1998, pag. 27). O patrimonialismo da coroa portuguesa encontrou no modelo francês um farto material para se legitimar e se institucionalizar no Brasil. No transcorrer da história, as “peculiaridades da Administração Pública brasileira apenas aguçaram as contradições intrínsecas que o modelo jusadministrativista europeu continental trazia já desde a sua gênese” (BINENBOJM, 2008, pág. 17).

4 Importante noticiar a crítica de Gustavo Binjenbojm no sentido de que associar o surgimento do direito administrativo ao advento do Estado de Direito representa um erro histórico e uma “reprodução acrítica de um discurso de embotamento da realidade repetido por sucessivas gerações” (2008, pág. 11)

hoje se conhece por Direito Administrativo foi sendo construído por obra da jurisprudência do Conselho de Estado, órgão integrante do Poder Executivo, encarregado de dirimir as controvérsias entre Estado e administrados, cujas decisões tinham força de coisa julgada (MELLO, 2012, págs. 39-40). Na ânsia de separar a função administrativa da função jurisdicional⁵, acabou sendo criado um privilégio para a Administração: ela passou a julgar a si mesma. Desenvolveu-se, então, o contencioso administrativo, sob a alegação de que seria necessário garantir que a Administração pudesse atuar sem entraves externos (NETTO, 2005, pág. 41-42).

À primeira vista, causa estranheza o fato de as ideias liberais, tão exaltadoras da igualdade, terem, no fim das contas, criado privilégios para a Administração (NETTO, 2005, pág. 43). Nos mesmos moldes da tradição absolutista, além de propriamente administrar, os detentores do poder criam o direito que lhes deve ser aplicado (BINENBOJM, 2008, pág. 15).

A verdade é que o novo formato estatal possuía elementos liberais, entretanto, não conseguiu se desvencilhar de certos traços autoritários, herdados do período absolutista. Nessa nova configuração do Estado, conjugam-se elementos liberais e autoritários: o *“elemento liberal liga-se à organização do poder político e o autoritário ao funcionamento da Administração”* (NETTO, 2005, pág. 43). Nesse sentido, percebe-se que *“o modelo de contencioso em que a Administração julgaria a si própria não representou qualquer inovação da Revolução Francesa, sendo, ao revés, uma continuidade daquele [modelo] vigorante durante o Antigo Regime”* (BINENBOJM, 2007, pág. 122).

Assim, a origem do Direito Administrativo representou uma autovinculação criada pelo próprio Executivo, e não um efeito da submissão do Estado à vontade do legislativo (como tradicionalmente apregoa a doutrina).

Muitíssimo importante destacar que a jurisprudência do Conselho de

⁵ A doutrina informa que a invocação da separação de poderes para a criação do contencioso administrativo foi um simples pretexto, uma figura retórica. Visava-se, na verdade, alargar a esfera de decisória da Administração, evitando qualquer controle judicial (BINENBOJM, 2007, pág. 122).

Estado solucionava apenas os conflitos envolvendo Estado e administrados, o que não abrange as relações Estado-servidor. Como se verá logo adiante, não se consideravam as relações Estado-servidor como disciplinadas pelo Direito.

No embrionário Estado de Direito, o antigo súdito passou a ser visto como um *cidadão*, categoria a partir da qual se amparam diversos conceitos essenciais da nova ordem (DUTRA DE ARAÚJO, 2011, pág. 68). O serviço prestado ao Estado era, então, considerado como a mais alta forma de desempenho da cidadania. Ao particular, em razão de sua condição de cidadão, era vedado que se negasse a atender um chamado do Estado para assumir ofícios públicos. Pelos sacrifícios demandados no exercício do ofício público, o cidadão tinha direito de obter uma indenização (o pagamento não tinha, portanto, aspecto contraprestacional). O exercício de deveres patrióticos não poderia ser expresso monetariamente, pois não se compatibiliza com “ponderações egoístas” (HATTENHAUER⁶ *apud* DUTRA DE ARAÚJO, 2011, pág. 68). Essa retribuição percebida pelo servidor não poderia ser comparada àquela recebida pelos trabalhadores privados comuns, uma vez que o exercício de uma função pública não comporta quantificação econômica (NETTO, 2009, pág. 109).

Surge assim a ideia de cidadão-funcionário. O agente público se encontrava integrado no Estado e, com este, não poderia guardar contradição. *“Premissa indispensável para a boa constituição do estado é, então, a disponibilidade dos cidadãos em renunciar aos seus interesses particulares em nome do interesse público, para diretamente servi-lo”* (DUTRA DE ARAÚJO, 2011, pág. 73). *“Havia assim uma forte vinculação ao Estado de trabalho e fidelidade, sendo o servidor um agente da soberania estatal”* (SILVA, 2008, pág. 57).

Nesse contexto, a Teoria da Impermeabilidade da Pessoa Jurídica Estatal tem uma importância marcante. As relações entre Estado e os seus órgãos, bem como com os titulares de seus órgãos, eram visualizadas como relações

6 HATTENHAUER, Hans. Geschichte des Beamtentums. Köln: Carl Heymanns, 1980. (WIESE, Walter (Hg.). Handbuch des Öffentlichen Dienstes, BD. I).

internas, fora do âmbito do Direito (portanto, a ele impermeáveis). Qualquer relação jurídica pressupõe pluralidade de vontades, mas no interior do aparelho estatal haveria uma só vontade, a do Estado. Por isso, não se aceitava a existência de direitos e obrigações recíprocas entre Estado e seus servidores. As normas internas do Estado seriam ordens que se dá a si mesmo, não seriam normas jurídicas, o que impede que se concebam pretensões em face de si mesmo⁷. (NETTO, 2005, pág. 100-103).

As teorias organicistas do poder político, que floresceram no final do séc. XIX, até hoje têm reflexos na relação do servidor público com a Administração. Essas teorias partem da ideia de que a sociedade seria como um organismo, uma realidade natural. Os governantes, assim como todos os particulares, são partes orgânicas do Estado. No contexto dessa concepção orgânica do poder político, surgiu a tese da “situação legal”, ou do “vínculo estatutário”, aplicável aos servidores cujo regime jurídico seria regido integralmente por regras de Direito Administrativo. Para as teorias organicistas, uma vez que o servidor é considerado um órgão estatal, até mesmo a sua liberdade de opinião poderia sofrer limitações. Foram posições dessa natureza que fizeram com que até meados do séc. XX houvesse uma generalizada proibição de sindicato de servidores, do exercício de greve e da participação na formulação das condições de trabalho (DUTRA DE ARAÚJO, 2011, pág. 127-142). Se os *“agentes deveriam ser ascéticos e imparciais”*, como poderia ser aceita sua organização em *“sindicatos para defender interesses corporativos? Como poderiam fazer greve, apresentando reivindicações contra o Estado, de que fazem parte, e com quem se confundem?”* (pág. 110) A concepção orgânica do Estado forneceu substrato teórico necessário para a concepção do modelo estatutário de vínculo entre o servidor e o Estado. A regência desse vínculo deveria ser necessariamente realizada pelo Direito Público, pois existia demanda de uma alta lealdade e comprometimento com os fins do Estado (NETTO, 2005, pág. 106-110).

Desse modo, por um longo período, as concepções autoritárias da

⁷ A concepção liberal da Legalidade se restringia a impor limites à atuação externa do Estado, quando se relaciona com os particulares em geral.

dogmática jurídico-administrativa obstaculizaram a aceitação de direitos subjetivos em face do Estado. Os particulares em geral não eram vistos como sujeitos de direitos perante a Administração Pública. A primazia atribuída ao ato administrativo nessa época reforçava esse quadro de unilateralidade, pois representa um instrumento de imposições unilaterais, em atuações fortemente interventivas (NETTO, 2005, pág. 87). Em síntese: o *“vínculo do servidor com o Estado teve uma origem histórica unilateral”* (SILVA, 2008, pág. 57).

Feitas essas observações, pode-se compreender o *“modelo unilateral estatutário como produto das concepções autoritárias⁸ do Direito Administrativo”* (NETTO, 2005, pág. 97).

Mesmo na atualidade, aceita-se sem muito estranhamento o poder do Estado de alterar as condições do regime jurídico estatutário de forma unilateral (pela via legislativa)⁹, ressalvadas as disposições constitucionais impeditivas. Nesse ambiente, ressalvados os direitos adquiridos, *“benefícios e vantagens, dantes previstos, podem ser ulteriormente suprimidos”* (MELLO, 2012, pág. 261)¹⁰.

2 A Demanda do Estado Democrático de Direito pela Consensualidade e pela Procedimentalização

“A Administração Pública deve mudar porque o Estado está se transformando, por sua vez, pressionado pelas mudanças da sociedade” (MOREIRA NETO, 2000, pág. 37). As concepções vigentes no Estado Liberal

8 O sentido do termo ‘autoritária’ pretende denotar as dimensões de imposição e unilateralidade, não abrindo espaço para o Estado negociar e transacionar.

9 A doutrina (ALBERGARIA e GOMES, 2012, pág.34-36) explica que a “relação especial de poder” (também chamada de relação especial de sujeição) foi desenvolvida para distinguir aqueles que se relacionam de forma especialmente intensa com Administração Pública (acarretando uma sujeição reforçada aos ditames desta) daqueles que têm uma relação comum, havida com o cidadão externo ao Estado. A permanência dessa figura no direito atual é controvertida. Parte da doutrina informa que sua sentença de morte se deu em 1972 pelo Tribunal Constitucional Alemão, que se baseou na ampla vinculação aos direitos fundamentais, inclusive no âmbito intra-administrativo (a visão clássica da “relação especial de poder” entendia que eles poderiam ser restringidos internamente à Administração Pública, em razão do interesse público).

10 A doutrina informa que, à evidência, existem direitos adquiridos no curso de uma relação estatutária: “basta que se preencham seus pressupostos de aquisição” (MELLO, 2012, pág. 262).

se demonstraram inadequadas aos novos tempos por uma série de fatores. Advindo o Estado Social de Direito, o perfil abstencionista estatal foi sendo paulatinamente substituído pelo papel de conformador da economia e da sociedade, numa busca de condições dignas de vida para a população. Esse novo caráter concretizador do Estado pressupõe uma Administração Pública alargada e atuante. Com tais objetivos, o Estado, antes impenetrável, sofre uma redefinição e, pouco a pouco, *“vai se firmando uma lógica de interpenetração [entre Estado e sociedade civil] no lugar da lógica de separação”* (pág. 31). Como principais fatores responsáveis pela crise do Estado Social, apontam-se o esgotamento das formas de financiamento do Estado e o seu agigantamento aliado à sua ineficiência. Por fim, cede-se lugar a um Estado Democrático de Direito¹¹, aprofundando-se a necessidade de participação dos particulares, numa ótica de democratização do Estado e de colaboração entre essas duas instâncias (NETTO, 2009, pág. 30-36).

Nesse ambiente mais colaborativo, é feita a *“abertura das controvérsias públicas para discussão, de modo a incorporar soluções discursivamente traçadas”* (PIRES, 2011, pág. 65).

O programa tecnocrático vigente anteriormente, no qual a Administração era vista como uma esfera estranha e distante dos cidadãos, acaba mudando sua perspectiva para privilegiar *“a participação e o poder reivindicatório da cidadania no âmbito de uma esfera pública adensada”* (pág. 65). Enfatiza-se, assim, a democratização da Administração Pública, isto é, atribui-se importância à participação e à cidadania, o que faz despertar *“nos administrados o seu papel de coautores, como componentes de uma esfera pública de cidadãos ativos, e não de meros clientes e expectadores passivos das prestações materiais por parte da Administração”* (PIRES, 2011, pág. 64-65).

A abertura à participação é uma das faces do superprincípio

¹¹ A autora utiliza terminologia específica, denominando esse momento de “Estado Social e Democrático de Direito”. Como a maioria da bibliografia consultada não trabalha com essa expressão, para que o texto pudesse ficar coeso, preferiu-se adotar o termo “Estado Democrático de Direito”.

constitucional do Estado Democrático de Direito, que tem como uma derivação axiológica e funcional o *“princípio da administração democrática”* (CORREIA, 2012, pág. 301).

Essa necessidade de democratização é decorrência da verificação de um descompasso entre as velhas categorias do Direito Administrativo e as reais necessidades e expectativas das sociedades contemporâneas. A constitucionalização do Direito Administrativo é vista atualmente como uma alternativa ao *déficit* teórico explicitado no capítulo inicial deste trabalho. Segundo essa visão, a atuação da Administração Pública deve sempre se pautar segundo a sistemática de proteção constitucional tanto dos direitos fundamentais, quanto da democracia (pág. 127). Nesse sentido, *“a Constituição, e não mais a lei, passa a se situar no cerne da vinculação administrativa à juridicidade”* (pág. 128). Na desconstrução dos velhos paradigmas e na construção de novos, os valores constitucionais assumem papel determinante, exercendo o papel de diretriz normativa legitimadora das novas categorias. É preciso aceitar a premissa básica de que todo o regime jurídico administrativo está alicerçado sobre a Constituição e *“o Estado-Administrador deverá se organizar para proteger, promover e compatibilizar direitos individuais e interesses gerais da sociedade”* (BINENBOJM, 2007, pág. 129).

Nesse contexto, uma das importantes maneiras de promoção do direito constitucional ao contraditório se dá com a procedimentalização da atividade administrativa, o que significa o desenvolvimento de uma disciplina para a tomada de suas decisões. Altera-se o sentido da legalidade: a lei diminui *“a sua capacidade de balizamento da atividade administrativa, passando a haver utilização cada vez maior de fórmulas genéricas e dos chamados conceitos jurídicos indeterminados, o que aumenta o poder de conformação”* (pág. 39). Ou seja, alarga-se o espaço da discricionariedade e o procedimento é visualizado como *“meio pelo qual a legalidade se concretiza com a possibilidade de controle paulatino e participação no desenrolar da ação administrativa”* (NETTO, 2009, pág. 40).

Com a procedimentalização, tem-se acentuado uma interseção entre os

centros de poder social (sociedade) e o poder político (estatal). O aumento da participação popular, além de conferir maior legitimidade, amplia o controle dos atos da administração, reforçando o seu caráter democrático e dividindo a responsabilização pelos assuntos públicos. Procedimentos administrativos transparentes permitem a opção pela decisão que se mostra mais racional e mais justa. Assim, tende-se a minimizar a insegurança jurídica e os riscos de violação aos direitos e garantias individuais dos cidadãos (SCHWANKA, 2011, pág. 72-73). De tal modo, o processo administrativo se apresenta como um elemento atenuador da face arbitrária da gestão administrativa, e o particular passa a ser visto como um cooperador (SCHWANKA, 2011, pág. 76).

Nesse novo contexto, o modelo estatutário unilateral *“fruto da dogmática jurídico-administrativa autoritária centrada na unilateralidade, é insuficiente, inadequado, para fazer face às exigências do Estado Democrático de Direito”* (NETTO, 2005, pág. 111). A participação dos cidadãos nas atividades do Poder Público, de forma direta ou por intermédio de entidades representativas, é uma das exigências do atual momento do Direito Público (DUTRA DE ARAÚJO, 2011, pág. 149). Isso ocorre porque, apesar de sua origem inequivocamente autoritária, o Direito Administrativo sofreu contemporaneamente a irradiação dos valores democráticos e humanistas dispostos na Constituição (BINENBOJM, 2008, pág. 37). Nessa nova conjuntura, ideia de imperatividade-subordinação vem cedendo espaço à consensualidade (MOREIRA NETO, 2000, pág. 42).

Conclui-se, então, que, nesse novo contexto, a *“participação dos interessados na construção e aplicação da norma e do Direito [é de fundamental importância] para o processo emancipatório”* (PIRES, 2011, pág. 64). *“O direito administrativo tende ao abandono da vertente autoritária com a acolhida da participação democrática da sociedade”* (TÁCITO, 1998, pág. 30).

3 Da (in)admissibilidade da Negociação Coletiva no Direito Brasileiro

Nesse contexto, começa-se a discutir com seriedade a possibilidade de aceitação da negociação coletiva no seio da Administração Pública.

O regime estatutário foi estruturado de maneira rígida, mas com uma série de benefícios. Porém, no serviço público moderno, muitos desses elementos favoráveis originais não persistiram de forma generalizada¹². Nesse quadro, os servidores públicos, visualizando os frutos da negociação coletiva no setor privado, passam a pleitear instrumentos de negociação e fixação acordada de condições de trabalho (SILVA, 1993, pág. 84-85). É que a ordem jurídica brasileira reconhece que o servidor público é uma espécie do gênero trabalhador, e, por isso, ela aproxima o regime jurídico estatutário de alguns direitos, deveres e responsabilidades que se impõe para os trabalhadores em geral (ROCHA, 1999, 350; VILHENA, 2002, pág. 100-101). O art. 39, §3º, da CR/88 apresenta um núcleo de aproximação entre os celetistas e estatutários.

É notório que existe um grande número de servidores públicos exercendo atividades de natureza bastante semelhante aos trabalhadores do setor privado, aproximando as duas categorias. “*A nova realidade aproxima [o servidor público] dos interesses dos demais trabalhadores*” (DUTRA DE ARAÚJO, 2011, pág. 73).

Mesmo com o reconhecimento constitucional expresso dos direitos de sindicalização e de greve (art. 37, inc. VI e VII da CR/88), os juristas brasileiros tradicionalmente negam o direito de negociação coletiva aos servidores públicos. No entanto, é de se perceber que, se a Constituição optou por garantir ao servidor público os direitos de sindicalização e de greve, isso implicaria, *ipso facto*, em reconhecer também o direito à negociação coletiva. “*Caso contrário, [a Constituição] teria criado dois institutos sem finalidade*” (SILVA, 1993, pág. 95; ROCHA, 1999, 351)¹³.

Isso ocorre a despeito dos subsídios constitucionais apontarem para a “*necessidade da institucionalização de canais de diálogo e de concertação entre a administração pública e os servidores*” (DUTRA DE ARAÚJO, 2011,

12 Mas é inegável que atualmente existem alguns cargos públicos bastante vantajosos.

13 Esse foi um dos argumentos do voto divergente de Marco Aurélio de Mello no julgamento da ADI 492-1/DF. Para ele a negociação coletiva é corolário inarredável dos direitos à sindicalização e de greve, cujo reconhecimento constitucional não é colocado em dúvida.

pág. 235).

Esse pensamento resistente vem sendo abandonado de forma paulatina nos mais diversos países, mas, entre nós, ainda é significativo. O julgado emblemático do conservadorismo de nossas cortes é a ADI 492-1/DF, na qual o STF, ao analisar o art. 240, alíneas “d” e “e” da Lei 8112/90¹⁴, definiu que o direito à ação coletiva seria absolutamente inconciliável com o regime estatutário do servidor público (DUTRA DE ARAÚJO, 2011, pág. 348). A doutrina aponta alguns problemas no posicionamento do STF. O regime estatutário não pode ser absolutamente unilateral, mas deve abrir espaço para a participação coletiva dos servidores, sob pena de negar eficácia a uma série de princípios constitucionais. Além disso, o reconhecimento dos direitos de sindicalização e de greve implica resguardar o direito de participação, cuja essência é a negociação coletiva. Sem o poder de negociação, a defesa dos direitos dos representados fica inviabilizada ou restrita às ações de confronto. A adesão do Brasil à Convenção 151 da OIT é uma reafirmação inequívoca da tendência de aceitação do diálogo na Administração Pública. Uma imprecisão bastante comum é pensar que a negociação coletiva somente exista na forma da CLT. No serviço público, a negociação coletiva só poderá ser regida em parte pelo modelo da CLT. Outro ponto importante é que as negociações coletivas não se prestam unicamente para fixar valores de remuneração. É certo que o art. 37, inciso X, da CR/88 restringe a questão remuneratória para lei específica. Porém outros temas poderiam ser remetidos para a negociação coletiva, com a fixação de acordos com força vinculante imediata (DUTRA DE ARAÚJO, 2011, pág. 351-353). Com efeito, em campos normativos não sujeitos à reserva de lei, a Administração poderá atuar autonomamente, sem prévia autorização legislativa (BINENBOJM, 2008, pág. 71).

A isso se acrescente que o STF, por ocasião dos julgamentos dos Mandados de Injunção 670, 708 e 712, decidiu determinar a aplicação da

¹⁴ Esse dispositivo previa exatamente a negociação coletiva para os servidores públicos estatutários da União: Art. 240. Ao servidor público civil é assegurado, nos termos da Constituição Federal, o direito à livre associação sindical e os seguintes direitos, entre outros, dela decorrentes: (omissis) d) de negociação coletiva;

Lei 7.783/99 às greves de servidores públicos¹⁵. Isso tem consequências importantes para a admissão da negociação coletiva dos servidores públicos. É que a Lei 7.783/99 determina que a negociação prévia, ou sua tentativa, é um requisito inarredável para o exercício do direito de greve. O STJ tem decidido dessa forma (DUTRA DE ARAÚJO, 2011, pág. 359).

4 A instrumentalização da Negociação Coletiva de Servidores Públicos como forma de efetivação do Processo Legislativo Democrático

A doutrina conservadora, de modo geral, não tem percebido que o acesso dos servidores públicos à negociação coletiva é uma forma de assegurar o exercício dos princípios do contraditório e da participação no âmbito do processo legislativo. Mesmo em regimes estatutários, *“como já visto em ordenamentos estrangeiros, a negociação pode ser uma fase inicial no procedimento que leva à elaboração de leis pertinentes à remuneração e a outros direitos e deveres dos servidores públicos”* (DUTRA DE ARAÚJO, 2011, pág. 353).

Define-se procedimento como uma atividade preparatória para um ato estatal. Essa atividade preparatória é *“composta de uma sequência de normas, de atos e de posições subjetivas, que se desenvolvem em uma dinâmica bastante específica, na preparação de um provimento”* (pág. 102). Mas existe uma importante especificidade: se a decisão final dessa cadeia de atos for uma emanção de poder, de imperatividade do Estado, tal decisão final passa a ser chamada de provimento, conceito de fundamental importância (GONÇALVES, 1992, pag. 102-103):

O provimento é um ato do Estado, de caráter imperativo, produzido pelos seus órgãos no âmbito de sua competência, seja um ato administrativo, um ato legislativo ou um ato jurisdicional. No exercício das funções administrativa, legislativa e jurisdicional,

¹⁵ “O direito Constitucional brasileiro dá assim um passo à frente no resguardo e na efetiva proteção dos direitos fundamentais” (SILVA, 2008, pág. 45).

o Estado pratica vários atos que não se revestem de imperatividade e que são necessários na dinâmica de sua atuação. Mas quando o ato do Estado se destina a provocar efeitos na esfera dos direitos dos administrados, da sociedade, dos jurisdicionados, quando é um ato dotado de natureza imperativa, um ato de poder, tem-se o provimento que, para que seja emanado, válida e eficazmente, deve ser precedido da atividade preparatória, disciplinada no ordenamento jurídico.

A partir da função legislativa, também se produzem provimentos. *“Este provimento, no caso do processo legislativo, é a lei”* (CUNHA de ARAÚJO, 121). Mas é de se destacar que os provimentos demandam necessariamente, no curso de sua formação, a participação daqueles que podem ser afetados por tal ato, legitimando sua imperatividade. Essa participação é feita por meio do contraditório. Nessa senda, como o provimento legislativo é uma emanção de poder, de imperatividade, a participação (por meio do contraditório) daqueles que podem ser afetados por tal ato é essencial. A oportunidade de exercício do contraditório, por si só, transforma o procedimento em processo¹⁶. Não basta que no processo atuem outros sujeitos processuais, tais como o juiz, os seus auxiliares, o Ministério Público. A participação tem que ser exercida por aqueles a quem se destinam os efeitos do provimento (GONÇALVES, 1992, pag. 102, 103, 115, 120 e 127).

É inegável que quanto mais participativo for um procedimento, mais alinhado ao Estado Democrático de Direito ele será. No âmbito do processo legislativo, *“o processo assegura um espaço de participação política a seus sujeitos”* (CUNHA DE ARAÚJO, 2003, pag. 120-121).

Sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, o processo legislativo democrático deve possibilitar *“o reconhecimento da coautoria que justifica a legitimidade do Direito”* (pág. 17). Deve-se garantir um processo legislativo

¹⁶ A concepção de que o processo é o procedimento em contraditório adota um critério denominado lógico, o que traz um novo conceito do que seja processo (FERNANDES e PEDRON, 2008, pag. 46).

democrático, ou seja, deve ser feita a *“institucionalização jurídica de formas discursivas e negociais que, sob as condições de complexidade da sociedade atual, devem garantir o exercício da autonomia jurídica – pública e privada – dos cidadãos”* (OLIVEIRA, 2000, pág. 25)¹⁷.

Mas como conciliar a negociação coletiva e a participação no processo legislativo? Pode-se conceber a negociação como uma etapa prévia ou concomitante à fase de iniciativa (ou propositiva). Nesse sentido: seria *“possível pensar em criar a obrigatoriedade de que, para certas decisões, a participação seja erigida requisito de obrigatoria observância”* (NETTO, 2005, pág. 246). Assim, a *“negociação coletiva [...] terá como objetivo elaborar o projeto de lei a ser enviado ao respectivo órgão parlamentar”* (DUTRA DE ARAÚJO, 2011, pág. 402).

Conclusão

No passado, a Administração Pública se manteve infensa a interferências dos cidadãos, num considerável distanciamento. Não se admitia que no seio da Administração houvesse interesses contrapostos, próprios dos servidores públicos. Esse caráter autoritário não é aceito sem restrições atualmente. O alcance e o sentido da legalidade foram ampliados para dar ênfase aos procedimentos, que privilegiam a participação, numa resposta à necessidade de modernização do aparelho estatal. O consenso e o acordo assumem o papel de legitimadores de todo o processo de tomada de decisões. Nesse contexto, a implementação da negociação coletiva para os servidores públicos tende a refletir essa nova forma de pensar a Administração Pública. A proposição ou iniciativa do processo legislativo, caso seja associada a uma etapa de negociação coletiva dos servidores públicos, tornar-se-á muito mais democrático, num verdadeiro espaço de participação política. Tal quadro refletiria uma homenagem ao princípio do contraditório, no âmbito da fase propositiva do processo legislativo, legitimando a imperatividade do provimento legislativo a

¹⁷ Participação e a consensualidade assumem extrema relevância nas democracias contemporâneas, pois, dentre outras razões, garantem atenção a todos os interesses, facilitam a tomada de decisões mais sábias e prudentes, “desenvolvem a responsabilidade das pessoas (civismo) e tornam os comandos estatais mais aceitáveis e facilmente obedecidos” (MOREIRA NETO, 2000, pág. 41).

ser produzido.

Referências Bibliográficas

ALBERGARIA, Bruno e GOMES, Ana Cláudia Nascimento. A Vinculação Imediata das Autoridades Públicas aos Direitos Fundamentais e os Direitos Coletivos dos Servidores Públicos “Estatutários” no Brasil – O Exemplo do Direito de Greve – Algum Paradoxo ou Necessidade de Reflexão? In **Direito Administrativo e Direitos Fundamentais: diálogos necessários**. NETTO, Luísa Cristina Pinto e NETO, Eurico Bitencourt. Belo Horizonte: Fórum, 2012

BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo in **Interesse Públicos versus Direitos Privado: desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público**. SARMENTO, Daniel. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007.

_____. **Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. 2ª edição. Rio de Janeiro. Renovar. 2008

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25 edição. São Paulo: Atlas. 2012;

CORREIA, Sérvulo. Controlo Judicial da Administração e Responsabilidade Democrática da Administração in **Direito administrativo e Direitos Fundamentais: diálogos necessários**. NETTO, Luísa Cristina Pinto e; e NETO, Eurico Bitencourt. Belo Horizonte: Fórum. 2012.

CUNHA DE ARAÚJO, Marcelo. **O novo processo constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos. 2003;

DUTRA DE ARAÚJO, Florivaldo. **Negociação Coletiva dos Servidores Públicos**. Belo Horizonte: Fórum. 2011;

_____. O Estudo do Direito da Função Pública: Avaliação e Perspectivas. CELY, Martha Lucía Bautista e SILVEIRA, Raquel Dias da. **Direito Disciplinário Internacional**. Belo Horizonte: Fórum. 2012.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves e PEDRON, Flávio Quinaud. **O poder Judiciário e(m) crise**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008;

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: Aide. 1992;

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. **Devido Processo Legislativo: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo**. Belo Horizonte: Mandamentos. 2000;

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29ª edição. São Paulo: Malheiros Editores. 2012;

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações no direito Administrativo**. Rio de Janeiro. Renovar. 2000.

NETTO, Luísa Cristina Pinto. **A contratualização da Função Pública**. Belo Horizonte: Del Rey. 2005;

_____. **Participação Administrativa Procedimental: Natureza jurídica, garantias, riscos e disciplina adequada**. Belo Horizonte: Fórum. 2009;

PIRES, Maria Coeli Simões. **Transparência e Responsabilidade na Gestão Pública**. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Out-Nov-Dez 2011. Vol. 81, n.4, ano XXIX, 2011;

ROCHA Carmen Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos**. São Paulo: Saraiva. 1999;

SCHWANKA, Cristiane. **A processualidade administrativa como instrumento de densificação da administração pública democrática: a conformação da**

administração pública consensual. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Julho-Agosto 2011. Vol. 80, n.3, ano XXIX, 2011;

SILVA, Antônio Álvares da. **Greve no Serviço Público depois da decisão do STF**. São Paulo: Ltr. 2008;

_____ **Os Servidores Públicos e o Direito do Trabalho**. São Paulo: Ltr. 1993;

TÁCITO, Caio. **Transformações do Direito Administrativo**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro. N. 214: pag. 27-34. Outubro/Dezembro 1998;

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Contrato de Trabalho com o Estado**. São Paulo: Ltr. 2002.

O fenômeno da modificação informal da Constituição: a mutação por interpretação Constitucional

Anarda Pinheiro Araújo¹
Jéssyca Figueiredo Sampaio²

Resumo: Análise sobre o fenômeno da modificação informal da Constituição através da dinâmica de seus enunciados e da interpretação como meio de mutação constitucional. Relata, primeiramente, um breve histórico sobre o conceito de Constituição, bem como sua estreita relação com a realidade social cambiante no processo dinâmico de seus enunciados. Permanência e dinamismo se encontram como ponto chave da questão. Identifica o processo de mutação constitucional, enfocando seu conceito, terminologias adotadas, fundamento, importância, ocorrência, diferenciação de reforma constitucional e, por fim, sua relação com o dinamismo normativo. Discorre sobre interpretação constitucional como medida eficaz no processo de adequação constitucional à realidade. Apresenta sua importância, os sujeitos interpretativos, as diretrizes e métodos hermenêuticos, a distinção da interpretação constitucional das demais normas do ordenamento jurídico, a sua função criativa e o incentivo às transformações, bem como seus limites. Conclui ser imprescindível e de tamanha importância o uso da interpretação constitucional como meio transformador dos enunciados constitucionais.

Palavras-chave: Constituição; Interpretação; Dinamismo; Modificação Constitucional.

1 Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Advogada e professora da Universidade de Fortaleza e Faculdades Cearenses. Membro do laboratório de ciências criminais (LACRIM) da Universidade de Fortaleza.

2 Graduanda em direito pela Universidade de Fortaleza. Membro do laboratório de ciências criminais (LACRIM) da Universidade de Fortaleza.

Introdução

A interpretação constitucional como meio de mudança informal da constituição é um dos temas mais discutidos na atualidade. Devido à natureza dinâmica dos enunciados normativos e à função criativa do intérprete constitucional, a constituição é vista como um organismo vivo. Infere-se, pois, que mesmo as constituições dita flexíveis são passíveis de modificações em seu texto. Isto porque, se quiserem preservar a sua estabilidade e a sua força normativa, devem se apresentar como atuais e vinculantes, pois direito e realidade andam em estreita relação. Nesse sentido, apresenta-se a mutação constitucional como meio informal de modificação constitucional.

As mutações constitucionais são modificações no sentido, significado e alcance das normas constitucionais, sem, porém, ferir-lhe o espírito. Equilibra mudança e estabilidade, ou seja, preserva a segurança jurídica e a própria força normativa da Constituição. E, diante das tantas classificações, destaca-se a interpretação constitucional como meio mais eficaz de mudança informal já que se apresenta como meio eficaz na produção de mutações constitucionais, pois a função criativa inerente aos seus intérpretes garante que a norma esteja em perfeita harmonia com a realidade social transformadora.

1 Constituição: do conceito à natureza dinâmica dos enunciados Constitucionais

As chamadas constituições liberais do século XVIII já previam a separação dos poderes e a previsão dos direitos dos homens. Porém um fato marcante era a previsão de modificação constitucional com o passar do tempo. Pode-se compreender do texto do constitucionalista Wellington Márcio Kubisckas que, já no final do século XVIII, as constituições já previam, mesmo que de maneira muito complexa, a modificação de seu texto³.

Deste modo, é preciso que se entenda que não há um único significado

³ “Saliente-se, por oportuno, que as Constituições Liberais do século XVIII admitiam expressamente a possibilidade de sua modificação com o transcorrer do tempo. A modificação do texto constitucional, contudo, dependia da realização de um procedimento mais complexo e dificultoso do que o procedimento para a alteração das normas jurídicas em geral, o que ensejou o surgimento dos conceitos de rigidez constitucional, posteriormente teorizado por James Bryce, e de supremacia constitucional”. (KUBISCKAS, 2009, p. 12-13).

para a palavra constituição. De tal forma, que se faz necessária uma breve identificação desses conceitos conforme a classificação de seus sentidos. No sentido jurídico, pode entender-se constituição como a lei superior escrita, que visa à limitação do poder, dividindo-o, na busca de sua garantia de liberdade. Por outro lado, em sentido sociológico, a constituição não se define apenas por ser uma lei escrita, mas também por esta ser confirmada pelos fatos reais de poder. Lassalle é o grande precursor dessa corrente, afirmando que a Constituição é a soma dos fatores reais de poder que regem uma nação (LASSALLE, 1998).

O autor alemão, Hesse, por outro lado, criticando a concepção de Lassalle, que considerava como função da constituição a justificação das relações de poder dominante, chega a afirmar que a separação entre norma e realidade é um grande equívoco, pois o direito constitucional está a serviço de uma ordem constitucional dita justa, e a constituição jurídica não está completamente subordinada à realidade dos fatos.

Por sua vez, Carl Schmitt, classifica os sentidos da constituição em quatro subgrupos: absoluto, relativo, positivo e ideal. Segundo o caráter absoluto, o próprio Estado é a Constituição. Em sentido relativo, tudo o que está na Constituição tem o mesmo valor, portanto a constituição é definida a partir de suas características formais. Já a Constituição como unidade política se perfaz por seu sentido positivo, enquanto Constituição em sentido ideal seria a determinação do seu conteúdo político de maneira legitimada perante a sociedade.

Necessário ainda se faz saber, para o estudo sobre mutações constitucionais, que uma constituição pode ser classificada de diversas maneiras. Entre elas, quanto à reforma. Assim, as constituições podem ser imutáveis, rígidas e flexíveis. As constituições imutáveis são aquelas que não podem ser reformadas, nem revogadas por nenhum Poder; são ditas, constituições eternas. Como exemplo, pode citar-se a figura de Licurgo, que quis tornar as leis de Esparta eternas, assim como o Código de Hamurabi, que se manteve como código fixo. As rígidas, por outro ângulo, são aquelas que preveem modificação em seu texto, porém, para tanto, sofrem grandes dificuldades de caráter material e formal. Enquanto as constituições flexíveis

podem ser modificadas sem alto grau de rigidez.

Mister se faz a compreensão de que uma constituição, se quiser atender aos anseios sociais e estar frente a sua realidade transformadora, não pode ser entendida como imutável, inalterável. Sintetizando acerca da conceituação de constituição, deve ser levada em conta a teoria de Uadi Lammêgo Bulos, que considera a Constituição como o conjunto de normas e princípios jurídicos, atuais e vinculantes. (BULOS, 1997)

O caráter atual da constituição reside no fato de esta estar conectada com a altíssima velocidade das transformações sociais. De tal modo que deva apresentar certo grau de elasticidade, a fim de suportar as modificações temporais, frente o surgimento de novos conceitos e valores sociais. Portanto, uma Constituição deve ser entendida como um “sistema aberto” de regras e princípios, ao passo que traduz os anseios das constantes mudanças ocorridas na sociedade. Entende-se o texto constitucional como processo aberto, pois é uma obra em constante criação e recriação por conter enunciados abertos e indeterminados, além de ser influenciado, de maneira direta e indireta, por seus intérpretes. Nesse sentido, destaca-se o conceito de constituição para Inocêncio Coelho quando cita os escritos de Konrad Hesse: “[...] a Constituição – pela sua natureza, estrutura e finalidade – apresenta-se como um sistema aberto de regras e princípios que necessitam da mediação de legisladores e juízes para lograrem efetividade” (COELHO, 1997, p. 26).

Hsü Dau-Lin, grande constitucionalista chinês, informa que o caráter variável do direito é o seu próprio ideal jurídico: “Sin embargo, nuestra actual concepcion general del derecho tiende a decir que la variabilidad no sólo es una característica esencial del derecho, sino, también, un rasgo necesario de cualquier ideal jurídico” (1932, p. 67). Referido autor ainda informa que o direito deve ser entendido como um progresso cultural, devido à transformação conjunta de direito e realidade, pois as normas não devem ser entendidas como valor absoluto.⁴

4 “La historia milenária enseña, suficientemente, la relacion estrecha que media entre el concepto del derecho y el ordenamiento jurídico com el progreso cultural y cómo a todos arrasta, igualmente, el flujo permanente del tiempo. Ciertamente los tiempos presentes enseñan, perfectamente, que la doctrina de la inmutabilidad del derecho en cuanto ser del deber ser (sein sollen) carece de cualquier realidad (basta pensar em el concepto del estado y em el concepto de propiedad!)”. (DAU-LIN, 1932, p. 68)

Consubstanciada, a primeiro modo, uma breve identificação sobre a constituição, seus significados e a natureza variável do direito, passa-se, nesse momento, à análise do processo de mutação constitucional.

2 O fenômeno da mutação constitucional

O fenômeno das mutações constitucionais começou a ser estudado, mais precisamente, por autores tedescos ligados à Escola Alemã de Direito Público, entre os últimos anos do século XIX e os primeiros do século XX. O termo mutação constitucional teve sua origem com Paul Laband, sendo este jurista alemão o primeiro a diferenciar mutação (*verfassungswandlung*) de reforma constitucional (*verfassungänderung*) em sua obra intitulada de “*Wandlungen der deutschen Reichverfassung*” em 1895. Para o autor alemão, mutação constitucional consistia na mudança do significado, sentido e alcance da Constituição, sem a alteração de seu texto.

Nesse sentido, infere-se destacar o conceito de mutação constitucional de Friedrich Müller:

A mutação constitucional será, assim, imposta por uma modificação produzida no âmbito normativo” (*normbereich*) da norma constitucional, mas será o “programa normativo” (*normprogram*), contido basicamente no texto da norma, que determinará quais traços da realidade estão compreendidos no âmbito normativo e serão aptos a gerar uma mutação constitucional. (MÜLLER apud KUBLISCKAS 2009, p. 73)⁵

Torna-se conveniente ainda ressaltar o processo de restrição do conceito de mutação constitucional, com fundamento nos escritos de Hesse e Müller. Segundo os renomados autores, mutação constitucional deve ser entendida como uma evolução constitucional desde que respeite certos limites respaldados pela ordem constitucional. Diante do exposto, entende-se

⁵ Ou ainda o entendimento de Anna Cândida da Cunha Ferraz: “A mutação constitucional altera o sentido, o significado e o alcance de todo texto constitucional sem violar-lhe a letra e o espírito. [...] Trata-se, pois de uma mudança constitucional que não contraria a Constituição, ou seja, que indireta ou implicitamente, é acolhida pela Lei Maior” (1993, p. 10).

mutação constitucional como o processo informal de modificação gradual no significado, sentido e alcance da Constituição, sem a alteração de sua letra, quer através da interpretação ou da construção de novos costumes, em virtude das transformações sociais que ocorrem no transcorrer do tempo. É a própria transformação do direito frente à evolução dos valores sociais.

O fenômeno mutacional das expressões constitucionais ainda recebe outros títulos. Para Jellinek, são nominadas de mudanças materiais; já para Canotilho, transições constitucionais. Anna Cândida Ferraz preferiu intitulá-las de processos indiretos ou processos informais. Para efeito de estudo deste trabalho, adota-se o termo usado por Paul Laband: “*verfassungswandlung*”, que significa “mutação constitucional”, pois induz às transformações informais da Constituição, parecendo, a primeiro modo, mais completo. De fato, neste ponto, encontra-se o cume diferenciador entre reforma constitucional e mutação constitucional, como pode depreender-se do conceito de George Jellinek:

Por reforma de la Constitución entiendo la modificación de los textos constitucionales producida por acciones voluntarias e intencionadas. Y por mutación de la Constitución, entiendo la modificación que deja indemne su texto sin cambiarlo formalmente que se produce por hechos que no tienen que ir acompañados por la intención, o consciente, de tal mutación. (1991, p. 7)

A reforma constitucional é a mudança do texto constitucional através de ações voluntárias e intencionadas. É a transformação substancial da letra da lei. Enquanto a mutação constitucional não se apresenta como ação intencional, perfazendo-se de forma gradual e sem alterar a letra constitucional.

O fato é que a morosidade dos processos de reforma constitucional, mais precisamente do processo legislativo, torna-se um obstáculo eficaz na possibilidade de mudança formal da Constituição. De certo, esta situação, favorece o surgimento, em escala muito mais avantajada, de mutações constitucionais. Aliás, a reforma constitucional somente deve achar espaço em tempos de crises e instabilidade política e, do mesmo modo, se não houver mais a possibilidade de mutações constitucionais, pois estas garantem

a estabilidade do texto constitucional. Nesse contexto, se as mutações não possuem fundamento no poder constituinte originário, pois não estabelecem nova ordem constitucional, nem no poder constituinte derivado, pois não visam à modificação do texto da constituição, surge a seguinte indagação: qual seria, então, o fundamento da mutação constitucional?

Para Anna Cândida da Cunha Ferraz, o fundamento da mutação constitucional deve ser entendido de duas formas: uma de ordem jurídica, outra de ordem lógica. O processo mutacional seria fundamentado por um Poder Constituinte Difuso, já que tem ligação com o aspecto sociológico da Constituição, possuindo sentido amplo e informal. Sintetizando acerca do fundamento inerente ao processo de mutação constitucional, pode-se destacar o pensamento de Hsü Dau-Lin, que informa ser a estreita relação entre a natureza do Estado e a Realidade Social o fundamento do processo mutacional: “El fundamento último de la mutacion constitucional, estriba, por de pronto, en la naturaleza del estado como realidad vital” (1932, p. 161).

Há ainda a necessidade que se destaque a importância do processo de mutação constitucional em uma dada ordem jurídica, pois, de certa forma, garante que a constituição se atualize perante o transcurso do tempo, atendendo aos anseios sociais e garantindo a força normativa da Constituição, em oposição ao processo rígido e solene de reforma constitucional.

As mutações ainda possuem algumas características que a distinguem da reforma constitucional: informalidade, pluralidade de agentes, distanciamento no tempo, manutenção do texto da norma, sujeição a limites, enquanto a abertura constitucional, o grau de rigidez e a extensão da constituição se colocam como pressupostos. (KUBLICKAS, 2009)

Outro aspecto importante sobre o processo mutacional é o ritmo/frequência com que essas mutações ocorrem. Como são mudanças de fato, estas ocorrem em momentos e situações distintas. De fato esse ritmo pode se apresentar de maneira bem variável, vindo a depender de alguns fatores, como época, lugar, transformações históricas e políticas. Como se apercebeu anteriormente é um processo lento, gradual, que ocorre naturalmente.

O grande cerne da questão, porém, encontra-se em saber equalizar mudança e estabilidade da ordem jurídica. Como uma Constituição é a guardiã

dos preceitos fundamentais da sociedade e da própria estrutura do Estado, deve possuir estabilidade. Por outro lado, não se pode levar à compreensão de que estabilidade é sinônimo de imutabilidade. Pelo contrário, para que uma Constituição possa permanecer estável, é necessário que atenda aos anseios sociais produzidos pela transformação temporal de valores⁶.

Eis o problema central: a conciliação entre documento constitucional escrito e dinamismo normativo. Há uma estreita relação entre direito e sociedade. Ao passo que a sociedade determina o direito através de suas transformações valorativas, o direito traça diretrizes à própria sociedade. O direito está em constante tensão entre permanência e necessidade de mudança. Inegável é a constatação que as transformações do contexto social, político e econômico influenciam o estatuto jurídico constitucional⁷.

Por outro ângulo, a estabilidade constitucional garante tanto a segurança jurídica, como a eficácia e efetividade dos preceitos constitucionais. Isso porque a permanência das normas constitucionais leva a uma maior compreensão, por parte da sociedade, de seu significado e alcance, o que, sem dúvida, gera uma adesão espontânea da população em geral para com o texto constitucional, fenômeno este que Karl Loewenstein chama de “sentimento constitucional”:

Com a expressão “sentimento constitucional” (verfassungsgefühl) é feita menção a um dos fenômenos psico-sociais e sociológicos do existencialismo político mais difíceis de se captar. Este pode ser descrito como aquela consciência da comunidade que, transcendendo a todos os antagonismos e tensões político-partidárias, econômico-sociais, religiosas ou de qualquer outro tipo, promove a

6 “La existência de nuestra historia, el transcurso de nuestro desarrollo cultural, las conexiones del estado com el sistema cultural omnicomprensivo son pruebas evidentes. Precisamente desde los últimos siglos, en los que los grandes avances técnicos han desplazado enormemente las relaciones espaciales y temporales, en las que las concepciones culturales y valorativas de los hombres se transforman com una velocidad mucho más rápida que antes (religiosidad, concepcion del estado, derecho de propiedad), la concepcion estática del estado, la contemplacion del estado como algo fijo, constante que permanece eternamente igual, ya no es posible.” (DAU-LIN, 1932, p. 161)

7 “En nuestras doctrinas sobre las fuentes del Derecho se habla poco de la necessitas, mencionadas por Modestino como poder creador del Derecho. Sin embargo, juega um papel enorme em la vida de las Constituciones. Todos los acontecimientos históricos que conmueven fuera del Derecho, los fundamentos del Estado, suscitan tal necessitas. Las usurpaciones em las que el Derecho y el hecho, aunque tienen que distinguirse estrictamente, se transforman el uno em el outro”. (JELLINEK, 1991, p. 29)

integração entre os detentores e os destinatários do poder no marco de uma ordem comunitária obrigatória, submetendo o processo político aos interesses da comunidade. (LOEWENSTEIN, 1965 apud KUBLISCKAS, 2009, p. 32)

Diante da dinâmica do texto constitucional, as normas são alteradas em seu significado, sentido e alcance, com a finalidade de se adequar a evolução dos valores sociais, da política e, é claro, dos grupos de pressão. A constituição é, ao mesmo tempo, norma e realidade. É preciso, pois, que se entenda que mutação constitucional não é violação da Constituição.

Sobre o caráter dinâmico do Estado, destaca-se Rudolf Smend com sua teoria integrativa do direito. Tal teoria tem como objetivo principal a superação da diferença exorbitante entre norma e fato, enfatizando o dinamismo estatal e constitucional. Smend acredita que o Estado não pode ser entendido como algo estático e defende a integração das diversas manifestações, que vão desde o cunho social até o político, na formação de uma unidade da realidade espiritual. O estado existe através de um processo constante de configuração social, com os olhos voltados, ao mesmo tempo, para o passado e o futuro.

Nem mesmo a rigidez do texto constitucional pode servir como pretexto para a não modificação do sentido das normas constitucionais. Tantos os textos rígidos e flexíveis estão sujeitos a essas modificações que não mudam a letra do texto constitucional. Exemplo disso é a Constituição norte-americana. Apesar de se apresentar extremamente rígida, não impediu que os Estados Unidos fossem considerados o país que mais apresentou mutações constitucionais por meio interpretativo de todo o mundo ocidental.

Há, ainda, no que se refere ao tema mutação constitucional a questão controversa sobre sua classificação. A doutrina não é pacífica quanto ao tema em questão. Uadi Lammêgo Bulos afirma que as mutações constitucionais decorrem tanto da interpretação constitucional, da construção e dos usos e costumes. Anna Cândida da Cunha Ferraz admite apenas as mutações por interpretação e pelos usos e costumes, enquanto Hsü Dau-Lin as divide em quatro tópicos: mutação mediante prática estatal, que não viola a constituição; mutação mediante a impossibilidade de exercer direitos estatuídos na

constituição; constituição mediante prática estatal contrária à constituição e mutação mediante interpretação. O fato é que existem diversas classificações, mas todas são unânimes em certo ponto: mutação por interpretação constitucional.

3 Interpretação constitucional como mecanismo de mutação constitucional

Existem muitas classificações de mutações constitucionais que explicitam diversos tipos de mudanças informais constitucionais, porém, por se entender a interpretação constitucional como um dos mecanismos mais eficazes neste processo mutacional, estudar-se-á, neste momento, este instituto com maior ênfase.

Hesse revela a interpretação constitucional como mecanismo informal de mudança como meio adequado à atualização necessária da Constituição, ligando norma à realidade. De tal forma, a interpretação constitucional só é possível como mecanismo de mutação porque as normas constitucionais são dotadas de alto grau de abstratividade, permitindo ao intérprete invocar sentidos novos aos seus preceitos. Os textos constitucionais são, em geral, dotados de grande generalidade, tratando apenas de conceitos e elementos essenciais, ficando a cargo do intérprete a completude dos seus preceitos⁸. Diante disso, a abertura constitucional à dinâmica social está intrinsecamente ligada ao grau de abstratividade das normas constitucionais, pois a Constituição pode evoluir em sentido, sem que modifique a sua letra e o seu espírito, não caindo em desuso pela comunidade.

A interpretação consiste, pois, na prática de se reconhecer o sentido, alcance e significado das normas constitucionais, aplicando-as a um caso concreto. Como toda a estrutura do Estado está presente no ordenamento constitucional, faz-se necessária a compreensão significativa da Constituição. Deste modo, a interpretação constitucional é influenciada pelas características

⁸ “Convém lembrar que a interpretação constitucional é, nos nossos dias, um dos maiores desafios colocados para o aplicador do direito e um dos campos mais fecundos e prioritários do labor científico dos juristas. O problema da teoria da interpretação constitui, hoje o núcleo central da constituição e, na medida em que o estado contemporâneo é, precisamente, o estado constitucional, o problema da interpretação torna-se também o problema central da teoria do estado e, de certa maneira, da teoria do direito” (BULOS, 1997, p. 94).

políticas de seu tempo, permitindo ao intérprete fazer uso de elementos não vinculados necessariamente ao texto constitucional, como as características econômicas, sociais e políticas da comunidade.

Neste entremeio, ressalta-se a importância da interpretação constitucional como mecanismo de mudança informal da constituição, garantindo-lhe a atualização da própria ordem jurídica constitucional. A interpretação exerce a função de concretização dos preceitos constitucionais, pois é a primeira fase do processo de aplicação de uma dada norma, garantindo a sua força normativa. Além disso, a interpretação torna-se por demais necessária na esfera constitucional, pelo fato de as normas constitucionais serem detentoras de alto grau de abstratividade e generalidade. Aliás, a interpretação constitucional pela própria sociedade também ganha seu destaque na obra de Peter Haberle:

Do ponto de vista teórico - constitucional, a legitimação fundamental das forças pluralistas da sociedade para participar da interpretação constitucional reside no fato de que essas forças representam um pedaço da publicidade e da realidade da Constituição, não podendo ser tomadas como fatos brutos, mas como elementos que se colocam dentro do quadro da constituição (1997, p. 33).

Conclui-se, pois, que o processo interpretativo constitucional pode abrir caminho para uma mutação constitucional. Ademais, não se pode olvidar dos princípios que regem a atividade interpretativa. Como a palavra princípio está associada ao termo início, origem, significa que o intérprete deve estar ciente dos critérios principiológicos que irão nortear, direcionar a atividade interpretativa constitucional, através da busca dos significados mais profundos da atividade legislativa quando da elaboração da norma. Hesse admite que o princípio orienta o intérprete constitucional na atividade de coordenação dos valores a serem desvendados; solucionariam-se, assim, os problemas de interpretação.

Pode-se, então, destacar como princípios da atividade interpretativa: unidade da constituição, harmonização, correção funcional, força normativa da

constituição, eficácia integradora, máxima efetividade, valoração e relevância dos pontos de vista, proporcionalidade e interpretação da constituição conforme a realidade. Não é, entretanto, objeto principal desta pesquisa discorrer sobre cada princípio, mas tão somente destacar a importância dessas diretrizes na condução da interpretação constitucional no processo mutacional da Constituição.

Prosseguindo, faz-se necessário explicitar, ainda que sumariamente, os métodos de interpretação constitucional. Os métodos clássicos da hermenêutica foram deixados por Savigny (alemão do século XIX), são eles: método gramatical, sistemático, histórico, sociológico e finalista. O método gramatical se utiliza da busca pelo sentido literal da norma constitucional, enquanto o método sistemático procura interpretar o todo constitucional para chegar à norma individual. Já o método histórico identifica o processo histórico por qual passou aquela norma, a fim de se chegar a sua interpretação, enquanto o método sociológico procura adaptar a norma à realidade social. O método finalista, por sua vez, busca a finalidade para qual a norma constitucional fora criada. De tal sorte, é bom lembrar que tais métodos são sistematizados; portanto, não são excludentes. Pelo contrário, juntos delimitam o verdadeiro sentido da norma. Além disso, é interessante destacar a existência de métodos modernos, que procuram interpretar as normas constitucionais juntamente com a realidade cambiante da sociedade. São eles: o método tópico científico, o hermenêutico-concretizador, o científico-espiritual e o normativo-estruturante.

Tendo como base os métodos interpretativos, chega-se ao entendimento, também, das diretrizes de interpretação constitucional. Inocêncio Mátiros Coelho cita-as de maneira simples, porém magnífica:

Diretrizes de interpretação: unidade do processo hermenêutico; natureza axiológica do ato interpretativo, natureza integrada do ato interpretativo; limites objetivos do processo hermenêutico; natureza histórico-concreta do ato interpretativo; natureza racional do ato interpretativo; problematismo e razoabilidade do processo hermenêutico; natureza econômica do processo hermenêutico; destinação ética do processo interpretativo e globalidade de sentido do processo hermenêutico (1997, p. 65).

Infere-se, pois, que as diretrizes de interpretação constitucional devem ser um conjunto em estreita relação com a sociedade. Quanto mais pluralista for a sociedade, mais aberto será o conjunto de diretrizes interpretativas. A teoria da interpretação constitucional tem colocado agora a problemática acerca dos sujeitos da interpretação. O jurista Alemão Peter Haberle informa que tanto os órgãos estatais como todas as potências públicas estão vinculados aos processos de interpretação constitucional, tornando-se tarefa extremamente difícil enumerar quem seriam os sujeitos-intérpretes da constituição⁹.

Todo aquele que vive sob o império de uma norma constitucional, destinatário desta, interpreta-a quando da sua aplicação. Portanto, infere-se o processo hermenêutico constitucional como uma mediação entre Estado e sociedade. E apresentam-se como intérpretes, além dos agentes estatais, a opinião pública, o processo político, econômico e social, sem esquecer a interpretação doutrinária que tanto auxilia os agentes estatais na interpretação convencional da constituição. Nas palavras de Haberle: “A interpretação constitucional é, todavia, uma atividade que, potencialmente, diz respeito a todos” (1997, p. 24).

Se entendermos a Constituição como processo público, pode chegar-se à conclusão de que, do mesmo modo que a Constituição pode se perfazer em muitas interpretações, também pode ser interpretada por diversos sujeitos, contribuindo com a unidade da Constituição. Desta forma, torna-se possível que os cidadãos instiguem a prática de mutações constitucionais de várias formas, como na iniciativa popular de projetos legislativos, participação em audiências públicas, manifestações populares, dentre várias outras possibilidades.

Como o texto constitucional está sujeito a diversas interpretações, deve prevalecer aquela em conformidade com a realidade social. A Constituição deve ser tida como a própria realidade constitucional. Nesse contexto, a

9 No processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elemento cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição. A interpretação constitucional tem sido, até agora, conscientemente, coisa de uma sociedade fechada. Dela tomam parte apenas os intérpretes jurídicos, mas os critérios de interpretação constitucional não de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade. (HABERLE, 1997, p.13)

teoria integrativa de Smend ganha sua força total. Rudolf Smend interpreta a Constituição conforme sua essência e seu sentido, desde que este sentido esteja apoiado na realidade cambiante da comunidade. Isso porque as mudanças informais constitucionais são necessárias ao exercício central do objetivo constitucional. Portanto, cabe à interpretação constitucional garantir a funcionalidade das normas constitucionais, aproximando a própria Constituição das demandas sociais, operando concretização constitucional.

Ainda se faz necessário apontar algumas distinções entre interpretação constitucional e interpretação das leis em geral. A maior parte da doutrina defende ser a interpretação constitucional dotada de critérios interpretativos próprios. No entanto, alguns juristas defendem a não existência de interpretações específicas, como é o caso de Uadi Lammêgo Bulos (1997, p.100). Levando em conta a doutrina majoritária, entende-se que a interpretação constitucional possui algumas peculiaridades que a distingue dos outros tipos de interpretação, justamente pelo caráter de superioridade das normas constitucionais e pela sua complexa função semântica, além do caráter político inserto em seu texto.

A própria abstratividade das normas constitucionais admitem interpretações complexas e, por muitas vezes, antagônicas. Por isso, requerem uma técnica específica de interpretação. São, pois, características das normas: generalidade principiológica, alto grau de indeterminação, além de possuírem enunciado vago e de não excluírem a existência das lacunas constitucionais.

Rudolf Smend ainda elenca algumas normas gerais para a interpretação constitucional. Primeiramente trata dos fatos particulares do direito político como elementos inseridos em um contexto e não tidos de forma isolada. As normas da constituição, ainda, estão envolvidas em um processo integrativo, portanto devem ser interpretadas conforme a realidade sem olvidar o seu conteúdo hierárquico dentro da estrutura normativa estatal. E, por fim, a variabilidade das constituições. No processo hermenêutico, deve-se levar em conta que as constituições estão em constantes mudanças informais (mutações), no mesmo ritmo das transformações sociais. O processo de hermenêutica constitucional não assume, pois, um caráter estático.

A interpretação, portanto, é estudada, na atualidade, não apenas como método contemplativo, mas também como verdadeiro método criativo. É o que

se chama de função criadora da interpretação. Frise-se, porém, que o intérprete, por estar autorizado a criar através da extração do significado das normas, poderá ultrapassar ou até mesmo ferir o espírito constitucional. O intérprete, dentro de certos limites, estudados mais a seguir, poderá atuar de forma criativa sobre a norma constitucional. É nesse contexto de interpretação como método criativo do direito que esta assume a figura de método no processo de mutação constitucional. O intérprete, dentro de certos limites estabelecidos pela ordem constitucional, atua, de forma criativa, sobre o significado, alcance e sentido das normas constitucionais.

A interpretação constitucional é tida como um dos processos mais eficazes no processo de mutação constitucional. O método interpretativo não poderá modificar a letra da lei, mas atua como modificador do sentido da norma constitucional. De fato, as mudanças informais das constituições por meio da interpretação constitucional são inegavelmente importantes na compreensão de forma criativa dos enunciados constitucionais.

A interpretação da Constituição como processo de mutação das normas constitucionais é medida necessária à aplicabilidade da própria Constituição. Ao contrário do que ocorre na Reforma Constitucional, a mutação por meio da interpretação constitucional garante a força normativa da Constituição quando, através da evolução dos conceitos constitucionais, não altera a letra constitucional de forma perturbadora e imediata.

Hsü Dau-Lin, ao conceituar mutação constitucional por meio de interpretação, revela que a Constituição está próxima da realidade e, por isso, está sujeita a um número considerável de mudanças informais. Cita, ainda, o caso dos Estados Unidos, onde a interpretação como meio de mutação constitucional acontece frequentemente, devido à rigidez do texto constitucional e ao severo controle de constitucionalidade das normas¹⁰.

Porém, resta a importante indagação: a interpretação constitucional promove ou apenas instiga a uma mutação constitucional? Curioso saber que a interpretação constitucional não consegue, de maneira solitária, realizar

¹⁰ El problema de la interpretacion de la constitucion es capital em la practica y en la teoria del derecho constitucional norteamericano. En ningún otro país del mundo la constitucion se há interpretado tanto como allí, en ningun otro ordenamiento jurídico la interpretacion de la constitucion há jugado un papel tan importante como en los Estados Unidos. (DAU-LIN, 1932, p. 89)

mutação constitucional, mas, sim, deflagrar, ou seja, instigar um processo mutacional, já que este processo é tido como gradual e lento no transcorrer do tempo. Ao criar, inovar nos significados, alcance e sentido das normas constitucionais estará se caminhando para uma futura modificação informal da norma, ao passo que revela a evolução do pensamento constitucional. De tal forma que a interpretação constitucional se justifica na medida em que oferta ao ordenamento constitucional o caminho para sua idealização junto à realidade social transformadora.

Mas de que forma pode-se chegar à mutação constitucional através da interpretação? Uadi Lammêgo Bulos enumera três hipóteses: através das formulações técnico-linguísticas, das antinomias e das lacunas constitucionais. Já Anna Cândida da Cunha Ferraz, explicita de forma mais explicativa tais hipóteses: através do alargamento do texto constitucional, da determinação de sentido do texto, da modificação de interpretação anterior, da transformação da realidade social e, por fim, da integração de lacunas constitucionais. Portanto, através de várias formas, pode-se chegar a um processo de modificação informal da Constituição por meio da interpretação constitucional.

De fato, com já exposto anteriormente, muitos são os sujeitos/intérpretes da Constituição; por isso, o processo de mutação constitucional pode ser realizado de forma orgânica, pelos sujeitos estatais, ou de forma inorgânica, quando a sociedade civil organizada, ainda que indiretamente, atua como elemento de mutação constitucional na influência sobre os intérpretes orgânicos. A mutação por interpretação orgânica é aquela que se realiza por meio dos Poderes públicos: Legislativo, Judiciário e Executivo. A interpretação constitucional legislativa atua como mecanismo de mutação constitucional quando desenvolve a modificação ou regulamentação das leis de aplicação da Constituição. Neste momento, o legislador pode alterar o significado, alcance e sentido das normas, ampliando ou restringindo seu campo de atuação. As mutações legislativas ocorrem com maior frequência na interpretação de normas de eficácia contida e limitada, quando o constituinte deixa a cargo do legislador a integração desses conceitos, bem como sua aplicação.

Já a interpretação constitucional administrativa como meio mutacional dá-se quando há interpretação das normas constitucionais através de atos,

resoluções e outros comandos normativos e visa à aplicação das normas constitucionais, integração e concretização da Constituição. É sem dúvida a atividade interpretativa orgânica mais restrita. Por fim, a atividade de interpretação judicial é um dos processos que mais acentua a existência de mutações constitucionais, devido à repercussão das decisões judiciais e suas características, quais sejam: a obrigatoriedade da interpretação, a sua primariedade, devido ao fato de ocorrer por meio de provocação, e o caráter definitivo sobre a matéria decidida (BULOS, 1997).

O grande cerne da questão, atualmente, é saber até que ponto pode um jurista através da interpretação criar e inovar os preceitos da Constituição. A modificação histórica dos sistemas judiciários gerou grandes transformações quanto ao tema em foco. As constituições atuais são abertas à função concretizadora e criadora do Poder Judiciário e dos Tribunais Constitucionais, com a finalidade de se chegar à máxima efetividade das normas constitucionais através de sua relação com a realidade social na prática interpretativa desses órgãos. Nesse sentido, cada vez mais a interpretação judicial tem tomado lugar nas discussões constitucionais acerca da mutabilidade dos preceitos constitucionais, configurando-se como mecanismo importantíssimo na evolução constitucional.

Portanto, a mutação constitucional por interpretação, em todas as suas formas, constitui um meio grandioso de atualização da Constituição frente às transformações sociais. Porém é inegável afirmar que tais interpretações podem ocasionar certos riscos à ordem constitucional, quando, ao invés de integrar a Constituição à realidade, leva-a a sua total desestabilidade, promovendo verdadeiras mutações inconstitucionais. Por isso, a necessidade de limitação desse poder modificador constitucional.

Primeiramente, as mudanças informais da Constituição não podem alterar a lei nem sua identidade; espírito constitucional. O intérprete, portanto, não poderá ir além da letra da lei quando da realização de sua atividade interpretativa. Em linha contrária à existência de limites está Paul Laband, Jellinek e Uadi Bulos. Este último autor, na mesma linha de seus antecessores, afirma não haver limites às mutações constitucionais, por se tratarem de mudanças que surgem espontaneamente, havendo somente limitações de cunho subjetivo,

ou seja, a consciência do intérprete de não violar a letra constitucional. Afirma ainda que o único controle que possa existir é de natureza não organizada, exercido pelos chamados grupos de pressão, opinião pública entre outros. Porém é com Konrad Hesse que a ideia sobre a existência de limites ganha mais enfoque. Ele também se preocupa com a questão de imposição de limites às mutações constitucionais, inferindo que estas devem estar limitadas pelas normas constitucionais escritas, pois não pode haver evolução constitucional contra o espírito da Constituição. Portanto, toda mutação que for contrária à Constituição escrita, deverá ser tida como inconstitucional.

Indubitável que sejam reconhecidos limites ao poder mutacional; mesmo que haja dificuldades em encontrá-los, ou em até mesmo sistematizá-los, não se pode desconsiderá-los em razão da necessidade de adequação da interpretação com a realidade constitucional e social. Além dos limites de ordem subjetiva, necessária se faz a exposição dos limites de ordem objetiva, como a obediência à letra da lei, a racionalidade, a fundamentação e a legitimidade social. (KUBISCKAS, 2009). Admitir a não existência de limites às mutações constitucionais seria leviano, ao ponto de colocar em risco a força normativa da Constituição e a estabilidade constitucional. Poderia estar em risco a própria segurança jurídica.

A utilização do devido processo legal e da legitimação social impedem que a atividade hermenêutica possa levar a uma interpretação exacerbada, até mesmo, falaciosas. O processo de mutação da Constituição através de interpretação constitucional não pode ser reduzido a interpretações voluntárias, pois exerce grande importância no estreitamento de relações entre Constituição e sociedade, por meio das evoluções sociais e, ao mesmo tempo, constitucionais.

Considerações finais

As Constituições, independente se rígidas ou flexíveis, estão sujeitas a constantes mudanças para que garantam a dinamicidade do direito frente às transformações fáticas sociais. Isto posto, não se faz possível a existência de uma Constituição imutável frente aos anseios sociais. Daí entender-se Constituição como organismo vivo de inteligência e aprimoramento do alcance, significado

e sentido das normas constitucionais, pois estas devem aderir às exigências sociais, políticas e econômicas tanto do Estado como da comunidade.

De fato, o caráter dinâmico da ordem constitucional leva a uma nova estrutura da realidade das normas. E, para tanto, sem que se recorram aos processos de mudança formal da constituição, por sua própria morosidade e aspectos rígidos de modificação, surge a figura da mutação constitucional. O fenômeno mutacional das normas constitucionais é revelado como o processo de modificação do sentido, alcance e significado da Constituição sem a alteração do seu texto. E como as normas constitucionais possuem maior grau de abstratividade e generalidade em relação às outras leis, estas possuem enunciados abertos e indeterminados, carregados de preceitos axiológicos, o que favorece, fundamentalmente, a aparição de mutações em seu sentido, seja para interpretá-las, determiná-las ou integrá-las.

O ponto-chave da questão reside no fato de se conciliar estabilidade, rigidez constitucional e mudança. Percebe-se, pois, que, ao mesmo tempo em que se transforma a realidade constitucional adequando-a às transformações sociais, garante-se a estabilidade do texto, pois há maior aderência da comunidade aos preceitos constitucionais. E se a constituição, como organismo vivo que é, deve atender aos anseios da comunidade à qual serve, é imprescindível que obtenha aderência popular por meio de legitimação social. Nem a rigidez do texto constitucional impede a aparição de mutações. Pelo contrário, quanto mais rígido for o texto, mas se encontrarão mecanismos informais de mudança, já que as exigências formais se apresentam em quantidade significativa.

Assim, uma espécie de mutação merece destaque: a interpretação constitucional. Grande é a importância dessa espécie de mutação, devido ao caráter geral e abstrato das normas constitucionais, que dependem, direta ou indiretamente, da interpretação criativa e construtiva de seus significados, sentidos e alcances. A via interpretativa como meio mutacional favorece a conexão da realidade constitucional com a realidade social.

Resta ainda informar que de nenhuma forma se quer dizer que os meios interpretativos vinculam de maneira obrigatória os preceitos constitucionais às transformações sociais. A realidade não se impõe ao texto constitucional. O ponto-chave é entender que estas devem viver em perfeita comunhão. Por fim,

a necessidade de imposição de limites às mutações constitucionais torna-se por demais importante, vez que garantem a estabilidade, evitando interpretações levianas e mutações inconstitucionais que não se coadunam com o interesse geral e o espírito constitucional.

Referências Bibliográficas

BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre, 1997.

DAU-LIN, Hsü. **Mutación de la Constitución**. Berlin und Leipzig: Walter de Gruyter & Co, 1932. (tradução de Pablo Lucas Verdu e Christian Forster)

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Processos Informais de mudança da constituição**. São Paulo: Max Limonad, 1993.

HABERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. **A sociedade aberta dos intérpretes da constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997. (Tradução Gilmar Ferreira Mendes)

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. (tradução de Gilmar ferreira Mendes)

_____. **Escritos de Derecho Constitucional**. Madrid; Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

JELLINEK, G. **Reforma y mutación de la Constitución**. Madrid: Centro de estudios contitucionales, 1991. (tradução de Christian Forster)

KUBLISCKAS, Wellington Márcio. **Emendas e mutações constitucionais**: análise dos mecanismos de alteração formal e informal da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Atlas, 2009.

LASSALE, Ferdinand. 1998. **A essência da Constituição**. Rio de Janeiro: Liber Júris.

LOEWENSTEIN, Karl apud KUBLISCKAS, Wellington Márcio. **Emendas e mutações constitucionais**: análise dos mecanismos de alteração formal e informal da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Atlas, 2009.

MÜLLER, Friedrich apud KUBLISCKAS, Wellington Márcio. **Emendas e mutações constitucionais**: análise dos mecanismos de alteração formal e informal da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Atlas, 2009.

Requisitos de aplicação do princípio da proteção da confiança

Arthur Sombra Sales Campos¹

Resumo: Discute-se neste trabalho o princípio da proteção da confiança, um importante instrumento de proteção de expectativas legítimas dos cidadãos diante de alterações de comportamento estatal que não respeitem o planejamento feito pelos particulares de acordo com a orientação anteriormente adotada pelo Poder Público. Inicialmente, analisa-se brevemente o histórico e os fundamentos do princípio. Em seguida, examinam-se os requisitos para seu emprego em casos concretos, com o propósito de delimitar objetivamente o âmbito de sua incidência, racionalizando e restringindo a sua aplicação. Por fim, analisa-se brevemente o limite à aplicação do princípio da proteção da confiança imposto pela reserva do possível.

Palavras-chave: Segurança jurídica; Expectativas legítimas; Proteção da confiança.

¹ Graduado em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Advogado.

Este artigo foi construído a partir do trabalho de conclusão de curso “Mecanismos de proteção das expectativas legítimas no caso da rescisão da coisa julgada material”, apresentado na Universidade Federal da Bahia em 2012, sob a orientação do Professor Doutor Fredie Didier Jr.

Introdução

As atividades humanas dependem de certa medida de segurança e estabilidade. Em que pese seja impossível esperar certezas absolutas em toda atividade que se empreende, a completa incerteza, por outro lado, impede a atuação dos sujeitos.

Por essa razão, as normas que compõem o ordenamento jurídico tentam garantir a segurança e previsibilidade das relações jurídicas. No âmbito do Direito Público, essa assertiva é particularmente verdadeira, tendo em vista o princípio da legalidade que conforma a atuação do Estado em relação aos particulares.

Todavia, não se deve impedir o avanço, a mudança e as alterações na forma de agir do Poder Público. A atuação estatal deve adaptar-se às constantes modificações da sociedade contemporânea. Da mesma maneira que se busca a estabilidade e previsibilidade, não se deseja um engessamento da atuação estatal.

O Estado deve avançar, mas, ao mesmo tempo, as necessárias modificações não podem prejudicar totalmente os particulares que atuaram de acordo com as orientações estatais anteriormente adotadas. Compatibilizar esses objetivos de estabilidade e avanço, aparentemente em conflito, significa impor ao Estado um dever de mudança suave, de alterações racionais de seus posicionamentos, sempre resguardando as expectativas geradas nos particulares pela atuação estatal.

Buscando dar efetividade a esse ideal de mudanças gradativas e suaves, surgiu no seio da jurisprudência alemã o princípio da proteção da confiança. Aplicado nas relações de Direito Público, o princípio busca resguardar o cidadão lesado por alterações na conduta estatal, defendendo as suas expectativas legítimas, criadas em virtude de uma prévia atuação estatal (ARAÚJO, 2009, p. 24-25).

Por meio da aplicação deste princípio, pretende-se proteger o cidadão,

que, confiando em um ato do Estado, planeja-se de acordo com essa atuação estatal, sendo posteriormente surpreendido com a revogação ou alteração daquele ato, sua base de confiança. Nessas hipóteses, protege-se a expectativa que tinha o sujeito com a continuidade daquele ato, mantendo a eficácia do ato revogado por algum tempo, de modo a não prejudicar o planejamento feito pelo particular, ou então criando uma regra de transição entre o regramento anterior, em que se fiava o sujeito e a nova orientação estatal, adotando uma posição intermediária para aquele caso concreto e conciliando os interesses de permanência e mudança.

Neste estudo, pretende-se realizar uma breve exposição sobre o princípio, concentrando a análise nos seus requisitos de aplicação prática, de modo a delimitar seu âmbito de incidência.

1 Origem do instituto

A feição moderna do princípio da proteção da confiança teve sua origem a partir da segunda metade do século XX, sendo construído pela jurisprudência alemã como forma de solucionar diversas situações de quebra de confiança legítima dos cidadãos em relação ao Estado. Inicialmente, contra condutas desleais do Estado, os tribunais alemães passaram a aplicar o dever de lealdade imposto pela boa-fé objetiva, estendendo a aplicação do princípio ao Direito Público (ARAÚJO, 2009, p. 22-25).

A partir desse marco, a posição dos tribunais avançou para delinear e conferir autonomia ao princípio da proteção da confiança, inicialmente empregado como meio para proteger a iniciativa privada de mudanças no planejamento econômico e para impedir a retroatividade de determinados efeitos oriundos da anulação de atos administrativos ilegais que haviam gerado benefícios aos particulares. Rapidamente o âmbito de incidência do princípio se expandiu, alcançando as mais diversas formas de atuação estatal que pudessem atingir os particulares e neles gerar expectativas.

A evolução do instituto culminou na Lei de Processo Administrativo

Federal da Alemanha de 1976, que, em seu §48, regulou o modo de proceder no desfazimento de atos administrativos, reservando os incisos II e III para tutelar a forma de proteção da confiança do particular no caso de anulação de ato que lhe garantia efeitos favoráveis. O dispositivo foi um marco, por ter positivado enunciado normativo que visa a garantir eficiência ao princípio da proteção da confiança, uma vez que estipula prazos para a anulação de atos administrativos inválidos que confirmam benefícios aos particulares (ARAÚJO, 2009, p. 27-28)².

Em que pese não seja desconhecido pela doutrina brasileira, aqui poucos estudos doutrinários se desenvolveram sobre o tema³. Nos tribunais, sua aplicação é bastante incomum, em razão da tradicional visão dicotômica entre direitos adquiridos e “meras” expectativas de direitos⁴.

2 Fundamento legal do princípio da proteção da confiança

Muito se discute sobre qual seria o fundamento do princípio da proteção da confiança, de onde poderia ser extraído. Existem basicamente duas correntes a respeito do tema: a primeira, que tenta fundamentar o mencionado princípio na boa-fé objetiva; e a segunda corrente, que o entende como sendo derivado de institutos de Direito Público, como o Estado de Direito ou a segurança jurídica.

A primeira corrente entende que o princípio da proteção da confiança imporia ao Estado comportamento segundo a boa-fé objetiva, de modo que seria dela derivada. O Poder Público deveria atuar em conformidade com

2 Deve-se registrar que o atual art. 54 da Lei 9.784 de 1999, que estipula prazo decadencial de 5 anos para a anulação de atos administrativos de efeitos favoráveis ao particular, inspira-se neste dispositivo da legislação alemã (ARAÚJO, 2009, p. 27).

3 Cumpre destacar o pioneiro artigo publicado pelo Professor Almiro do Couto e Silva, que já em 1987 discutiu a matéria. O referido trabalho é citado nesse estudo em sua versão mais atualizada.

4 Anote-se que Luís Roberto Barroso, em parecer sobre o tema, traz diversos julgados em que os tribunais pátrios preservaram a confiança legítima dos particulares, ainda que tenham fundamentado suas decisões com base na segurança jurídica ou boa-fé objetiva (BARROSO, 2006, p. 267-269).

seu comportamento anterior ou ao menos respeitar atos que, com base nele, tivessem sido praticados quando surgisse o interesse em alterá-lo, numa aplicação do princípio do *venire contra factum proprium* no Direito Público (MODESTO, 2002, p. 7-10). Aqueles que se filiam a essa corrente extraem esse dever de obediência à boa-fé objetiva do princípio da moralidade, descrito no art. 37, *caput*, da Constituição da República (GIACOMUZZI, 2005, p. 382).

A segunda corrente extrai o princípio da proteção da confiança do Estado de Direito, ou da segurança jurídica, ou ainda de uma cadeia entre esses princípios. Destaca-se nesta corrente o pioneiro Almiro do Couto e Silva, para quem o princípio da proteção da confiança seria a natureza subjetiva da segurança jurídica (SILVA, 2005, p. 3-4). Neste ponto, o jurista é seguido diversos doutrinadores, como Humberto Ávila, para quem o princípio da proteção da confiança “*uma aplicação ‘subjetivada’ do princípio da segurança jurídica*” (ÁVILA, 2009, p. 396).

Valter Shuenquener de Araújo também entende que a proteção da confiança deriva da segurança jurídica e do Estado de Direito. Contudo, alerta que, desde que se considere o princípio da proteção da confiança como apto a defender as expectativas legítimas dos cidadãos, perde importância a questão do seu fundamento. A real preocupação do operador do direito que pretenda aplicar a proteção da confiança deve ser a efetivação do princípio. Quanto ao fundamento, é importante apenas que se assegure estatura constitucional ao princípio, vez que a sua aplicação frequentemente implica tensão com outras normas da Carta Magna (ARAÚJO, 2009, p. 56-57)⁵.

3 A tradicional dicotomia entre direitos adquiridos e expectativas de direitos

No direito brasileiro, a doutrina e jurisprudência costumam tentar

⁵ Por fim, vale mencionar que o Supremo Tribunal Federal decidiu que tanto a segurança jurídica quanto a proteção da confiança encontram fundamento no Estado de Direito em nosso ordenamento jurídico (MC na Questão de Ordem na Petição n. 2.900-RS e o relatório para acórdão no Mandado de Segurança n. 24.268-MG).

resolver os conflitos envolvendo posições jurídicas alcançadas pelos particulares com base na visão dicotômica que separa direitos adquiridos de expectativas de direitos. O direito adquirido mereceria tutela por possuir guarida constitucional (art. 5º, XXXVI da Constituição da República), enquanto as “meras” expectativas de direito não deveriam receber tutela, por não ter o direito em si se incorporado ao patrimônio do particular.

O direito adquirido é aquele cujos pressupostos para aquisição já foram plenamente cumpridos, de modo que já se integrou ao patrimônio jurídico do sujeito. A expectativa de direito, por outro lado, é um direito em vias de aquisição (ARAÚJO, 2009, p. 68). Nesse caso, o direito ainda não se englobou ao patrimônio jurídico do particular, pois seus pressupostos aquisitivos ainda não se configuraram integralmente.

Apesar da persistência dessa dicotomia, na prática observa-se a sua incapacidade de solucionar de maneira justa e razoável os diversos problemas de direito intertemporal surgidos em casos concretos. Isso porque as expectativas de direito são agrupadas sem qualquer critério, criando uma vasta categoria que considera como se fossem a mesma coisa a mera esperança de aquisição de um direito, desprovida de fundamentos sólidos, e situações praticamente consumadas, quase iguais aos direitos adquiridos.

Para ilustrar as iniquidades que podem surgir ao tentar tutelar as posições estabilizadas exclusivamente com base no direito adquirido, ignorando as expectativas legítimas de direitos, vale utilizar um exemplo⁶.

Imaginemos que uma emenda constitucional promova uma reforma no sistema previdenciário dos servidores públicos, nos moldes daquelas promovidas pelas emendas n. 20 e n. 41, implicando em redução significativa dos proventos que serão recebidos pelos aposentados. Todavia, nessa emenda hipotética, não se criou uma regra de transição com um regramento intermediário entre o antigo e o novo regime, ao contrário das emendas reais mencionadas.

6 O exemplo trazido é inspirado naquele trazido por Válder Shuenquener de Araújo (ARAÚJO, 2009, p. 71-72).

Neste caso, o servidor que preencheu as condições para se aposentar um dia antes da entrada em vigor da emenda não será afetado pela reforma, por já ter o direito adquirido à aposentadoria pelo regramento anterior. Todavia, outro servidor a quem faltava apenas um dia para adquirir o direito de se aposentar seria prejudicado, aplicando-lhe o regramento novo, sem qualquer ressalva. Pensemos ainda em um terceiro servidor, ingressado no serviço público poucos meses antes da entrada em vigor do novo regramento, que a ele se aplicará. A injustiça em tutelar esse caso exclusivamente com base no direito adquirido é evidente. Segundo essa perspectiva, tanto o segundo como o terceiro servidor teriam apenas “meras” expectativas de direitos, igualando em tratamento jurídico situações absolutamente diversas, ignorando as particularidades que distinguem os casos.

Nesse ponto, vale destacar que a segurança jurídica pretende proteger a confiança do particular no Estado, em um sentido amplo. E a confiança do particular não está tutelada apenas na hipótese de que os direitos já incorporados ao seu patrimônio jurídico são respeitados. No exemplo dado, o segundo servidor, que durante toda a sua vida laboral contava com receber certo valor de proventos, verá seus planos ruírem em razão de uma alteração abrupta do ordenamento. Indubitavelmente, a segurança jurídica estaria severamente atacada por essa desarrazoada reforma.

O exemplo proposto demonstra que perceber essa segurança jurídica apenas como garantia de direitos adquiridos é conferir-lhe uma abrangência demasiado restrita. Busca-se demonstrar que a divisão das situações entre direitos adquiridos e meras expectativas de direitos é insuficiente e deve ser superada. Entende Valter Shuenquener de Araújo que a solução ideal exigiria uma ponderação entre os princípios em conflito, de modo que os diferentes graus de confiança dos particulares receberiam tratamento diferenciado, de acordo com suas particularidades (ARAÚJO, 2009, p. 81).

Assim, desponta o princípio da proteção da confiança como forma de assegurar uma passagem suave entre os comportamentos estatais contrapostos. No exemplo, não se exige necessariamente que se estenda

o regime anterior a todos os servidores em vias de se aposentar. Todavia, impõe-se a adoção em seu favor de regras de transição entre o regime jurídico anterior e o novo, assegurando àqueles servidores próximos à aposentadoria um regime intermediário.

Ressalte-se que, embora seja certo que deva haver uma proteção das expectativas de direito legítimas dos particulares, não se pode exigir que elas sejam preservadas com a mesma intensidade que os direitos adquiridos. Neste sentido, Luís Roberto Barroso alerta que, malgrado deva haver uma proteção às expectativas, estas não devem ser resguardadas com a mesma força que os direitos adquiridos. Contudo, deve ser garantido o direito a uma transição razoável (BARROSO, 2006, p. 278).

Deste modo, verifica-se que, no âmbito da proteção das posições jurídicas estabilizadas em decorrência de atos do Estado, o princípio da segurança jurídica apenas se torna devidamente tutelado, recebendo a efetividade que merece, com a proteção das expectativas legítimas dos particulares, sendo insuficiente para tanto a proteção do direito adquirido. Para esta finalidade, é fundamental o princípio da proteção da confiança.

4 Função jurídica do princípio da proteção da confiança

Analisando a questão do ponto de vista do indivíduo, o propósito do princípio da proteção da confiança é garantir a defesa de posições jurídicas consolidadas em razão de um prévio comportamento estatal, que esteja sob ameaça de um novo ato do Estado, em desconformidade com o antes praticado. Busca-se a proteção de situações não resguardadas pelo direito adquirido, mas ainda assim merecedoras de tutela.

Nesse viés, o princípio gera ao particular um direito de reação em face da atuação do Estado, que contradiz o seu posicionamento anteriormente adotado. Vendo a sua expectativa legítima violada, o sujeito tem direito a reagir, e sua expectativa deverá ser preservada. No dizer de Humberto Ávila (2009, p. 390), o princípio da proteção da confiança é um “*instrumento de*

defesa de direitos individuais”.

Ademais, além dessa perspectiva individual, é de se ressaltar que, ao proteger a confiança dos indivíduos nos seus atos, o Estado está também garantindo a racionalidade das mudanças promovidas, com transições suaves que permitem uma adaptação mais tranquila pela sociedade.

As regras de transição, por exemplo, mecanismo constantemente utilizado como concretização da proteção da confiança, servem como “pontes” entre os atos estatais, mitigando a frustração da expectativa daqueles que pautavam sua atuação no ato modificado. Assim, assegura-se, ao mesmo tempo, o desejo de mudança do Estado e a estabilidade e previsibilidade almejadas pelo particular.

5 Condições para aplicação do princípio da proteção da confiança

Analisados os aspectos introdutórios sobre o princípio, resta estudar as condições necessárias para sua aplicação a casos concretos.

Uma boa compreensão desses requisitos de aplicação é essencial para assegurar uma correta aplicação do princípio. Com efeito, não se deve olvidar que, protegendo as expectativas dos indivíduos, busca-se harmonizar mudança e estabilidade. Assim, caso se promova uma aplicação pouco criteriosa do princípio, a atuação do Estado ver-se-á seriamente restringida. Por outro lado, restringir demais a sua aplicação é o mesmo que simplesmente negar-lhe efetividade. Impõe-se, assim, a fixação de parâmetros claros e restritos para aplicação do princípio, delimitando seu âmbito de incidência.

5.1 A base da confiança

O primeiro requisito de aplicação do princípio em exame é a base da confiança, que é, em síntese, o ato ou omissão do Estado que traduza uma manifestação de vontade real do ente público e que seja apto a gerar uma

expectativa legítima. Deve ser um comportamento estatal objetivo para que possa gerar nos particulares uma expectativa legítima, uma manifestação de vontade estatal dotada de um grau razoável de confiabilidade (BARROSO, 2006, p. 278).

Por exemplo, não se pode dizer que um discurso do chefe do Executivo é uma base sólida de confiança, mas uma lei ou um decreto certamente o são.

Deve-se esclarecer que a interpretação quanto ao que seria base de confiança deve ser ampla. Atos do Legislativo, como leis, do Executivo, como regulamentos ou atos concretos que confirmam benefícios ao particular, ou até mesmo do Judiciário⁷ podem ser base de confiança.

Comportamentos reiterados da Administração podem ser considerados base de confiança, visto que os particulares, observando a prática reiterada de atos num determinado padrão, tendem a entender ser correto aquele proceder, mormente em vista da presunção de legalidade dos atos administrativos. Em determinadas situações específicas, mesmo a omissão do Estado pode ser considerada base de confiança, mormente quando reiterada (ARAÚJO, 2009, p. 85).

Segundo Humberto Ávila, parte da doutrina estrangeira acredita que a aptidão de um ato de servir como base da confiança deve partir de uma análise dos seus requisitos objetivos, como a validade. Diferentemente, Ávila defende que, para considerar um ato base de confiança, deve-se realizar um exame sempre casuístico, e não *a priori*. Para ele, o que caracteriza a base da confiança é a sua *“aptidão para servir de fundamento para o exercício de direitos de liberdade e de propriedade e não os requisitos objetivos que ela possua”* (ÁVILA, 2009, p. 398-404).

Assim, na análise da base de confiança, o fundamental não é analisar

⁷ Sobre o tema, é indispensável a leitura de parecer elaborado por Luís Roberto Barroso, referência deste trabalho, em que examina a possibilidade da orientação jurisprudencial servir como base de confiança.

se a base é válida, de conteúdo claro ou positivo. O importante seria verificar se a base, embora inválida, obscura ou negativa, causou efeitos significativos nos direitos e princípios fundamentais. Uma base de confiança que, apesar de inválida, tenha feito o particular praticar diversos atos com lastro nela, realizando gastos e ações irreversíveis, reclamaria proteção dos direitos fundamentais de liberdade e propriedade, por exemplo.

Assim, não se pode excluir, *a priori*, a aplicação da proteção da confiança a atos administrativos inválidos. A ilicitude da base da confiança não deve ser fator excludente da proteção da confiança, mas, sim, um “*elemento da ponderação entre as razões para proteger e as razões para negar a proteção da confiança*” (ÁVILA, 2009, p. 413). Assim, o juízo quanto à aplicação do princípio ao ato inválido é *a posteriori*, ponderando uma série de fatores para se aferir se, no caso concreto, a confiança merece ou não proteção, apesar da nulidade do ato. Com efeito, deve-se lembrar que a aparência de regularidade de um ato inválido pode gerar tanta confiança quanto um ato válido, especialmente em face da presunção de legalidade dos atos administrativos, e tanto o ato estatal válido como o nulo geram reflexos no plano de eficácia que não podem ser simplesmente desconsiderados pelo Estado (ÁVILA, 2009, p. 413).

Mesmo as normas inconstitucionais podem servir de base de confiança. Existe uma presunção de constitucionalidade em favor das leis aprovadas pelo Poder Legislativo que justifica que, na maioria das vezes, os particulares possam nelas confiar até o momento em que sejam reputadas inconstitucionais. Registre-se que, como se presume a compatibilidade da norma legal com o texto constitucional, a obediência a seus comandos é imperativa até a sua decretação judicial de inconstitucionalidade.

Inclusive, Almiro do Couto e Silva defende que, se o ato administrativo baseado em lei inconstitucional não for mais passível de revisão, não será afetado pela decretação de inconstitucionalidade do dispositivo legal de onde extraía fundamento. O fim da possibilidade de revisão do ato sedimentaria a confiança do particular em sua manutenção de forma definitiva,

impossibilitando uma desconstituição, que, apesar de atender ao princípio da legalidade, ofenderia a segurança jurídica e o princípio da proteção da confiança (SILVA, 2005, p. 46)⁸.

Ainda quanto à base de confiança, entende Valter Shuenquener de Araújo que seria fundamental que o ato fosse claro ao demonstrar a manifestação de vontade do Estado (ARAÚJO, 2009, p. 85-89). Se o ato é obscuro, não estaria claramente definida a orientação estatal, de modo que isso prejudicaria a sua aptidão para embasar expectativas legítimas.

Diversamente, Humberto Ávila defende que a obscuridade manifestação estatal não pode representar óbice automático para a utilização do ato impreciso como base de confiança. Para o autor, não admitir em nenhuma hipótese a utilização dos atos obscuros como base da confiança seria solução incompatível com o princípio da segurança jurídica e com a moralidade administrativa (ÁVILA, 2009, p. 410-411).

A inconciliabilidade com a segurança jurídica ocorre porque, ao ignorar a confiança depositada no ato obscuro, é gerado um estado maior de insegurança para os particulares. Afinal, o cidadão deve orientar-se de acordo com os pronunciamentos estatais, obscuros ou não. Então, supondo-se que um sujeito, diante de um ato do Poder Público de termos imprecisos, resolva adotar uma das interpretações possíveis daquele ato, confiando que aquele é seu o correto sentido. Caso não seja a sua confiança naquele entendimento possível preservada, será apenado justamente por ter seguido a orientação estatal que considerava correta. Ou seja, será tratado da mesma maneira que o sujeito que simplesmente desconsiderou o ato estatal obscuro. Ensina Ávila que o resultado disso será um desestímulo à obediência de normas com algum grau de indeterminação, causando uma afronta maior à segurança jurídica do que a que seria causada pelo simples respeito às expectativas legítimas do cidadão (ÁVILA, 2009, p. 410-411).

⁸ Esse entendimento foi albergado pelo Ministro Gilmar Mendes do Supremo Tribunal Federal, que relatou o Recurso Extraordinário n. 466.546-RJ.

Também a moralidade administrativa seria violada. Afinal, é dever do Poder Público a edição de atos claros e precisos, com conteúdos facilmente apreensíveis pelos particulares, de modo que estes possam, da maneira mais simples possível, concluir quais obrigações e direitos dali se originam. A obscuridade, pois, decorre de um descumprimento desse dever estatal. Assim sendo, ao desconsiderar de maneira automática o ato obscuro como base da confiança, o Estado seria beneficiado pelo descumprimento de seu dever de clareza. Criar-se-ia um estímulo para que o Estado se pronunciasse de maneira imprecisa, visto que posteriormente não teria que resguardar a confiança daqueles que se orientaram de acordo com uma interpretação razoável do ato não adotada pela Administração (MEDAUAR, 2005, p. 115).

Dessa forma, parece acertada a ponderação feita por Humberto Ávila. Vale ressaltar, todavia, que o jurista leciona que a obscuridade do ato não pode *automaticamente* fazer com que a base da confiança seja desconsiderada. Num exame casuístico, contudo, pode-se concluir que a imprecisão dos termos da manifestação estatal é suficiente para que impeça que ela sirva como base de confiança. Entretanto, a análise da possibilidade ou não de utilização de um ato específico deve partir necessariamente de uma verificação das circunstâncias do caso concreto.

5.2 A existência de confiança no plano subjetivo

Uma importante condição que deve estar preenchida para emprego do princípio da proteção da confiança é a existência real de confiança do particular naquele ato estatal. O sujeito deve ter de fato depositado confiança na manutenção daquela manifestação do Estado, para que possa ser aplicado o princípio, devendo haver a comprovação de que se confiou na continuidade daquele ato.

O desconhecimento da existência do ato, portanto, afasta de plano a possibilidade de emprego do princípio ora tratado. Vale dizer que a presunção de conhecimento do ato em razão de sua publicação na imprensa oficial jamais pode servir isoladamente para justificar o emprego do princípio.

Veja-se que o que se exige não é o simples conhecimento da manifestação do Estado, mas também a confiança na manutenção do ato e das suas consequências benéficas.

Por outro lado, não se exige que se tenha certeza da inalterabilidade da posição jurídica estabilizada. Com efeito, segundo Valter Shuenquener de Araújo, *“confiança não existe quando há desconhecimento total e nem diante de uma certeza absoluta. É no meio-termo que ela se situa”* (ARAÚJO, 2009, p. 90).

Quando a base de confiança for um ato inválido, é importante que o particular desconheça o vício que o macula. Afinal, em princípio, não poderia o particular confiar na continuidade de um ato estatal que sabia ser inválido ou oriundo de fraude.

Por óbvio, caso o vício do ato derive de alguma forma da atuação do sujeito, este não poderá invocar o princípio da proteção da confiança em seu benefício. Se ele sabia que estava causando a invalidade do ato, está caracterizada a sua má-fé, de modo que não merece tutela.

Registre-se que, caso o desconhecimento do vício seja atribuível à negligência do particular, este não poderá demandar o emprego do princípio da proteção da confiança. Aquele que falta com seu dever geral de cautela equipara-se ao sujeito que tinha conhecimento do vício que maculava o ato (ARAÚJO, 2009, p. 91).

A existência de confiança no plano subjetivo deve partir de uma análise acerca da confiabilidade da atuação do Estado. Deve-se questionar a plausibilidade da confiança depositada pelo particular, interrogando se é razoável que daquele ato se extraiam expectativas legítimas. Para tanto, deve ser realizado um exame de certos aspectos referentes ao ato.

O tempo em que perdurou, por exemplo, pode certamente causar no particular a impressão de que ele se manterá vigente no ordenamento.

Quando a confiança for depositada em um ato inválido, a gravidade do vício pode também indicar a razoabilidade da confiança do particular. Por fim, a previsibilidade da alteração daquela manifestação estatal deve ser levada em conta.

A permanência da vigência do ato por um largo período de tempo certamente causa nos particulares a expectativa de sua continuidade. E isso tem grande importância, uma vez que os particulares formulam planos para o futuro a partir da análise da realidade jurídica vigente, esperando a sua manutenção. Quanto mais tempo perdura a vigência do ato estável, mais ações dos particulares são realizadas com lastro naquele ato, sedimentando-se nos sujeitos uma sensação de continuidade. Quanto mais a alteração estatal for comprometer os planos de longo prazo do particular, maior deve ser a racionalidade para revisão do ato anterior (CABRAL, 2011, p. 510).

Vale registrar, contudo, que, malgrado o tempo em que o ato permaneceu valendo tenha relevância para aferir a confiança do particular, um dilatado período de vigência não é absolutamente necessário para a comprovação de que surgiram expectativas legítimas. Com efeito, em determinados casos, o ato é dotado de tamanha confiabilidade que, mesmo que permaneça vigendo por um período relativamente curto, é razoável considerar que uma expectativa legítima possa ter dele surgido.

A respeito disso, Humberto Ávila destaca que a relação entre a força da base da confiança e o tempo é inversamente proporcional: quanto mais longo for o tempo de vigência do ato, menos força se exigirá da base da confiança; por outro lado, quando o tempo de eficácia do ato do Estado for curto, a base da confiança deve ser mais robusta (ÁVILA, 2009, p. 417). Determinados atos, em razão de sua intensidade e presumida certeza, criam expectativas muito firmes entre as partes, mesmo quando praticados por curto período de tempo. Outros atos, em razão de sua natureza tênue ou ambígua, apenas podem gerar expectativas legítimas, caso acompanhados do fator temporal⁹.

⁹ Neste sentido, Luís Roberto Barroso que entende que o tempo em que o ato perdurou vigente é um fator relevante para aferir a plausibilidade da confiança do particular, mas concorda com Ávila ao sustentar que tal critério não é

A solidez da confiança do particular também deve ser analisada partindo de um exame da previsibilidade da alteração daquele comportamento estatal. Efetivamente, a possibilidade de alteração de determinados atos do Estado é natural à sua própria sistemática, sendo plenamente possível para o particular prever esta modificação. Decisões, judiciais ou administrativas, podem ser impugnadas por recursos e reformadas por uma instância superior. Já atos legislativos, como leis e emendas à Constituição, são atos dotados de maior estabilidade, e a sua alteração é, em princípio, inesperada. É o que leciona Barroso, para quem *“será relevante saber, para avaliação da legitimidade da expectativa, se o particular podia ou não razoavelmente prever o risco de uma futura modificação do ato do Poder Público”* (BARROSO, 2006, p. 279).

Se a base de confiança possuía baixa pretensão de permanência, reduz-se a possibilidade de tutela do cidadão que confiou naquela orientação. Afinal, o princípio da proteção da confiança deve proteger o exercício responsável da liberdade pelos particulares (ÁVILA, 2009, p. 414-415). Se o particular confiou demais em um ato estatal cuja revisão era previsível, não agiu com responsabilidade, sendo pouco provável que mereça tutela. No entanto, o mesmo autor alerta que excepcionalmente a grande possibilidade de alteração do ato pode ser compensada por outros elementos, como o largo decurso de tempo de vigência de um ato provisório¹⁰.

Ademais, quando o ato no qual se confiou é inválido, a gravidade do vício de que padece a manifestação do Estado pode ser utilizada como parâmetro para aferir a razoabilidade da confiança do particular. Afinal, erros grosseiros ou vícios muito sérios não costumam passar despercebidos por um sujeito diligente, de modo que há uma tendência de que, quanto mais grave o defeito do ato, mais provável seja o conhecimento pelo indivíduo da mácula na atuação estatal (ARAÚJO, 2009, p. 93). Sendo muito provável que o particular saiba do vício na manifestação do Estado, é razoável que lhe

absoluto (BARROSO, 2006, p. 278-279).

¹⁰ É o caso das decisões judiciais que antecipam os efeitos da tutela liminarmente, mas que se mantém produzindo efeitos por longo período de tempo, e que acabam sendo mantidas em razão da chamada “teoria do fato consumado”.

seja negada a tutela da proteção da confiança em razão do seu conhecimento prévio.

Entretanto, registre-se que tal ponderação deve ser feita com bastante cuidado, visto que por vezes uma séria ilegalidade de um ato pode passar despercebida pelo mais diligente dos indivíduos. É possível que o particular desconheça, razoavelmente, um vício gravíssimo que macule um ato, merecendo tutela de sua confiança.

Deste modo, percebe-se que a gravidade da mácula apenas pode servir de indício razoável de que o particular tivesse conhecimento do defeito. No caso concreto, contudo, a situação pode demonstrar que, embora existisse um sério vício no ato, os particulares legitimamente depositaram confiança nele.

Valter Shuenquener de Araújo cita um julgado do Supremo Tribunal Federal no qual se reconheceu que, mesmo diante de uma grave violação à Constituição Federal, é possível haver desconhecimento do defeito e tutela das expectativas legítimas oriundas do ato maculado (ARAÚJO, 2009, p. 94-95). A decisão foi proferida no Mandado de Segurança n. 22.357/DF, no qual o Supremo Tribunal Federal examinou a situação de diversos indivíduos contratados pela INFRAERO, empresa pública federal, sem a realização de concurso público. No caso em exame, apesar da violação ao texto constitucional na contratação ser extremamente grave, diversos fatores ensejaram a preservação da confiança dos particulares naquele ato e a manutenção das contratações inconstitucionais. Ressaltou-se no julgado que, à época das contratações, havia incerteza no âmbito da doutrina e jurisprudência quanto à necessidade de realização de concurso público pelas empresas públicas. Em outras palavras, admitiu-se que, apesar da gravidade da inconstitucionalidade, era razoável que houvesse desconhecimento do vício.

Também se considerou relevante que o Tribunal de Contas da União tenha, em acórdão proferido à época, convalidado as contratações realizadas,

limitando-se a afirmar que as futuras admissões deveriam respeitar a regra do concurso público. Por outro lado, destacou-se que, apesar da não realização de concurso para as contratações, nem por isso elas foram imorais ou impessoais, visto que foi realizado um rigoroso processo seletivo para a escolha dos candidatos aprovados. A finalidade de realizar concurso público, garantia de impessoalidade e moralidade nas contratações, foi plenamente atendida, de modo que não haveria sentido na anulação das contratações.

Registre-se que não se está a dizer que o Supremo Tribunal Federal chancelou uma inconstitucionalidade. Com efeito, a segurança jurídica, o princípio da proteção da confiança e a boa-fé objetiva do Estado, fundamentos do julgado, têm assento constitucional. E o que se verificou no caso em discussão um conflito entre duas normas constitucionais, e a solução deveria partir, como partiu, de um exercício de ponderação entre os valores em contenda. Diante das circunstâncias particulares da situação, prevaleceu a segurança jurídica e a proteção à confiança legítima. Assim sendo, longe de admitir uma inconstitucionalidade, a decisão preservou valores igualmente constitucionais.

5.3 Exercício da confiança através de atos concretos

Para aplicação do princípio da proteção da confiança, há quem entenda que seria necessária a comprovação de que o particular, além de confiar na manifestação estatal (base de confiança), praticou atos concretos lastreados nele. Segundo esse posicionamento, a confiança apenas adquiriria relevância jurídica caso fosse exteriorizada através de medidas concretas (ARAÚJO, 2009, p. 95-97).

Vale pontuar que deve haver uma relação de causalidade entre as medidas tomadas pelo particular e o comportamento estatal, demonstrando que o particular atuou em razão da existência do ato em que confiava. Assim, se o sujeito começou a realizar um ato e apenas posteriormente adveio uma manifestação estatal que lhe conferia um benefício, ele não merece tutela do

princípio da proteção da confiança, pois já havia iniciado a prática do ato antes mesmo do ato do Poder Público (ARAÚJO, 2009, p. 98).

É importante registrar que os atos praticados pelos particulares não precisam ter necessariamente um conteúdo patrimonial, bastando que se demonstre que foram praticados atos calcados no comportamento estatal modificado (ARAÚJO, 2009, p. 99).

Critica-se a exigência desse requisito, em razão da dificuldade prática em se comprovar, em alguns casos, que se realizaram condutas fiadas naquela manifestação estatal. Pode ocorrer de o particular realmente confiar na manutenção de uma orientação do Estado, mas demonstrar que atuou com base nessa convicção é muito difícil.

Seria possível solucionar esse problema por meio de uma ponderação quanto à necessidade de cumprimento desse requisito partindo das peculiaridades do caso concreto. Assim, apesar de em regra se exigir o cumprimento da condição, quando a demonstração do efetivo exercício da confiança por atos concretos depender da produção de prova impossível, esse requisito poderá ser relevado.

Humberto Ávila propõe solução semelhante. Para ele, há uma conexão entre as diversas condições de emprego do princípio em estudo, de modo que a presença menos intensa de uma delas pode ser compensada pela presença mais intensa de outras. Assim, malgrado seja exigida a presença de exercício concreto da confiança, não é absolutamente necessário que essa atuação concreta do particular seja muito intensa, onerosa ou duradoura, desde que outras condições de emprego do princípio estejam presentes em intensidade suficiente para compensar a presença pouco intensa do elemento de exercício concreto da confiança (ÁVILA, 2009, p. 436).

5.4 Comportamento estatal que frustre a confiança

A mais evidente das condições para proteção da confiança é a existência de um ato estatal posterior que modifique aquele anteriormente

proferido, frustrando as expectativas legítimas do particular. Por óbvio, para que lese a confiança do sujeito, o novo comportamento do Estado deve ser desfavorável a ele.

Registre-se que o que se exige é apenas a existência de um comportamento novo que afete um anterior, não sendo estritamente necessário que tal alteração ocorra subitamente (ARAÚJO, 2009, p. 103-104). Não é indispensável, embora seja relevante na maioria dos casos, que a modificação comportamental seja brusca. Afinal, em determinadas situações, ainda que a mudança não seja súbita, este fator temporal não terá qualquer relevância. Por exemplo, quando o sujeito orientou toda a sua vida confiando na continuidade do ato estatal, de forma irreversível, um câmbio nesse ato vai frustrar suas expectativas, seja de forma brusca ou não. Todavia, ressalte-se que, na maioria dos casos, uma modificação no comportamento estatal que não seja súbita vai permitir que os particulares adaptem-se em tempo razoável ao novo regramento.

Por outro lado, ressalte-se que não é toda frustração que justifica proteção da confiança. Afinal, o particular não tem direito subjetivo à manutenção dos atos estatais, sob pena de engessamento da atuação do Poder Público. Por outro lado, quando as mudanças afetarem de forma insignificante os direitos fundamentais de liberdade, propriedade e igualdade, não se justifica a manutenção dos atos estatais desfeitos (ÁVILA, 2009, p. 436-437).

6. A relação entre as condições e a ponderação

Estando presentes todas as condições enumeradas, não pairam dúvidas quanto ao fato de que merecerá proteção a confiança do particular. Ausentes todas elas, por outro lado, não haverá expectativa legítima a tutelar. Questiona-se, contudo, qual é a solução em situações nas quais há um desequilíbrio entre a intensidade com que estão presentes os elementos necessários para emprego do princípio em apreço.

A resposta é dada por Humberto Ávila, que defende que, apesar de ser necessária a presença de todos os elementos, *“a fraca intensidade de um deve ser compensada pela alta intensidade de outro, de modo que, na média, possa ser possível afirmar a densidade mínima dos seus pressupostos”* (ÁVILA, 2009, p. 437-438). Em outras palavras, por vezes um elemento estará presente com tal intensidade que poderá compensar a fraca presença de outros.

7. O limite imposto pela reserva do possível

Malgrado estejam acima enunciadas as condições para emprego do princípio da proteção da confiança, ainda que todas elas se encontrem presentes num caso concreto, é possível que sua aplicação seja inviável. Isso ocorre em razão do limite imposto pelo princípio da reserva do possível. Afinal, o interesse privado do particular na manutenção do ato que lhe traz benefícios não pode exigir do ente público uma prestação desarrazoada ou que desborde das suas possibilidades orçamentárias.

O limite da reserva do possível exige que a demanda individual não descumpra dois requisitos. Em primeiro lugar, o particular não pode exigir do Poder Público uma pretensão desarrazoada, pois a aspiração de proteção da confiança do particular não deve contrariar frontalmente o interesse público, ultrapassando o que é razoável de ser exigido do Estado. Por outro lado, ao empregar o princípio da proteção da confiança não se deve olvidar que os recursos do Estado são limitados e que devem atender às mais diversas finalidades. Sendo assim, vê-se que também não se pode fazer uma exigência inviável do ponto de vista financeiro, que causaria sérios prejuízos ao erário¹¹.

Assim sendo, além das quatro condições acima vistas, que devem estar presentes para haver a tutela da confiança do particular, não pode a

¹¹ Ingo Sarlet também aponta um terceiro aspecto da reserva do possível: deve haver a possibilidade de dispor dos recursos para aquela finalidade (SARLET, 2009, p. 287). De nada adianta que o Estado disponha de recursos para atender à demanda do particular se normas orçamentárias impedirem que aqueles valores sejam utilizados para a finalidade pretendida pelo indivíduo.

sua pretensão esbarrar no limite da reserva do possível. Tal observação é particularmente importante nos dias atuais, tendo em vista a atuação dos magistrados brasileiros proferindo decisões que desconsideram as reais capacidades estatais de atendimento das demandas individuais.

No entanto, vale observar que, caso se conclua pela hipótese de protetividade da confiança, o ônus argumentativo de demonstração de que o pleito do particular desborda dos limites impostos pela reserva do possível será do ente estatal. Com efeito, caberá ao Poder Público demonstrar porque, em razão do interesse público, a expectativa legítima do sujeito não merecerá tutela. Afinal, é o Estado quem pode dizer se a pretensão do cidadão é financeiramente inviável, devendo produzir prova de suas alegações.

A título de exemplo, cite-se a hipótese de que servidores estaduais demandam o estado, pleiteando que se reconheça a sua legítima expectativa em relação ao recebimento de benefício pecuniário que foi extinto por reforma no regime jurídico dos servidores. O estado, por sua vez, deverá comprovar que, embora as expectativas dos servidores sejam legítimas, o benefício não pode ser mantido, por impossibilidade financeira, porque a sua manutenção levaria a Administração a extrapolar o limite de gastos com despesas de pessoal, previsto no art. 19, inciso II, da Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101/2000).

Conclusão

Estabelecidas as premissas anteriormente expostas, é possível extrair algumas conclusões quanto ao princípio discutido.

Em primeiro lugar, deve-se destacar o seu importante papel de instrumento de proteção de expectativas legítimas, expectativas de direito que merecem tutela como forma de resguardar a segurança jurídica. Por outro lado, conclui-se também que o emprego do princípio deve ser feito de forma criteriosa, preenchidos os requisitos que caracterizam uma expectativa como legítima, merecedora de tutela, a fim de evitar um indesejado

engessamento da atividade estatal. Por fim, deve-se observar, sempre, o limite imposto pela reserva do possível, de modo a evitar que se imponha ao Estado uma obrigação desarrazoada ou financeiramente inviável.

Referências Bibliográficas

ARAÚJO, Valter Shuenquener de. **O princípio da proteção da confiança**: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado. Niterói: Impetus, 2009.

ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica no Direito Tributário**: entre permanência, mudança e realização. Tese apresentada para concurso de provas e títulos para provimento do cargo de Professor Titular do Departamento de Direito Econômico e Financeiro da Universidade de São Paulo, área de Direito Tributário. São Paulo: USP, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Mudança da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária. Segurança jurídica e modulação dos efeitos temporais das decisões judiciais. **Revista de Direito do Estado**, n. 1, 2006, p. 261-288, abril/junho de 2006.

BRASIL. Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Brasília, 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm>. Acesso em: 05 de março de 2013.

BRASIL, Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília, 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 09 de março de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem na Petição (MC) n. 2.900-RS. Requerente: Roberta de Leon Valiente. Requerido: Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Relatora: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 27 de maio de 2003. **Diário da Justiça**, 01º de agosto de 2003.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 24.268-MG. Impetrante: Fernanda Fiuza Brito. Impetrado: Presidente do Tribunal de Contas da União e outros. Relatora: Min. Ellen Gracie. Relator para acórdão: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 05 de fevereiro de 2004. **Diário da Justiça**, 17 de setembro de 2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 22.357-DF. Impetrante: Ivete do Socorro Abreu de Sousa e outros. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 27 de maio de 2004. **Diário da Justiça**, 05 de novembro de 2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 466.546-RJ. Recorrente: União Federal. Recorrido: Marcílio Cardoso de Araújo. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 14 de fevereiro de 2006. **Diário da Justiça**, 17 de março de 2006.

CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada dinâmica**: limites objetivos e temporais. Entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. 2011. 593 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

GIACOMUZZI, José Guilherme. “Nunca confie num burocrata: A doutrina do ‘estoppel’ no sistema da ‘common law’ e o princípio constitucional da moralidade administrativa (art. 37 da CF 88)”. In: **Fundamentos do Estado de Direito**: Estudos em homenagem ao professor Almiro do Couto e Silva. São Paulo: Malheiros, 2005.

MEDAUAR, Odete. “Segurança jurídica e confiança legítima”. In: **Fundamentos do Estado de Direito**: Estudos em homenagem ao professor Almiro do Couto e Silva. São Paulo: Malheiros, 2005.

MODESTO, Paulo. Controle jurídico do comportamento ético da Administração Pública no Brasil. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 13, abril-maio, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 25 de maio de 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (lei nº 9.784/1999). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n.2, abr/mai/jun. 2005. Disponível em: «<http://www.direitodoestado.com.br/revista-eletronica-de-direito-do-estado>». Acesso em 21 de maio 2012.

A Constituição Federal de 1988 e o exercício das medidas afirmativas pelo poder público

Francisco de Albuquerque Nogueira Júnior¹

Resumo: A institucionalização da medida afirmativa iniciou-se na metade do século XX e se apresentou como instrumento de política pública eficaz no combate à desigualdade e ao preconceito sofrido por grupos sociais historicamente marginalizados e esquecidos pelo Poder Público. Sua implementação atingiu fundamental importância na própria realidade brasileira com o advento da Constituição Federal de 1988, pois a preocupação com a diminuição das desigualdades regionais e sociais, a busca pela igualdade material e a construção de uma sociedade justa, livre e solidária se revelaram como pontos essenciais para o desenvolvimento do País. Negros, indígenas, pobres e miseráveis tornaram-se, enfim, sujeitos de direitos e garantais que lhes assegurassem uma subsistência digna e lhes permitissem o acesso ao mercado de trabalho, à educação de qualidade, à participação na distribuição de riqueza e à atividade política. O presente trabalho é composto, portanto, de pesquisa documental e bibliográfica, que busca entender qual a relação entre as medidas afirmativas e a Constituição de 1988 e quais são as principais ações afirmativas instituídas na contemporaneidade.

Palavras-chave: Medidas afirmativas; Política de cotas; Terras indígenas; Distribuição de renda; Direito Constitucional.

¹ Graduado no Curso de Direito pela Universidade de Fortaleza. Advogado.

Introdução

O processo histórico de formação da humanidade revela que a segregação dos indivíduos humanos em classes iniciou-se fundamentalmente com o surgimento da propriedade privada e de sua conseqüente concentração de riqueza. A manutenção desse primitivo sistema de produção admitiu a transformação de homens em escravos, subjugando-os aos interesses do explorador e suprimindo-lhes a liberdade e a vontade.² A escravidão, que antes era justificada em razão de dívidas contraídas pelo escravizado, passou a ser elemento necessário para a expansão das civilizações modernas do século XVI. Ultrapassada a compreensão da escravidão por endividamento, a distinção dos homens por critérios de cor e de etnia tornou-se o mote necessário para uma nova modalidade de se produzir escravos, sendo esta prontamente legitimada por meio do uso da força, da legislação e da própria religião. Enraizou-se, dessa forma, a noção da superioridade do homem branco em relação aos negros, indígenas e pardos, restando a esses a imposição de um regime escravocrata e completamente discriminatório.

A realidade histórica brasileira evidenciou a predominância da escravidão como forma de trabalho compulsório a fim de ocupar e explorar a vasta disponibilidade de terra. A escravização do índio chocou-se com os fins da colonização: faltavam-lhes as noções de trabalho contínuo e de produtividade, típicas do então regime mercantilista europeu. A tentativa de lhes inculcar os hábitos de trabalho dos europeus por meio do processo catequético jesuítico não surtiu o efeito esperado, pois tanto as ordens religiosas passaram a proteger os indígenas da escravidão imposta pelos colonos quanto as doenças trazidas por estes produziram uma catástrofe demográfica, vitimando os nativos aos milhares. Dessa forma, a partir da década de 1570, incentivou-se ainda

2 ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. 3.ed. São Paulo: Expressão Popular, 2012, p. 220: *“Vimos como, numa fase bastante primitiva do desenvolvimento da produção, a força de trabalho do homem se tornou apta para produzir consideravelmente mais do que era preciso para a manutenção do produtor; e como essa fase de desenvolvimento é, no essencial, a mesma em que nasceram a divisão do trabalho e a troca entre indivíduos. Não se demorou muito a descobrir a grande ‘verdade’ de que também o homem podia servir de mercadoria, de que a força de trabalho do homem podia chegar a ser objeto de troca e consumo, desde que o homem se transformasse em escravo. Mal os homens tinham descoberto a troca e começaram logo a ser trocados, eles próprios. O ativo se transformava em passivo, independentemente da vontade humana”*.

mais o tráfico de negros africanos para o Brasil, prática essa já iniciada pelos portugueses desde o começo do século XV. Não há um cálculo certo quanto ao número de negros traficados, todavia estima-se que entre 1550 e 1855 cerca de quatro milhões de escravos – jovens e do sexo masculino, em sua maioria – entraram pelos portos brasileiros³.

Há de se observar o movimento de resistência dos grupos étnicos escravizados, principalmente em relação aos negros africanos. As fugas individuais ou em massa fizeram parte do cotidiano das relações entre explorador e explorado, e os quilombos revelaram-se como ponto central de luta contrária à opressão dos senhores produtores. Acontece, porém, que os escravos afro-brasileiros já não tinham mais condições de resistir com tanta veemência ao trabalho compulsório imposto, sendo, assim, obrigados à adaptação. Além da opressão provocada pelo colonizador, nem a Igreja nem a Coroa se opuseram à escravização do negro africano, pois era considerado um ser racialmente inferior e deveria ser civilizado e salvo pelo conhecimento da religião. Nesse mesmo passo, teorias científicas da época reforçavam o preconceito ao afirmarem serem os negros biologicamente destinados aos trabalhos braçais forçados, bem como a legislação da época conferia ao elemento africano o título de “coisa” e não de pessoa⁴.

A abolição da escravatura em 1888, contudo, não eliminou o problema do negro no Brasil. Embora tenha sido garantida a sua liberdade, é certo que lhe faltavam as condições mínimas de subsistência – como moradia, saúde, educação e emprego. Restou ao negro a marginalização social e a continuidade de uma condição de ser inferior e secundário, desmerecedor de políticas públicas voltadas para a sua inserção no campo sociopolítico nacional⁵.

3 FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 13.ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2009, p. 48-51.

4 *Ibid.*, p. 52-54.

5 RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 212-213: “*Examinando a carreira do negro no Brasil se verifica que, introduzido como escravo, ele foi desde o primeiro momento chamado à execução das tarefas mais duras, como mão-de-obra fundamental de todos os setores produtivos. Tratado como besta carga exaurida no trabalho, na qualidade de mero investimento destinado a produzir o máximo de lucros, enfrentava precaríssimas condições de sobrevivência. Ascendendo à condição de trabalhador livre, antes ou depois da abolição, o negro se via jungido a novas formas de exploração que, embora melhores que a escravidão, só lhe permitiam integrar-se na sociedade e no mundo cultura, que se tornaram seus, na condição de um subproletariado compelido ao exercício de seu papel, que continuava sendo principalmente o de animal de serviço*”.

Utiliza-se o exemplo da depreciação do negro no processo histórico de construção da sociedade brasileira como forma de ressaltar o tratamento não isonômico dado pelo Estado no fomento de políticas públicas entre brancos e não brancos. Não somente o elemento afrodescendente, mas também indígenas, mulheres e indivíduos descendentes das regiões mais carentes brasileiras – como nortistas e nordestinos – não foram sujeitos prioritários da preocupação do Poder Público na resolução de seus problemas e necessidades, pois, mesmo passadas cinco décadas de formação da sociedade, a maioria da população pobre é constituída por esses indivíduos acima afirmados.

A necessidade de resolução dessas disparidades sociais provocou o surgimento da chamada Justiça social histórica. Trata-se de uma posição interpretativa crítica que reflete a urgência de institucionalização de políticas públicas que objetivam a oportunidade de ingresso no mercado de trabalho, o desempenho educacional, o acesso ao ensino superior e a participação da vida política de uma categoria determinada de indivíduos historicamente marginalizados e socialmente discriminados. Essa inclusão ocorre por meio de medidas pontuais, chamadas de medidas afirmativas.

As medidas afirmativas, do ponto de vista histórico, representaram um direcionamento por parte do governo dos Estados Unidos da América no trato às melhorias de condições de vida da população negra, eliminando leis segregacionistas e estipulando mecanismos que pudessem, com o passar do tempo, amenizar o largo hiato socioeconômico existente entre negros e brancos. As ações, que inicialmente se concentravam em aspectos de cor, passaram a abordar outras categorias de indivíduos, como mulheres e minorias étnicas, contemplando os setores do mercado de trabalho, da representação política e do acesso ao sistema educacional como áreas prioritárias de inserção daquelas minorias outrora negligenciadas pelo poder estatal. O real avanço social proporcionado pelas medidas afirmativas nos Estados Unidos alcançou vários outros países – Índia, Canadá, Argentina, países da Europa Ocidental – e ampliou seu léxico compreensivo para a expressão “discriminação positiva”⁶.

6 MOEHLECKE, Sabrina. Ação afirmativa: história e debates no Brasil. Cadernos de Pesquisa (Fundação Carlos Chagas), São Paulo, v. 117, p. 197-218, 2003, p. 198: “A redemocratização no Brasil é ainda um processo recente e permeado por diversas lacunas não resolvidas. Uma delas refere-se à permanência de condições adscritas, isto é, características não mutáveis inerentes a um indivíduo, como cor e sexo, a influir na definição das oportunidades de ingresso no mercado

A lógica da medida afirmativa ultrapassa a horizontal visão da própria existência de sua necessidade. Trata-se de um resgate a toda uma compreensão histórica e sociológica da interação do elemento protegido pela medida afirmativa em relação ao grupo economicamente dominante, causador do diásporo sentimento de incompletude que os indivíduos do grupo dominado enfrentaram, em relevante lapso temporal, em sua inserção nos meios de subsistência do Poder Público, tipificadas sob a chave do acesso à educação, à saúde, à moradia, à representatividade política e aos mecanismos de justiça social.

1 O texto constitucional e a política de medidas afirmativas

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 consolidou o instituto da medida afirmativa em sua carga principiológica, instrumentalizando-se sob a forma de direitos e garantias fundamentais, expressos e também implícitos, capazes de permitir o pleno exercício das políticas sociais necessitadas. Tratou-se, *a priori*, de ampliar o espaço de ação de medidas corretivas ao equilíbrio social, galgando no interior do vazio inexistente, experimentado pela democracia brasileira. Houve um claro processo de desmistificação das instituições políticas nacionais, ao passo que a evidência do desequilíbrio de ações entre os grupos sociais revelou o elitismo e o descompromisso do Estado com determinadas categorias de indivíduos, sejam eles revelados por capacidade econômica ou diferenciados em razão dos seus credos, etnias ou cor.

Adignidade da pessoa humana e o pluralismo político são dois fundamentos presentes no artigo 1º da Constituição Federal de 1988, institucionalizados como normas programáticas, ou seja, como diretrizes essenciais que indicam o direcionamento da atuação estatal. Nesse sentido, há de se observar que coube ao constituinte originário a preocupação em reestabelecer o equilíbrio da ordem social por meio da afirmação da necessidade de garantia do pluralismo político, desde que observada a dignidade dos grupos sociais nele inseridos. Não se obtém a dignidade revelada pelo texto constitucional sem que haja o pleno nivelamento das políticas institucionais, mesmo que para isso ocorra a

de trabalho, progressão na carreira, desempenho educacional, acesso ao ensino superior, participação na vida política”.

quebra da isonomia formal – alcançando-se, contudo, a igualdade material. Assim, como mecanismo de correção para o estímulo da dignidade da pessoa humana dentro do próprio pluralismo político, é que se faz necessário o uso da medida afirmativa a ser empreendida pelo Poder Público, promovendo a justiça social e a concretização do desiderato constitucional revelado por seus fundamentos.

Em plano posterior, o texto constitucional, em seu artigo 5º, inciso I, revela a igualdade existente entre homens e mulheres no exercício de direitos e obrigações. Contudo tal igualdade deve ser avaliada sob o prisma da concepção material de isonomia e não meramente formal, ao fato em que a própria Constituição assim entende ao finalizar a letra do artigo sob a expressão “nos termos desta Constituição”. Ou seja, acaso indivíduos desiguais sejam tratados de forma igual, haverá contundente e real desigualdade, visto que suas capacidades distintas carecem de esferas protetivas diferenciadas, formuladas sob a necessidade de equacionar as diferenças que a vida ou o próprio Estado lhe inculcaram.

Compreendido o senso igualitário, a Constituição de 1988 instituiu como objetivo fundamental a ser alcançado pelo Estado brasileiro a redução das desigualdades sociais e regionais, bem como a erradicação da pobreza e da marginalização. Não somente a apresentação desse terceiro inciso, mas também todo o corpo do artigo 3º revela a igual preocupação do constituinte originário em promover a construção de uma sociedade livre, solidária e justa. É salutar o entendimento dos elaboradores do texto constitucional quanto da existência dos graves problemas sociais presentes no Brasil, pois de nada seria possível pensar em uma sociedade verdadeiramente igualitária sem que a todos os indivíduos que compõem essa sociedade fossem permitido o acesso amplo e irrestrito a todos os meios básicos de condição de vida digna.

Dotada da experimentação histórica daqueles que a compuseram, a Constituição Federal de 1988 revela, em seu âmago, a própria necessidade de implementação de políticas voltadas para os grupos sociais carentes de acesso aos meios de emprego, ao ensino público de qualidade, ao sistema de saúde e à própria participação da vida política do Estado, compondo, assim, um cenário político verdadeiramente plural. A medida afirmativa é, portanto,

o instrumento responsável pela consecução dos fundamentos e objetivos dispostos no texto constitucional, que se faz concreta em razão do exercício concomitante de medidas administrativas, legislativas e judiciais direcionadas para uma efetiva mudança da realidade nacional.

2 Política para pobres e miseráveis

O Programa Bolsa Família é o vetor primeiro dessa singular mudança apontada. Constituído durante o ano de 2003 pelo governo Lula, o programa é resultado da unificação de outros programas sociais – como o Bolsa Escola, o Cartão Alimentação e o Auxílio Gás – implementados pelo governo Fernando Henrique Cardoso em 2001. Deve ser entendido como um instituto de transferência direta de renda que beneficia famílias em situação de pobreza e em situação de extrema pobreza. O programa hoje, no ano de 2013, alcança mais de 13 milhões de famílias brasileiras – conforme dados oficiais do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome –, sendo, assim, considerado pela comunidade internacional um dos principais programas de combate à pobreza do mundo.

O Bolsa Família possui três eixos necessários: a transferência de renda propriamente dita, aliviando de imediato a própria pobreza; as medidas de condicionalidade, reforçando o acesso a direitos sociais fundamentais nas áreas da saúde, da educação e da assistência social; e as ações e programas complementares, consistindo na seara do estímulo ao desenvolvimento familiar e a conseqüente perda de sua vulnerabilidade, subtraindo-se do *status* de necessitário dos benefícios do programa e permitindo a outras famílias o gozo dessa política. O Programa Bolsa Família presta ajuda financeira às famílias que possuam renda *per capita* inferior à R\$70,00 – cerca de \$35,30. Em contrapartida, o governo exige a frequência dos filhos ou dependentes na escola, bem como as suas regulares vacinações. Os valores dos benefícios pagos pelo Programa oscilam entre R\$32,00 a R\$306,00, utilizando-se como fator de cálculo a renda mensal da família por pessoa, o número de crianças e adolescentes de até 17 anos de idade e o número de gestantes e de mães que ainda estão amamentando e que sejam componentes da família.

É descentralizada e compartilhada entre a União, os Estados-membros, o

Distrito Federal e os Municípios a gestão do Bolsa Família. Em conformidade com a Lei 10.836/04 e com o Decreto regulamentar n.º 5.209/04, os entes federados agem em conjunto de forma a ampliar, aperfeiçoar, instrumentalizar e fiscalizar a execução do Programa. Hoje, o Programa Bolsa Família integra o Plano Brasil Sem Miséria, lançado pelo governo Dilma Rousseff, objetivando retirar da situação de extrema pobreza cerca de 16,2 milhões de pessoas, que sobrevivam com uma renda inferior a R\$70,00 mensais.

Conquanto o Programa Bolsa Família possa ser compreendido diante da crítica como um instrumento assistencialista do governo, a interpretação intercalada entre o desiderato constitucional e a própria medida protetiva remonta aos objetivos fundamentais do artigo 3º da Constituição brasileira. A experimentação histórica revela a ausência de políticas públicas pelo governo federal em proveito de uma ampla classe social carente e deficitária de assistência social e econômica. Por que, então, não compreender o programa como mais uma medida de alcance afirmativo? Ora, é salutar a necessidade de reestruturação da repartição de renda para um grupo majoritariamente existente no plano espacial e minoritariamente inexistente no plano da concentração das riquezas nacionais. Embora não se fale na existência de um *apartheid* social, percebe-se claramente a existência de um econômico, fruto da gênese de uma política colonialista fundada no latifúndio, na escravidão, no nepotismo e na inexistência de possibilidade de ascensão em razão de méritos próprios.

O Bolsa Família, embora objetivamente não constitua medida afirmativa, assim o deve ser pensando em razão do seu caráter protetivo e urgente, responsável por temperar as disparidades sociais e corrigir as injustiças.

3 Política educacional para negros

A política de cotas para negros em universidades públicas é o segundo vetor da mudança apontada. Assim como ocorrido nos Estados Unidos da América na década de 60, as ações afirmativas objetivam proporcionar aos negros brasileiros a oportunidade de participarem da dinâmica da mobilidade social. Tal fato fora negligenciado por um longo período na história do País, conforme se vê diante da inexistência de políticas públicas que inserissem o negro na vida econômica, social e política nacional desde a própria Abolição

da Escravatura em 1888. Embora tenham conquistado uma liberdade aparente, de nada era suficiente tal liberdade sem a possibilidade de competirem em igualdade com as gentes brancas e detentoras do capital econômico, ficando à margem do desenvolvimento social e se mantendo como instrumentos de mão de obra barata e desqualificada.

Em face dessa importante questão, fez-se necessária a adoção de medidas que reparassem as vítimas da evidente discriminação racial, das diversas formas de intolerância e da ausência de políticas diretas e específicas que superassem tal desigualdade. Tratam-se, assim, de políticas legislativas e administrativas instituídas sob a necessidade de regulamentar os direitos de igualdade racial, proporcionado a negros e mestiços um maior acesso às áreas da educação, do mercado de trabalho e da propriedade privada de terras mediante uma política agrícola que favoreça o desenvolvimento econômico dessa categoria, bem como restituindo as próprias comunidades quilombolas.

Como alvo central, a educação foi o mote necessário para a inserção dessas medidas afirmativas. Constatou-se que a ampla maioria dos universitários do País era composta por brancos, esses advindos, também em sua maioria, de escolas particulares. A barreira criada entre os negros e o acesso à escolaridade dificultaram em consequência o seu ingresso ao ensino superior, restando-lhes trabalhos marginais de baixa remuneração e subvalorizados em uma “sociedade de doutores”.

O governo brasileiro, após sucessiva pressão dos movimentos sociais em prol da valorização do negro na sociedade, na tentativa de amenizar tal disparidade, instituiu política de cotas para admissão de candidatos a vagas nas universidades federais públicas, fomentando o apoio necessário para a adoção do critério de destinação de cerca de um quinto das vagas aos negros. O sistema de cotas carece, contudo, de legislação federal impositiva de inclusão do programa nas instituições públicas, tratando-se de um mero apoio explícito do governo às ações afirmativas, conforme considerado o teor programático do Estatuto da Igualdade Social promulgado em 2010.

Desde 2004, a Universidade de Brasília (UnB) oferta 20% de suas vagas destinadas aos candidatos cotistas. O resultado obtido pela implementação da medida afirmativa é considerado positivo, bem como as médias das

avaliações entre cotistas e não cotistas atingem níveis muito próximos e quase imperceptíveis de diferenciação. Trata-se, portanto, a cota universitária como medida essencial de inserção do negro na atividade universitária, reconhecendo, assim, a existência de uma sociedade brasileira profundamente desigual e discriminatória.

Acontece que, embora a discriminação positiva do sistema de cotas revele um reequilíbrio do acesso à educação a todos os grupos sociais, algumas críticas são apresentadas ao programa, realizadas sob três fortes destaques.

O primeiro trata do princípio constitucional da isonomia, compreendido aqui do ponto de vista formal. A realização de cotas e a implementação de qualquer outra medida que valorizasse, mesmo que minimamente, determinado setor social ocasionaria a insurgência de um ato discriminatório entre os seres humanos envolvidos. A segunda crítica é consequência da primeira, pois a ocorrência de uma discriminação ao ponto de desequilibrar a igualdade entre indivíduos por razões de cor produziria a concepção da existência de “raças” distintas e a consequente “racialização” do ser humano. Tal fenômeno apenas contribuiria para o entendimento de existência de uma hierarquia entre as “raças” – concepção essa completamente atentatória à dignidade humana e ao seu princípio isonômico. Por fim, levanta-se questão de cunho sociológico ao se perceber a falta de políticas públicas necessárias ao desenvolvimento de uma educação de base, prestada aos indivíduos no transcorrer de suas vidas escolares e considerada como único meio capaz e eficaz de corrigir as verdadeiras desigualdades existentes entre indivíduos de um mesmo país. As cotas universitárias apenas criariam uma superfície paliativa de inserção do negro na vida acadêmica, enquanto no ensino escolar público inexistiria estrutura capaz de permitir ao seu estudante a competição igualitária com aqueles advindos de escolas particulares.

Em posse das críticas ao sistema de cotas, o Partido Democratas (DEM) ajuizou, em setembro de 2009, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, a ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF)⁷ contra atos da Universidade de Brasília (UnB), do Conselho

7 A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) é o mecanismo judicial do Direito brasileiro utilizado a fim de evitar ou reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público (União, Estados-

de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília (CEPE) e do Centro de Promoção de Eventos da Universidade de Brasília (CESPE), compreendendo inaceitável a medida afirmativa de criação de cotas universitárias por critérios de cor.

O Ministro Relator da então ADPF 186, senhor Ricardo Lewandowski, não apenas julgou totalmente improcedente a ação ajuizada pelo partido político como também compreendeu serem as medidas adotadas pela Universidade de Brasília completamente marcadas pela proporcionalidade e pela razoabilidade, tratando-se de política essencial de valorização da dignidade da pessoa humana e da própria existência coletiva entre grupos sociais tratados historicamente de maneira distinta. Evidenciou o magistrado em seu julgado a inexistência de qualquer conflito entre o princípio da igualdade e o sistema de cotas, haja vista a necessidade de compreender a patente diferenciação entre o tratamento dado a grupos sociais diversos. Nesse processo, aos negros restaram papéis secundários na participação ativa das políticas públicas desenvolvidas pelo Estado brasileiro durante a sua gênese existencial.

O enfoque dado à concepção material da igualdade atingiu a necessidade de compreensão daquilo que o Ministro Relator afirmou ser “distribuição de justiça”. Trata-se o conceito de mecanismo capaz de promover a inclusão social de grupos excluídos, em especial daqueles historicamente compelidos a viver à margem da sociedade, destituídos de qualquer benefício estatal que valorizasse a sua participação na construção da realidade nacional. Após a consecução desse objetivo, as relações sociais aprofundar-se-iam em razão do efeito da “justiça distributiva” e da consequente intervenção estatal na realocação de bens e de oportunidades em proveito de toda a sociedade, eliminando, assim, a desigualdade “no mundo dos fatos”. Em contraposição aos argumentos de que as cotas universitárias elaborariam uma “racialização” do Estado, Lewandowski suscitou questão de inexistência do conceito genético ou biológico de raça, prevalecendo, no entanto, o entendimento de existência do critério étnico racional para fins histórico-culturais, tecnicamente elaborados de forma a justificar a adoção de políticas públicas que atingissem

membros, Distrito Federal e Municípios), incluídos aqueles atos anteriores à promulgação da Constituição de 1988. A origem da ADPF está no instituto alemão conhecido por *Verfassungsbeschwerde*.

grupos sociais discriminados pela própria gênese existencial.

Por fim, o Ministro Ricardo Lewandowski, relator da ADPF 186, ressaltou a natureza transitória da medida afirmativa e o caráter emergencial presente em seus efeitos como forma de iniciar processo de modificação da realidade de participação do negro no desenvolvimento nacional. Na medida em que essas disparidades entre o acesso à educação entre negros e brancos fossem reduzidas, restaria panorama favorável para a desnecessidade de qualquer instrumento cotista. Revelam os dados oficiais, contudo, que seria preciso mais de uma década para a existência de uma sociedade mais igualitária para todos os grupos sociais, carecendo, assim, de políticas eficazes de valorização da diversidade cultural e étnica e de desenvolvimento qualitativo e quantitativo da educação escolar.

4 Política para indígenas

A inclusão do elemento indígena por meio do reconhecimento de suas terras é o terceiro vetor dessa mudança. As medidas afirmativas possuem como objetivo principal o reconhecimento da condição de um grupo minoritário como deficitário das políticas estatais e a sua conseqüente reinserção no panorama político, econômico e social por meio de medidas sintomáticas e urgentes. Nesse sentido, o reconhecimento das terras indígenas se inclui como medida afirmativa revelada pela necessidade de justiça histórica, bem como desiderato constitucional a ser concretizado.

A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 231, reconhece aos indígenas as terras tradicionalmente ocupadas por eles, bem como o respeito aos seus costumes, tradições, crenças e organização social. Acontece, porém, que esse reconhecimento não ocorreu de forma pacífica e em consenso com toda a sociedade. As terras que desde o início da colonização portuguesa pertenceram aos silvícolas, agora são propriedades de particulares, membros do agronegócio nacional. Os indígenas, parte hipossuficiente dessa relação socioeconômica, foram postos à margem dos próprios interesses estatais aos lhes serem negados inclusive a própria satisfação do texto constitucional. De forma a melhor explicitar o imbróglgio em questão, faz-se menção ao caso Raposa Serra do Sol.

A Raposa Serra do Sol é uma área indígena localizada no nordeste do Estado-membro de Roraima, medindo uma extensão média de 1.747.464 hectares, coberta pelo bioma amazônico em quase a sua totalidade e ocupada por indígenas originários do grupo dos ingaricós, patamonas, taurepangues e macuxis. Acontece que, embora sempre pertencentes aos indígenas, desde o começo do século XX a região se encontra ocupada por não índios, inclusive por rizicultores que ali chegaram desde o início da década de 1970, tornando-se proprietários das terras e produtores de uma lavoura de cerca de 160 mil toneladas de grãos de arroz por ano, ocupando área de aproximadamente 100 mil hectares.

Diante dessa dissonância de interesses no cultivo e uso da terra, restou a ocorrência de severos conflitos entre indígenas e não indígenas pela ocupação das terras. Assim, coube ao Estado brasileiro intervir na situação. Apesar do aparente desenvolvimento apresentado em face da produção econômica obtida pelas propriedades arroseiras, para as comunidades indígenas, tratava-se de um modelo de exploração nefasto à manutenção da cultura e da organização social dos silvícolas, passando, desse modo, a requisitarem para si o domínio e o controle das terras. Uníssona a essa pretensão, a Constituição Federal de 1988 evidenciou nova leitura de abordagem por parte do Estado brasileiro para com os indígenas e demais aborígenes, fato esse secundariamente comprovado mediante outorga do Decreto n.º 1.775/96 durante o governo Fernando Henrique Cardoso.

O Ministério da Justiça, em 1998, publica a Portaria n.º 820, de 11/12, declarando a Terra Indígena Raposa Serra do Sol como de posse permanente indígena, competindo à Fundação Nacional do Índio (FUNAI) e ao Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA) o levantamento das benfeitorias realizadas pelos ocupantes da região, assegurando, assim, prévia e justa indenização às ocupações realizadas sob o signo da boa-fé. A reação de segmentos contrários à demarcação deu-se de forma imediata, vindo a homologação da terra indígena Raposa Serra do Sol a ser alvo de contestação judicial entre o Estado-membro de Roraima e a União.

Coube ao então presidente da República, Luís Inácio Lula da Silva, o devido ato homologatório do antigo decreto presidencial que reconhecia

a demarcação das terras indígenas e a sua consequente regulamentação e manutenção. Dessa forma, o governo federal, em 2005, reconheceu, definitivamente, a posse das terras às etnias indígenas locais, assegurando-lhes a justiça histórica expressa no art. 231 do texto constitucional de 1988.

Embora o Executivo federal tenha se manifestado a favor do reconhecimento da posse pelos indígenas, a questão foi suscitada perante o Supremo Tribunal Federal em junho de 2007. A instância máxima do Poder Judiciário brasileiro determinou a desocupação imediata da reserva indígena Raposa Serra do Sol por parte dos não indígenas, ou seja, pelos rizicultores que ali permaneciam mesmo diante de decreto demarcatório da União. Mesmo diante de decisão judicial e de promessa de assinatura de carta-compromisso dos rizicultores de não mais ocuparem as terras indígenas, a questão não se pacificou, fato esse que provocou nova decisão do Supremo Tribunal Federal em suspender qualquer operação realizada pelos não índios na reserva Raposa Serra do Sol.

Questionada em sede de Ação Popular a constitucionalidade e a legalidade da Portaria n.º 534/2005, do ministro da Justiça, assim como o decreto presidencial homologatório, coube ao Ministro Relator, Carlos Ayres Britto, a análise do conflito entre a ocupação das terras pelos não indígenas, a pretensão constitucional do art. 231 e as questões pertinentes à soberania nacional e aos interesses do País. Ayres Britto reconheceu a inexistência de quaisquer vícios no processo administrativo demarcatório, bem como a legítima competência dada ao presidente da República em editar decreto revestido com força autoexecutória. Vencidos e analisados os aspectos formais, restou ao Ministro Relator o enfrentamento da interpretação constitucional e a análise de conceitos plúrimos medidos diante do auxílio de laudos antropológicos. Sob a compreensão do texto constitucional de 1988 quanto ao conceito de indígena, compreendeu-se pela retratação da diversidade tanto interétnica quanto intraétnica, tornando-se minimamente necessário para o seu reconhecimento de fato a existência de vínculo cultural e étnico que assim o tenha mantido na condição de indígena, mesmo que haja sofrido processo de aculturação.

A análise judicial compreendeu que as terras indígenas versadas na Constituição Federal de 1988 fazem parte de um território soberano estatal-

brasileiro sobre o qual há a incidência exclusiva por parte do Direito nacional. Nenhuma terra indígena deve estar sob o mesmo patamar de território político, haja vista a titularidade privativa e única por parte do Estado nacional, devendo ser reconhecida aos grupos silvícolas a posse e não a propriedade das terras. Segundo Ayres Britto, a tradicionalidade da ocupação das terras não se limita ao entendimento contínuo da posse, porém ao ânimo existente em ali permanecer. Trata-se de questão relevante, pois coube aos rizicultores a alegação de direito adquirido e posse legítima das terras em razão de registro de títulos públicos. É certo, no entanto, que a história nacional demonstra que a não permanência dos indígenas em suas terras se deu em razão do choque de conflitos com os interesses mercantis e colonialistas dos chamados “homens brancos”.

Observa-se que as terras indígenas, por serem um bem público federal, não enfraquecem a soberania do Estado, pois aos indígenas é permitido o uso e cultivo das terras em benefício de sua organização social, sem que haja a impossibilidade de permanência de legítimos interesses da União, bem como a guarda das fronteiras locais pelo Exército brasileiro. Diante da necessidade de assegurar a intervenção federal nas terras indígenas, coube ao Pleno do Tribunal o apontamento de dezenove condições a serem observadas no ato demarcatório, limitando, assim, o exercício dessa posse em benefício do Estado nacional.

O caso Raposa Serra do Sol evidenciou o caráter solidário e a finalidade fraternal presentes nos princípios e dispositivos da Constituição de 1988. O ministro Ayres Britto afirmou que a anulação dos títulos de supostos proprietários ou posseiros em terras indígenas seria política especial desenvolvida pelo governo Federal a fim de quitar a histórica dívida do Estado brasileiro com os grupos indígenas. Trata-se, assim, da própria superação da relação colonizador-colonizado e consequente inserção do elemento indígena como parte integrante do âmago da gênese existencial do País.

Por fim, evidencia-se o nexo existente entre o caráter fraternal presente na Constituição de 1988 e o instituto da ação afirmativa. É salutar que a dissertação sobre o caso Raposa Serra do Sol, visto em última instância do Poder Judiciário brasileiro, comprova o caráter emergencial das políticas governamentais em

prol dos silvícolas. O índio, conforme o próprio entendimento jurisprudencial, em sede de controle de constitucionalidade por via difusa, não mais deve ser compreendido como mero assimilador dos padrões culturais brasileiros, porém deve, sim, ser entendido como coautor da construção identificatória dos elementos tradicionais e comuns à realidade nacional. Suas línguas, costumes, crenças e filosofias devem coabitar em plena sintonia com a existência comum dos cidadãos pátrios, servindo-lhes também de fonte fundamental de crescimento social, cultural, político e econômico.

A decretação das terras indígenas deve, portanto, ser entendida como medida de inserção e afirmação da condição indígena como elemento necessário ao pluralismo político nacional. Demarcar terras indígenas, reconhecendo a necessidade de organização social dos povos silvícolas, é preservar a existência de um grupo socialmente marginalizado e historicamente discriminado.

Considerações finais

A Constituição Federal de 1988 deve ser compreendida como marco fundamental no processo de inserção de políticas públicas em prol dos grupos sociais historicamente marginalizados. Dessa forma, podem-se destacar as seguintes disposições constitucionais que justificam o implemento de medidas afirmativas e demais políticas públicas pelo Poder Público: a) os fundamentos do artigo 1º, em especial a dignidade da pessoa humana (inciso III) e o pluralismo político (inciso V); b) os objetivos fundamentais do artigo 3º, pois a construção de uma sociedade livre, justa e solidária depende da promoção de políticas que atinjam a todos os setores sociais, em especial aqueles que menos investimentos possuem, representados neste trabalho pelos pobres, negros e indígenas; c) a constatação da igualdade material no inciso I do artigo 5º, principalmente em relação à distinção a ser feita entre políticas voltadas para homens e mulheres, como a proteção do mercado de trabalho da mulher (conforme o artigo 7º, XX, do texto constitucional); d) o objetivo de promoção da justiça social no artigo 193, refletindo a prestação de políticas de assistência social aos mais necessitados e desamparados, conforme o próprio teor do artigo 203; e) políticas de reconhecimento da identidade indígena como parte

integrante da cultura brasileira, bem como apoio e proteção do índio no artigo 231.

A política para pobres e miseráveis se faz presente na instituição do programa governamental Bolsa Família, instituído pelo governo do Presidente Lula em 2003. Trata-se de política pública que visa a promover a transferência direta de renda em benefício das famílias em situação de pobreza e de extrema pobreza. A conquista do benefício, contudo, fica restrita à matrícula dos filhos ou dependentes dessas famílias, exigindo o governo a consequente comprovação da frequência das crianças nas escolas, bem como suas regulares vacinações. Assim, o Bolsa Família representa a preocupação do Estado com a miséria enfrentada por uma parcela considerável da população brasileira, promovendo política única de distribuição de riqueza para os mais necessitados. Essa diferenciação em benefícios de tantos é política especial para a promoção do desenvolvimento social e regional, bem como na busca de uma sociedade com menos pobreza, miséria e marginalidade.

A política educacional para negro é o exemplo ainda mais evidente da implementação de medida afirmativa. Trata-se do estabelecimento de um programa de cotas que beneficie candidatos afrodescendentes a vagas específicas em processo de vestibular em instituições públicas de ensino superior. A questão foi analisada pelo Supremo Tribunal Federal e prevaleceu o entendimento de que o sistema de cotas é mecanismo capaz de promover a inclusão social daqueles grupos historicamente compelidos a viver à margem da sociedade, tratando-se, assim, do exercício da “justiça distributiva”. Apesar da crítica de inexistência de raças ou etnias na composição da sociedade brasileira, estudos revelam que apenas parte minoritária da população negra possui real acesso ao ensino superior. Portanto, nada mais coerente com o próprio desiderato constitucional que haja política de discriminação positiva em favor de uma classe tão esquecida e carente de um conjunto de medidas necessárias para sua real inserção na conjuntura sociopolítica nacional.

Por fim, há de se ressaltar a conclusão advinda da política para indígenas. O processo demarcatório e homologatório da reserva Raposa Serra do Sol pôs em evidência o claro confronto existente entre produtores rurais e silvícolas no norte de Roraima, bem como revelou o tratamento discriminatório sofrido

pelo índio diante da ineficiência da atuação estatal na proteção dos seus direitos e da sua condição como elemento fundamental para o processo de construção da identidade nacional. A demarcação de terras deve ser entendida como desiderato constitucional presente no artigo 231 da Constituição Federal de 1988 e se trata de política especial de valorização da cultura indígena e de resguardo dos costumes e da gênese daqueles que foram os primeiros habitantes do Brasil.

O Brasil de hoje precisa das medidas afirmativas, pois ainda são muitos os grupos sociais historicamente marginalizados e desprovidos de políticas públicas voltadas para as suas inserções no cotidiano nacional. Conclui-se, portanto, que as medidas afirmativas não produzem situações de desigualdade, mas, quando compreendidas diante da necessidade de justiça histórica e de distribuição de justiça, revelam-se como mecanismos eficazes e profundamente necessários para a construção de uma sociedade verdadeiramente igualitária e capaz de permitir a todos os seus indivíduos condições uníssonas de promoção pessoal, social e cultural.

Referências Bibliográficas

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Direito Constitucional**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Alexandre de Moraes. 33.ed. São Paulo: Atlas S.A., 2010. (sine Legislação Brasileira)

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186, Brasília, DF, 21 de novembro de 2011, *in*: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2691269>

____ **Supremo Tribunal Federal.** Petição nº 3.388, Brasília, DF, 19 de março de 2009, *in*: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612760>

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador:** contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra, 1994.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado.** 3.ed. São Paulo: Expressão Popular, 2012.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil.** 13.ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2009.

LIMA, M. M. B. Justiça Constitucional e Democracia: perspectivas para o papel do Poder Judiciário. **Revista da Procuradoria Geral da República,** São Paulo, v. 8, p. 81-101, 1996.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires & BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 2.ed. Saraiva. São Paulo, 2008.

MOEHLECKE, Sabrina. Ação afirmativa: História e debates no Brasil. **Cadernos de Pesquisa (Fundação Carlos Chagas),** São Paulo, v. 117, p. 197-218, 2003.

RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro.** São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

O conhecimento contábil frente à ação dos órgãos de controle no Setor Público

Augusto Alves de Oliveira Neto¹

Resumo: O presente artigo tem o objetivo de realizar um diálogo entre a ação dos órgãos de controle frente às transformações legais no âmbito da Contabilidade Pública. Iremos, por meio de pesquisa bibliográfica, compreender o processo de construção e impacto da publicação das Normas Contábeis, como as NBCASPs (Normas Brasileiras de Contabilidade Aplicada ao Setor Público) e as Orientações Estratégicas para a Contabilidade Aplicada ao Setor Público no Brasil, referente à seara pública, possibilitando um entendimento acerca da sua proximidade com o *métier* dos órgãos de controle interno e externo.

Palavras-chave: Contabilidade Pública; Controle Interno e Externo; Normas Brasileiras de Contabilidade Aplicada ao Setor Público.

Introdução

A sociedade brasileira está vivenciando um processo de amadurecendo na formação e consolidação da cidadania, e ela clama por mais respeito às destinações dadas aos recursos públicos, isto é, se o que está sendo cobrado por parte do Estado brasileiro através dos impostos retorna de forma eficiente por meio dos serviços públicos ofertados. Esse caminho entre o arrecadado e o aplicado tem íntima ligação com a gestão pública dos recursos oriundos dos contribuintes.

¹ Graduado em História pela Universidade Federal do Ceará (UFC), Graduando em Ciências Contábeis pela Universidade Estadual do Ceará (UECE)

Para tanto, o acompanhamento de como está sendo gerido o dinheiro público tem-se facilitado com maior intensidade, pois existe uma gama de instrumentos que facilitam este processo em meio às novidades na esfera tecnológica. Temos como exemplo o programa Olho Vivo no Dinheiro Público, desenvolvido pela Controladoria Geral da União, e o Portal da Transparência do Governo Federal e dos entes da União.

Assim, emerge a seguinte indagação acerca da gestão dos recursos públicos relacionada com a ação dos órgãos de controle: existe ou não a necessidade do conhecimento de um aparato técnico e conceitual contábil para o *métier* dos órgãos de controle no setor público?

A partir de 2006, houve a constituição de um Grupo Assessor, por intermédio do Conselho Federal de Contabilidade, para elaborar as primeiras Normas Brasileiras de Contabilidade Aplicadas ao Setor Público (NBCASPs), alinhadas às Normas Internacionais de Contabilidade Aplicadas ao Setor Público (IPSAS), editadas pela IFAC, despertando a atenção de instituições e de órgãos governamentais, sendo um importante marco conceitual no assunto.

O trabalho de construção dessas normas, a partir da iniciativa do CFC, foi pautado pela participação dos profissionais que atuam no setor público e materializado por meio de vários seminários – regionais e nacional – e também por manifestações em audiências eletrônicas.

Elas são voltadas ao profissional de contabilidade, servindo de instrumento balizador das práticas a serem adotadas, buscando a harmonização com os dispositivos emanados de órgãos reguladores.

No longo prazo, conforme a posição de Lino Martins da Silva, as NBCASPs mostrarão que a contabilidade pública deve gerar informações fidedignas sobre a evolução patrimonial e o destino dado aos recursos tomados da sociedade, mencionando os efeitos sociais e ambientais da atividade do Estado, ultrapassando os aspectos da estrita eficácia econômica.

No âmbito legal, a Portaria número 184/08, editada pelo Ministério da Fazenda, que dispõe sobre as diretrizes a serem observadas no setor público quanto aos procedimentos, práticas, elaboração e divulgação das demonstrações contábeis, reforça essa ligação entre as práticas contábeis, o acompanhamento da situação econômico financeira e o desempenho dos entes

públicos em relação à eficiência na alocação dos recursos, como podemos visualizar abaixo:

(...) a adoção de boas práticas contábeis fortalece a credibilidade da informação, facilita o acompanhamento e a comparação da situação econômico-financeira e do desempenho dos entes públicos, possibilita a economicidade e eficiência na alocação de recursos (...)

Como pode ser percebido, há a edificação de um novo cenário para a Contabilidade Aplicada ao setor público, no qual ela finca diretrizes que auxiliarão os órgãos de controle no seu *métier* e é algo apregoado e disponibilizado no documento “Orientações Estratégicas para a Contabilidade Aplicada ao Setor Público no Brasil”, uma vez que na apresentação a presidenta em exercício do CFC àquele momento fizera questão de tornar visível a clara cooperação que há de existir entre entidades do setor público, órgãos de controle e demais atores interessados na sua elaboração e aplicabilidade, fortalecendo, desse modo, institucionalmente a contabilidade e aperfeiçoando a gestão pública.

1. Controle interno e externo no Setor Público

O controle no âmbito jurídico “é uma forma de manter o equilíbrio na relação existente entre Estado e Sociedade, fazendo surgir daquele as funções que lhe são próprias, exercidas por meio dos seus órgãos, sejam estes ligados ao Executivo, Legislativo ou Judiciário”.

Ou seja, o controle permite que as funções do Estado em relação à sociedade sejam pautadas no equilíbrio, fortalecendo a transparência através do acompanhamento contínuo das atividades estatais perante a sociedade como um todo.

No campo do conhecimento contábil, as normas técnicas são bastante elucidativas para o entendimento do que seria controle, especialmente a Resolução 1.135/08, publicada pelo Conselho Federal de Contabilidade, que trata das Normas de Contabilidade aplicadas ao setor público. Assim sendo,

procedimentos de controle são:

(...) medidas e ações estabelecidas para prevenir ou detectar os riscos inerentes ou potenciais à tempestividade, à fidedignidade e à precisão da informação contábil, classificando-se em:

(a) procedimentos de prevenção – medidas que antecedem o processamento de um ato ou um fato, para prevenir a ocorrência de omissões, inadequações e intempestividade da informação contábil;

(b) procedimentos de detecção – medidas que visem à identificação, concomitante ou a posteriori, de erros, omissões, inadequações e intempestividade da informação contábil.

Esses mecanismos de controle das atividades públicas têm um trabalho relevante, no sentido de “resguardar a administração pública, bem como os direitos e garantias coletivos”. Desse modo, o conhecimento contábil pode e deve contribuir sobremaneira para a operacionalização mais efetiva das ações voltadas ao controle no setor público.

Ao longo das atividades econômico-financeiras do Estado brasileiro, foram criados dois mecanismos com referenciais bem definidos na Magna Carta de 1988: o controle interno e o externo.

O primeiro é realizado pelos próprios órgãos do Estado, e a Constituição de 1988, no seu artigo 74, reza que os Poderes Legislativo, Executivo e o Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:

- I - avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União;
- II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;
- III - exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União;
- IV - apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.

Isto é, existe uma vigilância muito perene no próprio Legislativo e Executivo no que concerne às suas atividades. Além disso, ocorrerá uma avaliação com eficácia e eficiência da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, acompanhando, assim, a execução dos atos e apontando, em caráter sugestivo, preventivo ou corretivamente, as ações a serem desempenhadas, com vistas ao atendimento à legislação pertinente, apoiando consideravelmente o controle externo, como pode ser observado no inciso IV, artigo 74 da Carta Mãe de 1988 (TAKEDA).

Dada a importância vislumbrada nas ações voltadas ao controle interno e externo no setor público, temos uma resolução editada pelo Conselho Federal de Contabilidade que trata especificamente do controle interno, estabelecendo “referenciais para o controle interno como suporte do sistema de informação contábil, no sentido de minimizar riscos e dar efetividade às informações da contabilidade, visando contribuir para o alcance dos objetivos da entidade do setor público.” A própria Resolução número 1.135/08 do CFC define o que seria controle interno sob o enfoque contábil e qual sua abrangência:

Controle interno sob o enfoque contábil compreende o conjunto de recursos, métodos, procedimentos e processos adotados pela entidade do setor público, com a finalidade de:

- (a) salvaguardar os ativos e assegurar a veracidade dos componentes patrimoniais;
- (b) dar conformidade ao registro contábil em relação ao ato correspondente;
- (c) propiciar a obtenção de informação oportuna e adequada;
- (d) estimular adesão às normas e às diretrizes fixadas;
- (e) contribuir para a promoção da eficiência operacional da entidade;
- (f) auxiliar na prevenção de práticas ineficientes e antieconômicas, erros, fraudes, malversação, abusos, desvios e outras inadequações.

Dessa maneira, torna-se claro que o controle interno deve ser exercido em todos níveis da entidade do setor público, compreendendo: (a) a preservação

do patrimônio público; (b) o controle da execução das ações que integram os programas; (c) a observância às leis, aos regulamentos e às diretrizes estabelecidas”.

Diferentemente, mas atuando de forma conjugada com o controle interno, o controle externo é realizado pelo Poder Legislativo, que é auxiliado pelas Cortes de Contas, como o Tribunal de Contas da União (TCU), ficando a cargo do Congresso Nacional, ao qual compete de acordo com a CF, artigo 71:

I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;

IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil (grifo nosso), financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II;

V - fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo;

VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;

VII - prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas;

VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.

Ao leitor cabe analisar que é um controle político de legalidade contábil e financeira, averiguando a probidade dos atos da administração, regularidade dos gastos públicos e do emprego de bens, valores e dinheiros públicos associados com a fiel execução do orçamento. E o TCU possui poderes para impor correções à Administração, podendo intervir em licitações e aplicar sanções, como multas, ou, dependendo da gravidade, decretar a penhora de bens e inelegibilidade do responsável (TAKEDA).

Os órgãos de controle caminham juntamente com a contabilidade, pois a esta é uma ciência que possibilitará acompanhar a verdadeira aplicabilidade do que foi planejado e arrecadado no setor público.

Como ciência, a contabilidade aplica no processo gerador de informações os princípios, as normas e as técnicas contábeis direcionados à evidenciação das mutações do patrimônio das entidades, oferecendo aos usuários informações sobre os atos praticados pelos gestores públicos, os resultados alcançados e o diagnóstico detalhado da situação orçamentária, econômica, financeira e física do patrimônio da entidade.

Nesse sentido, é necessário conhecer os critérios de registro contábil dos fatos que afetam ou possam vir a afetar o patrimônio das entidades do setor

público, obedecendo a formalidades do registro contábil, visto que “a entidade do setor público deve manter procedimentos uniformes de registros contábeis, por meio de processo manual, mecanizado ou eletrônico, em rigorosa ordem cronológica, como suporte às informações”.

Esses registros possuem características como a comparabilidade, compreensibilidade, confiabilidade, fidedignidade, imparcialidade, integridade, objetividade, representatividade, tempestividade, uniformidade, utilidade, verificabilidade e visibilidade.

Com a massificação do acesso aos novos meios de comunicação, a contabilidade não poderia ficar alheia, porém calcada em mecanismos sérios que não comprometam as demonstrações contábeis, pois “os documentos em papel podem ser digitalizados e armazenados em meio eletrônico ou magnético, desde que assinados e autenticados, em observância à norma brasileira de contabilidade que trata da escrituração em forma eletrônica”, como pondera a Resolução número 1.132/08 do CFC.

Agora, depois desta exposição referente ao *métier* dos órgãos de controle, dos aspectos legais, tanto no espaço referente à Constituição Federal de 1988, das Normas Técnicas editadas pelo Conselho Federal de Contabilidade (CFC) e da Portaria número 184/08, editada pelo Ministério da Fazenda, aprofundaremos essa relação necessária entre a contabilidade e a ação dos órgãos de controle interno e externo.

2. Contabilidade e Órgãos de Controle: um diálogo necessário

Nas Orientações Estratégicas para a Contabilidade Aplicada ao Setor Público no Brasil, em sua terceira diretriz, que trata do fortalecimento da Contabilidade Aplicada ao setor público, dentre os seus macro-objetivos, temos: “II. estimular programas integrados de qualificação com órgãos de controle”.

Isso demonstra, dentre amplas ações, o encontro necessário entre o conhecimento contábil e a atuação dos órgãos de controle no setor público brasileiro, ancorados em um vínculo permanente para a troca de informações através de programas integrados em que as duas partes procuram fazer um intercâmbio no sentido de se qualificarem, acontecendo uma troca de

experiências de forma planejada.

Ou seja, evidencia-se aqui uma verdadeira celebração de parceria entre o Conselho Federal de Contabilidade (CFC) e instituições que atuam com a contabilidade aplicada ao setor público, aproximando ainda mais a atuação dos órgãos de controle frente às novas produções relativas ao conhecimento contábil.

As Normas Brasileiras de Contabilidade, editadas pelo Conselho Federal de Contabilidade, preconizam que os órgãos de controle interno e externo, na sua atuação, devem considerar o seguinte escopo:

- (a) integralmente, as entidades governamentais, os serviços sociais e os conselhos profissionais;
- (b) parcialmente, as demais entidades do setor público, para garantir procedimentos suficientes de prestação de contas e instrumentalização do controle social.

Para um melhor desempenho e acompanhamento dos órgãos de controle no setor público, as Normas Brasileiras de Contabilidade aplicadas a ele se referem a um sólido sistema de informação, com a finalidade de dar condições aos procedimentos de controle interno, pois, como afirma a Resolução número 1.135/08 do CFC:

O sistema de informação e comunicação da entidade do setor público deve identificar, armazenar e comunicar toda informação relevante, na forma e no período determinados, a fim de permitir a realização dos procedimentos estabelecidos e outras responsabilidades, orientar a tomada de decisão, permitir o monitoramento de ações e contribuir para a realização de todos os objetivos de controle interno.

Instrumento bastante usual na contabilidade, as demonstrações contábeis são elaboradas e divulgadas pelas entidades do serviço público e possuem extrema importância para o controle deste setor. Elas devem conter a identificação da entidade do setor público, da autoridade responsável e do contabilista. Elas são classificadas em: (a) Balanço Patrimonial; (b) Balanço

Orçamentário; (c) Balanço Financeiro; (d) Demonstração das Variações Patrimoniais; (e) Demonstração dos Fluxos de Caixa e (f) Demonstração do Resultado Econômico.

Existe um momento essencial quando há uma disponibilização à sociedade das demonstrações contábeis em suas versões simplificadas, seguindo as seguintes formas: (a) publicação na imprensa oficial em qualquer das suas modalidades; (b) **remessa aos órgãos de controle interno e externo** (grifo nosso), a associações e a conselhos representativos; (c) a disponibilização das Demonstrações Contábeis para acesso da sociedade em local e prazos indicados; (d) disponibilização em meios de comunicação eletrônicos de acesso público.

A razão é que as demonstrações contábeis devem, acima de tudo, emitir comandos que sejam praticáveis para quem as elabora, para quem audita e, como desafio, para os vários segmentos interessados em suas ações. Este último aspecto pode ser fortalecido através da produção de conteúdos e do desenvolvimento de programas de ensino a distância e presencial, bem como através da publicação de livros e de outros materiais de divulgação, como cartilhas governamentais, que esclareçam ainda mais aspectos relativos ao mundo da contabilidade aplicada ao setor público.

A adoção de princípios e normas diferentes do que seja recomendável pela boa técnica ou decorrentes da falta de consenso entre os diversos órgãos das unidades da Federação pode ocasionar demonstrações que não representem adequadamente a situação patrimonial, dificultando sobremaneira a atuação dos órgãos de controle frente ao conhecimento contábil no espaço público.

As novas demandas sociais estão a exigir um novo padrão de informações geradas pela contabilidade aplicada ao setor público, com demonstrativos – item essencial das prestações de contas dos gestores públicos – elaborados de modo a facilitar, por parte dos seus usuários e por toda a sociedade, a adequada interpretação dos fenômenos patrimoniais do setor público, o acompanhamento do processo orçamentário e a análise dos resultados econômicos.

No entanto, tem-se uma verdadeira prática com o objetivo de fortalecer o que podemos chamar de instrumentalização social, alicerçadas com o envio para os órgãos de controle interno e externo das referidas demonstrações

contábeis. Sendo assim, faz-se necessário o entendimento por parte dos órgãos fiscalizadores de um aparato técnico e conceitual contábil para a consecução das atividades associadas ao setor público.

Portanto, é muito relevante perceber esses momentos de encontro pelo qual está passando o mundo contábil e as ações dos órgãos de controle no setor público, visto que estes órgãos necessitam e buscam se apropriar de um aparato conceitual e prático relativo às mutações no âmbito do patrimônio público, sendo a contabilidade uma ciência que lhes facilitará o dia-a-dia.

Considerações Finais

As normas técnicas do CFC são voltadas ao profissional de contabilidade, servindo de instrumento balizador das práticas a serem adotadas. Entretanto, em alguns casos, digo, em muitos casos, as normas do CFC também buscam a harmonização com os dispositivos emanados de órgãos reguladores, tais como Banco Central do Brasil (BCB), Comissão de Valores Mobiliários (CVM), Superintendência de Seguros Privados (SUSEP) e Agências Reguladoras; e, no âmbito do setor público, com normas e orientações da Secretaria do Tesouro Nacional (STN) e dos Tribunais de Contas.

É inquestionável que todo o processo de acompanhamento e controle do patrimônio público deve partir do estudo dos fenômenos e transações que o afetam. Conseqüentemente, deve existir a necessária integração e harmonização na interpretação dos atos e fatos administrativos.

Na atuação do controle interno e externo, em conformidade com o conhecimento elaborado na área contábil, as suas ações devem estar em consonância com as modificações e atualizações que vêm acontecendo no mundo da Contabilidade.

Para isso, não é concebível que haja uma atitude verdadeiramente voltada ao controle quando há “vista grossa” ou não aplicação, na prática, do que enunciam as Normas Brasileiras de Contabilidade Aplicadas ao Setor Público ou outros instrumentos, legais e conceituais, que são elaborados para o melhor entendimento do patrimônio público.

Ambos não são concorrentes, mas, sim, aliados nesse percurso árduo e difícil da sedimentação de práticas democráticas no Brasil, que culminam com

uma cidadania solidificada através de uma ótima gestão dos recursos públicos, que é imprescindível nas ações voltadas ao controle e ao fortalecimento da instrumentalização social, exercendo a contabilidade um papel relevante. Como pode ser visualizado nas Orientações Estratégicas para a Contabilidade Aplicada ao Setor Público no Brasil:

A institucionalização da Contabilidade aplicada ao setor público perpassa todos os níveis de atuação, devendo ser inserida no modo de vida, no vocabulário, nas conversas, enfim, nas preocupações cotidianas, para um exercício pleno de cidadania (grifo nosso). Esta diretriz ambienta ações para a qualificação integrada de órgãos e entidades, nas várias fases do ciclo operacional do setor público, bem como a promoção de intercâmbios de experiências nacionais e internacionais de controle social, voltados à boa gestão dos recursos públicos e à redução da desigualdade social.

Uma gestão do patrimônio público pressupõe um controle social forte e participativo, não se restringindo somente aos que estejam inseridos na Administração e no controle dela, mas a sociedade como um todo, a partir da instrumentalização social por meio do conhecimento contábil acerca do que é permutado ou modificado durante as transações financeiras que afetam o patrimônio público.

Desse modo, encontramos nas normas contábeis emitidas pelo CFC a Resolução número 1.129/08, afirmando que o patrimônio público tem que ser informado à sociedade através da estrutura existente na contabilidade.

Afinal, o conjunto favorece à efetiva prática do controle social, na medida em que fornece “informações que sejam compreensíveis e úteis aos cidadãos”, possibilitando mecanismos de acompanhamento sobre as mutações patrimoniais e evidenciando o direcionamento dado ao dinheiro público. Ademais, o patrimônio público é algo que pertence à sociedade, uma vez que os recursos bem geridos criam condições à promoção e ao desenvolvimento social.

A efetiva implementação da norma contábil, associada às ações de controle, proporciona, entre os seus aspectos inovadores: maior transparência;

aumento da comparabilidade e informações com mais qualidade. Porém as normas existentes por si só não garantem o que elas direcionam. Então, é preciso haver uma proximidade cada vez maior entre a área contábil e as atividades de controle, seja ele interno ou externo.

Nessa caminhada, eficiência e transparência são conceitos que não podem ser esquecidos pelos órgãos de controle na análise dos recursos públicos e nas transações no setor público. Além disso, busca-se um agir em consonância com os alicerces da contabilidade, ética e responsabilidade social.

A antiga presidenta do Conselho Federal de Contabilidade, Maria Clara Cavalcante Bugarim, ressalta que a modernização da Contabilidade Pública necessita da participação de muitos setores, pois “durante esse processo de modernização da mesma, sempre enfatizamos a necessidade de participação de muitos setores, e o controle externo (grifo nosso) tem tido um papel primordial”.

De acordo com José Francisco Ribeiro Filho, os profissionais de contabilidade que atuam no setor público brasileiro sempre assumem a tarefa fundamental de disponibilizar normas construídas sob a égide da ciência contábil, que devem permitir, cada vez mais, a instrumentalização do controle social.

Sendo assim, a contabilidade assume seu papel de fonte de informação para as organizações do setor público, servindo de referência de consulta, registro, mensuração e evidenciação das políticas e dos atos e fatos da gestão pública. Dessa forma, a elaboração das normas:

(...) parte do princípio de que a Contabilidade Aplicada ao Setor Público não deve se limitar a questões orçamentárias e legais, pois o processo de controle do patrimônio público deve partir do estudo dos fenômenos das transações que o afetam e, conseqüentemente, deve está referenciado em uma adequada base conceitual capaz de proporcionar a necessária harmonização na interpretação dos atos e dos atos administrativos originários da administração pública

A portaria número 184, de 25 de agosto de 2008, evidencia também a importância de que os entes públicos disponibilizem informações contábeis

transparentes e comparáveis, que sejam compreendidas por analistas financeiros, investidores, auditores, contabilistas e demais usuários, independentemente de sua origem e localização. E uma boa disponibilização perpassa por um conhecimento acerca do que vem acontecendo na contabilidade pública brasileira no início do século XXI.

Sem dúvida, as rotinas de controle adotadas, antes de tudo, devem ser conhecidas e, posteriormente, obedecidas por todos, e o controle interno e o externo são parte inerente de todo processo organizacional. E, se adotados de maneira correta, contribuem para que a contabilidade seja capaz de gerar informações indispensáveis ao processo de tomada de decisão no setor público.

O controle interno tem um papel relevante na fiscalização contábil, financeira, orçamentária e também operacional e patrimonial da Administração Pública. Com efeito, o êxito da Administração dependerá fundamentalmente da importância dada àquele tipo de controle no seu *métier*, exercido juntamente com os direcionamentos legais e conceituais da contabilidade.

A rigor, a questão da transparência com participação social só será efetivada com uma popularização maior do conhecimento contábil, fazendo as discussões realizadas em fóruns, seminários, grupos de trabalho, dentre outros espaços, alcançarem um número crescente de brasileiros.

Logo, entendemos que a contabilidade e os órgãos de controle, interno e externo, devem atuar de forma convergente para o fortalecimento do papel de ambos no setor público, uma vez que múltiplas mudanças vêm acontecendo no campo do conhecimento contábil referente aos aspectos legais e às questões conceituais. Além disso, há uma necessidade de aperfeiçoamento constante dos órgãos de controle interno e externo para se familiarizarem com o novo contexto em que se insere a “ciência que estuda o patrimônio”, especialmente, como foco da contabilidade pública, o patrimônio público.

Isto é, precisamos ultrapassar a ideia da redução do campo contábil a um simples método de registro e reafirmá-lo como única forma de tratamento dos fenômenos patrimoniais, assim como sua adequada evidenciação, haja vista que a contabilidade assume seu papel de fonte de informação para as organizações do setor público, servindo como referência de consulta, registro, mensuração e evidenciação das políticas e atos da gestão pública.

Referências Bibliográficas

ABREU, Danyeli Ferreira de. **Controle Interno e sua importância na desburocratização da Administração Pública..** Disponível em <http://www.artigos.com/artigos/sociais/contabilidade/>.

BRASIL. Constituição Federal de 1988.

BRASIL. Portaria número 184/08, editada pelo Ministério da Fazenda.

Contabilidade Pública passa por Evolução. In: **Revista Brasileira de Contabilidade**, número 173, setembro/outubro, 2008.

Conselho Federal de Contabilidade. RESOLUÇÃO CFC Nº. 1.128/08.

_____. RESOLUÇÃO CFC Nº. 1.129/08.

_____. RESOLUÇÃO CFC Nº. 1.130/08.

_____. RESOLUÇÃO CFC Nº. 1.131/08.

_____. RESOLUÇÃO CFC Nº. 1.132/08.

_____. RESOLUÇÃO CFC Nº. 1.133/08.

_____. RESOLUÇÃO CFC Nº. 1.134/08.

_____. RESOLUÇÃO CFC Nº. 1.136/08.

_____. RESOLUÇÃO CFC Nº. 1.137/08.

_____. RESOLUÇÃO CFC Nº. 1.268/09.

_____. RESOLUÇÃO CFC Nº. 1.366/11.

_____. Orientações Estratégicas para a Contabilidade Aplicada ao Setor Público no Brasil.

NIYAMA, Jorge Katsumi; SILVA, César Augusto Tibúrcio da. **Teoria da contabilidade.** São Paulo: Atlas, 2008.

PORTO, Maria Alice. **Tópicos Contemporâneos em Contabilidade.** Disponível em <http://www.artigos.com/artigos/sociais/contabilidade/>.

SANTOS, Ueslei Oliveira dos. **O Controle Interno como ferramenta de Gestão**. Disponível em <http://www.artigos.com/artigos/sociais/contabilidade/>.

TAKEDA, Tatiana. **Diferenças entre controle interno e externo**. Acessado em http://www.jurisway/dhall.asp?id_dh=1136.

O equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos: revisão, recomposição, reajuste e repactuação de preços – uma nova abordagem jurídica

Diego Nogueira Kaur¹

Resumo: O presente trabalho visa a abordar o tema equilíbrio econômico-financeiro nos contratos administrativos, mormente os instrumentos utilizados para que seja assegurada a adequação financeira do ajuste. Não obstante já existirem diversos trabalhos sobre o tema, observamos que funda celeuma ainda paira sobre o assunto. Cotidianamente, no exercício de nosso mister, deparamo-nos com inúmeros processos abordando o tema em foco, o que nos levou a elaborar o presente artigo. Assim, de forma concisa e com linguagem objetiva, buscaremos pôr uma pá de cal no que tange às controvérsias existentes, mais precisamente no que se refere aos institutos da revisão, recomposição, reajuste e repactuação de preços.

Palavras Chave: Equilíbrio Econômico-Financeiro; Revisão; Recomposição; Repactuação; Reajuste.

Todo contrato administrativo deve possuir uma adequação financeira, ou seja, a equivalência entre o objeto contratado e seu preço, desde a celebração do contrato até o seu término. Não se trata apenas da equivalência inicial do ajuste, mas também da sua manutenção até o exaurimento do pacto, inclusive após sua conclusão.

Figura como essencial e corolário do princípio da isonomia a manutença

¹ Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza, Especialista em Direito Processual Lato Sensu, Especialista em Direito e Processo Tributário, Procurador do Município de Teresina, Advogado.

do equilíbrio econômico-financeiro durante todo o ajuste. Tal equilíbrio financeiro é garantia de ambas as partes acordantes, configurando norma de segurança contratual.

A Carta Magna, em seu art. 37, XXI, assegura a garantia das propostas, corolário da cláusula do equilíbrio econômico-financeiro. A adequação financeira não visa apenas à manutenção ordinária do contrato, mas também, de forma necessária, à garantia das partes diante de situações extraordinárias. A teoria da imprevisão é corolário destas situações.

As partes, ao firmarem um contrato administrativo, pretendem de forma implícita que o equilíbrio econômico-financeiro seja mantido durante todo o ajuste. Como bem salienta José Dos Santos Carvalho Filho² (CARVALHO FILHO, 2010, P. 216), “o efeito principal desse verdadeiro postulado contratual é o de propiciar às partes a oportunidade de restabelecer o equilíbrio toda vez que de alguma forma mais profunda for ele rompido ou, quando impossível o restabelecimento, ensejar a própria rescisão do contrato”.

Note-se que é preferível e sempre indicado a tentativa de restabelecimento da equação financeira. A rescisão do ajuste só ocorrerá caso seja impossível o restabelecimento do equilíbrio financeiro.

Na mesma linha do acima esposado, André Laubadère³ (LAUBADÈRE, 1970, p. 327) leciona que “...em todo contrato administrativo existe, expresso ou implícito, um direito do contratante a um certo equilíbrio financeiro do contrato”.

Diante de tudo o que foi dito, observa-se que o equilíbrio econômico-financeiro é uma vertente em todo o contrato administrativo, devendo ser observado de forma fundamental e essencial pelos acordantes. Corolário do princípio da segurança contratual, torna-se primordial, como garantia das partes, a manutenção da equação financeira do ajuste.

² CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 23. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2010, p. 216.

³ André de Laubadère, “*traité de droit administratif*, 5^a ed., LGDF, 1970, pág. 327

O art. 58, § 2º, da Lei 8.666/93 estabelece que, na hipótese de modificação unilateral do contrato para melhor adequá-lo às finalidades de interesse público, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual. Ademais, o § 1º do citado dispositivo prevê que as cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.

Ronny Charles Lopes de Torres⁴ (TORRES, 2011, p. 367) ensina que:

Deve ser respeitada a relação entre encargos e vantagens prevista na proposta do licitante vencedor, permitindo-se que elevações de encargos dêem ensejo ao correspondente aumento dos valores devidos pela Administração. Da mesma forma, a diminuição de encargos previstos na relação contratual original pode dar azo à diminuição dos pagamentos atinentes. Trata-se o que a doutrina chama de princípio da intangibilidade da equação econômico-financeira do contrato administrativo.

Nesse sentido, destaque-se que há situações que podem ensejar o rompimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo. Tais situações, em alguns casos, podem ser evitadas, em outras são inevitáveis. Mas, em face de eventual desequilíbrio econômico do pacto, deve-se proceder ao seu restabelecimento financeiro.

Diversos fatos podem ensejar o rompimento do equilíbrio econômico-financeiro, tais como o fato do príncipe, fato da administração, caso fortuito, força maior, interferências imprevistas, etc. Há fatos, porém, que aparentemente ocasionam o desequilíbrio financeiro, mas, na verdade, correspondem a meras

⁴ TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Leis de Licitações Públicas Comentadas*. 4. ed. Bahia: Juspodivm. 2011, p. 367.

atualizações financeiras do ajuste, como aumento superficial da inflação, “aumento” pontual de salários de trabalhadores, dentre outros.

Da mesma forma como há fatos que ocasionam o desequilíbrio financeiro, há diversas formas de sua restauração, tais como o reajuste, revisão, repactuação, recomposição, dentre outros.

O Reajuste, nas precisas lições de José dos Santos Carvalho Filho⁵ (CARVALHO FILHO, 2010, p. 217), “se caracteriza como fórmula preventiva, normalmente usada pelas partes já no momento do contrato, com vistas a preservar os contratados dos efeitos de regime inflacionário”.

Todo contrato possui um risco normal, que denominamos de álea ordinária do ajuste. São fatos que ordinariamente e de forma previsível ou prevista ocasionam o desequilíbrio contratual. Diante desses acontecimentos, ocorre o reajuste para preservar a adequação financeira do contrato.

Na realidade, diante de risco normal/álea ordinária, não há desequilíbrio econômico-financeiro, *a priori*. O desequilíbrio é meramente aparente, ensejando mero reajuste e restabelecimento do valor pactuado, com sua devida atualização.

Acerca do tema, Lucas Rocha Furtado⁶ (FURTADO, 2007, p.616), em uma de suas obras, leciona que:

O reajuste de preços está relacionado a variações de custos de produção que, por serem previsíveis, poderão estar devidamente indicados no contrato. Normalmente, são utilizados como critérios para promover o reajuste do valor do contrato índices que medem a inflação, como o índice nacional de preços ao

5 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 23. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2010, p. 217.

6 FURTADO, Lucas Rocha. Curso de Licitações e Contratos Administrativos. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 616.

consumidor – INPC, índices setoriais, ou índices de variação salarial. As cláusulas que prevêm o reajuste de preços têm o único objetivo de atualizar os valores do contrato em face de situações previsíveis (expectativa de inflação, variação de salários, etc.). A bem da verdade, o reajuste de preços deve ser visto como meio de reposição de perdas geradas pela inflação.

Como se observa, o reajustamento de preços decorre de fatos previsíveis que ocasionam a perda do valor da moeda, incidindo de forma reflexa no contrato.

Dissemos acima que, *a priori*, a ocorrência de fatos previsíveis ensejará o aparente desequilíbrio financeiro do ajuste. *A priori* porque, mesmo diante de fatos previsíveis, a alteração econômico-financeira do ajuste pode ser de tal monta que possa gerar um desequilíbrio do ajuste. O fato era previsível, mas sua consequência foi incalculável.

Assim, não se procede a um mero reajustamento, mas, sim, a outro instituto, que mais adiante será explicado.

Ainda tratando do tema reajustamento de preços, urge salientar que a Lei nº 8.666/93 dispõe sobre critérios de reajustamento. Conforme dispõe o estatuto de licitações e contratos administrativos, os critérios de reajustamento devem estar previstos no contrato e nos termos do art. 55, III, da Lei nº 8.666/93; são cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento. Para ocorrer reajuste, é necessária previsão contratual. As normas vigentes exigem que os critérios regedores do reajuste sejam previamente definidos no contrato. A ausência de previsão contratual inviabiliza o reajuste de preços.

Corroborando o entendimento acima cabe trazer à baila nossa

jurisprudência pátria:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO - CONTRATO ADMINISTRATIVO - REAJUSTE DE PREÇOS - AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO CONTRATUAL -DESCABIMENTO.

1. O reajuste do contrato administrativo é conduta autorizada por lei e convencionada entre as partes contratantes que tem por escopo manter o equilíbrio financeiro do contrato. 2. Ausente previsão contratual, resta inviabilizado o pretendido reajustamento do contrato administrativo. 3. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, não provido. STJ – RECURSO ESPECIAL Resp. 730568 SP 2005/0036315-8(STJ)

Repita-se o que foi dito acima: o reajustamento, para incidir, deverá estar previsto expressamente no contrato e deverá decorrer de fatos previsíveis, salvo se estes fatos ensejarem consequências incalculáveis, que, no caso, ocasionarão o desequilíbrio econômico de fato. Ademais, o reajuste, em obediência ao que determina a legislação que implantou o Plano Real, não poderá ocorrer em período inferior a um ano da data da apresentação das propostas, e não da assinatura do contrato ou do início de sua vigência.

Ocorre que, em que pese haver disposição de necessidade de reajuste no interregno de um ano, isso não indica a imutabilidade de preços neste período. Parafraseando Lucas Rocha Furtado, no interregno de um ano, os preços podem sofrer alteração, mas o reajustamento contratual só poderá incidir após o período de um ano.

Podemos citar como fatos ensejadores de reajuste contratual os dissídios coletivos, as convenções coletivas de trabalho, variações salariais decorrentes

de regimes inflacionários, aumento de custos de produtos, serviços decorrentes da inflação, dentre outros.

Por necessidade de esclarecimento do tema acima e tendo em vista certa celeuma decorrente das consequências advindas das convenções coletivas de trabalho, expliquemos melhor.

Sabe-se que as convenções coletivas de trabalho ensejam mero reajuste de preços. Pode ocorrer que determinada categoria de trabalhadores receba aumento de 25% em seus salários, tendo em vista convenção coletiva de trabalho. Em que pese haver previsibilidade do fato, o seu efeito é incalculável, ensejador de desequilíbrio contratual. Neste caso, e somente neste, justifica-se a aplicação da teoria da imprevisão e o afastamento de mero reajuste.

Mas, repita-se, é regra geral que os dissídios coletivos ensejam mero reajuste contratual. Casuisticamente, em análise ao caso concreto, pode-se realizar uma revisão caso a convenção coletiva surta efeito incalculável no ajuste. Conforme se observa da jurisprudência colacionada abaixo, nossos tribunais possuem entendimento pacífico de que, em regra, a convenção coletiva de trabalho enseja mero reajuste contratual, senão vejamos:

ADMINISTRATIVO. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. CONVENÇÃO COLETIVA POSTERIOR AO CONTRATO QUE AUMENTA SALÁRIO DOS EMPREGADOS DA EMPRESA CONTRATADA. EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO. ART. 65 DA LEI 8.666/93. INOCORRÊNCIA.

1. A empresa agravante foi vencedora de processo de licitação (contrato nº 077/2001), tendo celebrado o contrato de prestação de serviço em 3.8.01 para fornecer mão-de-obra de apoio. A proposta apresentada em 16.04.01 não continha previsão de reajuste

salarial que foi concedido à categoria no mês de novembro de 2001 no percentual de 7%.

2. A aléa ordinária e previsível é risco inerente a todo contrato.

3. A revisão do contrato deriva da ocorrência de um fato superveniente não esperado nem previsto pelos contratantes.

4. O aumento salarial a que está obrigada a contratada por força de dissídio coletivo não é fato imprevisível capaz de autorizar a revisão contratual de que cuida o art. 65 da lei 8.666/93.

5. A concessão de aumento salarial aos empregados da contratada, por força de dissídio coletivo, não se caracteriza como causa a ensejar a revisão do contrato, porque não existe desequilíbrio econômico-financeiro, que somente se configuraria se o encargo trabalhista fosse imprevisível, precedente do STJ e do TRF/1º Região.

6. Agravo de instrumento interposto por Worktime Assessoria Empresarial Ltda improvido.

1. A empresa agravante foi vencedora de processo de licitação (contrato nº 077/2001), tendo celebrado o contrato de prestação de serviço em 3.8.01 para fornecer mão-de-obra de apoio. A proposta apresentada em 16.04.01 não continha previsão de reajuste salarial que foi concedido à categoria no mês de novembro de 2001 no percentual de 7%. 2. A aléa ordinária e previsível é risco inerente a todo contrato. 3. A revisão do contrato deriva da ocorrência de um fato superveniente não esperado nem previsto pelos contratantes. 4. O aumento salarial a que está obrigada a

contratada por força de dissídio coletivo não é fato imprevisível capaz de autorizar a revisão contratual de que cuida o art. 65 da lei 8.666/93. 5. A concessão de aumento salarial aos empregados da contratada, por força de dissídio coletivo, não se caracteriza como causa a ensejar a revisão do contrato, porque não existe desequilíbrio econômico-financeiro, que somente se configuraria se o encargo trabalhista fosse imprevisível, precedente do STJ e do TRF/1º Região. 6. Agravo de instrumento interposto por Worktime Assessoria Empresarial Ltda improvido. (AG 2003.01.00.036417-7/DF, Rel. Desembargadora Federal Selene Maria De Almeida,

Quinta Turma,DJ p.101 de 31/05/2004)

Em exame recurso especial interposto pela Conservadora Amazonas Ltda contra acórdão do TRF da 5ª Região, assim ementado:

ADMINISTRATIVO. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO. AUMENTO DO PISO SALARIAL DA CATEGORIA. EQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO. ART. 65 DA LEI Nº 8.666/93. TEORIA DA IMPREVISÃO. INAPLICABILIDADE. MANIFESTA PREVISIBILIDADE DO FATOS. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

1. Invoca a requerente a teoria da imprevisão adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro e insculpida no art. 65 da Lei nº 8.666/93, em razão da superveniência de convenção coletiva de trabalho da categoria.

2. A aplicação da teoria da imprevisão dá-se lugar quando fatos novos, imprevisíveis ou imprevisíveis, ou ainda previsíveis, mas de conseqüências incalculáveis, estranhos à vontade das partes,

causam desequilíbrio do contrato e refletem na economia e na execução do mesmo, importando em sua alteração a fim de restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente.

3. Somente se cogitará em se restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro do contrato quando presentes os pressupostos fáticos previstos em lei, isto é, fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências 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.

4. No caso em apreço não se vislumbram os citados pressupostos, eis que não ocorreu evento extraordinário e imprevisível a justificar a alteração do contrato, ou mesmo fato imprevisível de conseqüências incalculáveis. As convenções coletivas de trabalho têm prazo certo ou mesmo data provável a se realizarem, sendo, portanto, do conhecimento do contratada, ora requerente, o possível reajuste do salário da categoria. Ademais, era manifestamente previsível o aumento do piso salarial da categoria, porquanto de acordo com o documento de fls. 95 e segs, acostado aos autos pela requerente, a convenção coletiva de trabalho celebrada em 20 de janeiro de 2000 possuía prazo de validade até 31 de dezembro de 2001, mantendo-se, assim, a data-base da categoria profissional em 1º de janeiro.

Destarte, autora tinha ciência da convenção coletiva imediatamente anterior da categoria.

5. Realce-se que os fatos os quais importam a incidência do disposto no art. 65, II, d, da Lei nº8.666/93, devem, decerto, desequilibrar totalmente a equação financeira estabelecida pelas partes, com sobrecarga financeira de tal monta a retardar ou impedir a execução do contrato, o que, entretantes, não é o caso dos autos.

6. Conclui-se que o aumento do piso salarial da categoria trata-se de fato previsível e de conseqüências calculáveis, razão pela qual não se aplica o art. 65, II, da Lei nº 8.666/93 Conseqüentemente, não se verifica o rompimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, eis que caberia a requerente formular proposta, tendo em conta as circunstâncias previsíveis, não se podendo imputar à Administração o ônus de arcar com possíveis prejuízos causados pela omissão da própria contratada.

7. “O aumento salarial a que está obrigada a contratada por força de dissídio coletivo não é fato imprevisível capaz de autorizar a revisão contratual de que trata o art. 65 da Lei 8.666/93” . 8.(RESP nº 411101/PR e RESP nº 382260, entre outros) Remessa ex officio provida.

Alega-se violação do art. 65, III, d, da Lei 8.666/93, que prevê a possibilidade de alteração do contrato para restabelecer a relação que as partes pactuaram judicialmente 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. Nesse passo, afirma que a proposta somente poderia ser elaborada com base no piso salarial em vigor, o qual, in casu, foi o estabelecido pela Convenção Coletiva de 2000, e com a celebração da nova Convenção de 2001, adveio um inesperado reajuste no substancial importe de 20,9%, de modo que resta caracterizada a hipótese do art. 65, III, d, da Lei 8.666/93. Contra-razões de recurso às fls. 240 e. É o relatório. seguintes Passo a decidir. O inconformismo não merece prosperar. Inicialmente, registro que o Tribunal de origem, ao considerar que o aumento do piso salarial da categoria é fato previsível e de conseqüências calculáveis, valeu-se do entendimento pacífico desta Corte Superior.

Isto posto, passemos à análise da repactuação de preços.

A repactuação de preços consiste em hipótese especial de reajustamento. Aplica-se tal instituto somente aos contratos de serviços contínuos, visando-se a recuperar os valores contratados diante de defasagem provocada pela inflação.

Urge ressaltar que tal instituto não se vincula a um índice específico de correção, mas simplesmente à variação de custos do contrato. Ademais, para ocorrer repactuação, é necessário o interregno mínimo de um ano da data da proposta ou da data do orçamento a que a proposta se referir.

Como bem salientado por Lucas Rocha Furtado, já devidamente citado acima, o fundamento para repactuação se encontra na Lei nº 10.192/2001, art. 3º, § 1º, Decreto nº 2.271/97, e na Instrução Normativa do Maré nº 18/97.

Assim, temos que a repactuação decorre de fatos previsíveis, assim como o reajuste, mas se diferencia por determinados aspectos.

Bastante elucidativo é o Parecer AGU /JTB/ 01/2008, acerca do instituto da repactuação, que em breve linhas estabelece:

- I) a repactuação é considerada uma espécie de reajustamento de preços;
- II) a repactuação surge com a demonstração analítica dos componentes dos custos que integram o contrato;
- III) a repactuação deve estar prevista no edital;
- IV) a repactuação somente é possível após o interregno de 1 (um) ano;

V) a contagem do interregno de 1 (um) ano terá como referência a data da proposta ou a do orçamento a que a proposta se referir, ou, ainda, a data da última repactuação;

VI) considera-se como data do orçamento a data do Acordo, Convenção, Dissídio Coletivo de Trabalho ou equivalentes que estipular o salário vigente à época da apresentação da proposta;

VII) os efeitos financeiros decorrentes da repactuação, motivada em decorrência de majoração salarial, devem incidir a partir da data das respectivas majorações, podendo ser pleiteada após o interregno mínimo de 1 (um) ano da data da homologação da Convenção ou Acordo Coletivo que fixou o novo salário normativo da categoria profissional abrangida pelo contrato objeto do pedido de repactuação; e

VIII) a repactuação deverá ser pleiteada até a data da prorrogação contratual subsequente, sob pena de ocorrer preclusão lógica de exercer o seu direito.

Por apego ao preciosismo e melhor entendimento do tema, urge traçar um breve paralelo entre reajuste e repactuação de preços.

REAJUSTE DE PREÇOS

- a) Decorre de fatos previsíveis;
- b) Necessita de prévia e expressa previsão contratual;
- c) Observa o art. 55, inciso III, da Lei nº 8.666/93;

- d) Observa o interregno de 1 (um) ano da data da apresentação das propostas;
- e) Visa a recompor a corrosão da moeda decorrente de efeitos inflacionários;
- f) Vincula-se a índice estabelecido contratualmente;

REACTUAÇÃO DE PREÇOS

- a) Decorre de fatos previsíveis; é uma espécie especial de reajuste de preços;
- b) Aplica-se somente aos contratos cujo objeto seja a prestação de serviços contínuos;
- c) Necessita de prévia previsão editalícia e contratual;
- d) Observa os critérios estabelecidos na Lei nº 8.666/93;
- e) Observa o interregno mínimo de 1 (um) ano da data da proposta ou da data do orçamento a que a proposta se referir;
- f) Visa a recompor a corrosão da moeda decorrente de efeitos inflacionários; e
- g) Vincula-se à demonstração analítica da variação de custos do contrato;

Observa-se, diante do exposto, que, embora reajuste e reactuação

sejam institutos semelhantes, estes se diferenciam por algumas peculiaridades.

Vale ressaltar, por fim, que, ao se admitir que o termo inicial para contagem de um ano para se proceder à repactuação seja a data do orçamento a que a proposta se referir, entendida essa data como sendo a do dissídio coletivo, busca-se evitar a defasagem no custo da mão de obra. Parafraseando mais uma vez Lucas Rocha Furtado, após a assinatura do contrato, tão logo ocorra o dissídio, poderá o contratado pleitear a repactuação, sem precisar o exaurimento do prazo de um ano a contar da data da proposta ou assinatura do contrato.

Passada a análise dos fatos previsíveis que provocam aparente desequilíbrio contratual, analisemos no presente momento as consequências de fatos extraordinários nos contratos administrativos.

Como dito alhures, diversos fatos podem ensejar o rompimento do equilíbrio econômico-financeiro, tais como o fato do príncipe, fato da administração, caso fortuito, força maior, interferências imprevistas, etc. Tais fatos são imprevisíveis, ou até mesmo previsíveis, mas de efeitos extraordinários incalculáveis. P. ex., sabe-se que, em determinada localidade, no período de abril a junho, há fortes precipitações em todo o Estado. Digamos que um contrato de obra pública está em pleno andamento no ano de 2012 e que no mês de abril as fortes chuvas ultrapassam o previsto ou previsível, gerando consequências incalculáveis incidindo diretamente no equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Temos, assim, fato previsível (chuvas durante o período de abril a junho), mas que naquele período (ano de 2012) gerou consequências mais danosas, incidindo diretamente no equilíbrio financeiro do contrato, ou até mesmo no contrato.

Diante de tais fatos, procede-se à aplicação da teoria da imprevisão com fundamento na cláusula *rebus sic stantibus*.

Trocando em miúdos, as coisas devem permanecer como estão, como foram acordadas, mas, diante de fatos supervenientes, pode-se proceder à

adequação contratual às novas contingências.

Fernanda Marinela⁷ (MARINELA, 2010, p. 458) bem explica tal teoria:

Para a maioria da doutrina, a teoria da imprevisão, denominada antigamente cláusula *rebus sic stantibus*, consiste no reconhecimento de que eventos novos, imprevistos e imprevisíveis pelas partes e a elas não imputados, alteram o equilíbrio econômico-financeiro, refletindo sobre a economia ou na execução do contrato, autorizam sua revisão para ajusta-lo à situação superveniente, equilibrando novamente a relação contratual. Portanto, a ocorrência deve ser superveniente, imprevista (porque as partes não imaginaram), imprevisível (porque ninguém no lugar delas conseguiria imaginar – algo impensável) e que onera demais o contrato para uma das partes, exigindo-se a recomposição.

Ocorrendo tais fatos, é necessário se proceder à devida adequação contratual através da recomposição ou revisão.

A revisão, conforme as lições de José dos Santos Carvalho Filho, já citadas acima, “deriva da ocorrência de um fato superveniente, apenas suposto (mas não conhecido) pelos contratantes quando firmam o ajuste”.

Nota-se que a revisão decorre de fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências imprevisíveis, ou seja, a álea extraordinária do contrato. Como foi dito acima, o fato pode ser ensejador de mero reajuste, mas, se diante de sua ocorrência, as consequências forem incalculáveis, procede-se à revisão.

Como corolário do princípio da necessidade de adequação financeira, a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos, possui regra vazada no art. 65, II, d, que dispõe:

⁷ MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus. 2010, p. 458.

Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados com as devidas justificativas por acordo das partes 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 ou extracontratual.

Observa-se, assim, pelo exposto, que o equilíbrio econômico-financeiro é uma vertente em todo contrato administrativo. Deve ser considerado como um direito da Administração e do contratado. Incide sua restauração nos casos extraordinários de forma automática, independentemente de previsão no contrato. A Advocacia Geral da União, na Orientação Normativa nº 22, em sua ementa dispõe: “O reequilíbrio econômico-financeiro pode ser concedido a qualquer tempo, independentemente de previsão contratual, desde que verificadas as circunstâncias elencadas na letra “d” do inc. II, do art. 65, da Lei nº 8.666, de 1993”.

Da mesma forma que a revisão, a recomposição de preços é motivada pela aplicação da teoria da imprevisão, estando relacionada à ocorrência de fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis.

Assim, diante de tais fatos que incidem diretamente no contrato, procede-se à revisão ou recomposição de preços.

Em suma, para ocorrer revisão ou recomposição contratual, é necessária a conjugação dos seguintes requisitos: a) existência de fato imprevisível ou previsível de consequências incalculáveis que incidam diretamente no ajuste;

b) desequilíbrio econômico-financeiro decorrente desse fatos.

Ademais, não há necessidade de prévia disposição contratual para se realizar a revisão ou recomposição. Ocorrido o fato, procede-se à revisão ou recomposição de preços.

Dessarte, esperamos ter exaurido o tema em foco e solucionado as controvérsias existentes. Sabemos que a labuta diária daqueles que estão diante de contratos administrativos é árdua. Todavia, com o presente estudo, almejamos ter ajudado de alguma forma o ilustre leitor.

Referências Bibliográficas

BRASIL. STJ – RECURSO ESPECIAL Resp. 730568 SP 2005/0036315-8(STJ). DJ. 26.09.2007, p. 202

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 23. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2010.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Licitações e Contratos Administrativos**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 616.

LAUBADÈRE. **“troité de droit administratif**. 5ª ed., LGDF, 1970.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus. 2010, p. 458.

Parecer AGU /JTB/ 01/2008 Processo N° 00400.010482/2008-69 Interessado: Tribunal de Contas da União. Brasília. 02.10.2008

TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Leis de Licitações Públicas Comentadas**. 4. ed. Bahia: Juspodivm. 2011, p. 367.

A inclusão social das pessoas com deficiência como efeito da efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana: análise no plano normativo

Aline Cristina Bezerra Leite Carvalho Lima¹

Resumo: A Segunda Guerra Mundial revelou-se como divisor de águas no cenário de proteção às pessoas com deficiências. Após seu fim, enfatizou-se o princípio da dignidade da pessoa humana, que passou a ser tema em diversos encontros internacionais, norteando as questões ligadas a esse grupo minoritário. Este trabalho visa a revelar à comunidade acadêmica a evolução da situação normativa brasileira no plano nacional e internacional quanto à proteção às pessoas com deficiência. Para isso, foram realizadas pesquisas em doutrinas, jurisprudências nacionais e estrangeiras, bem como na internet. Dentre os resultados obtidos, constatou-se que a atenção às pessoas com deficiência foi salientada sobremaneira desde a metade do séc. XX. Desde a classificação do grupo como sendo minorias, a preocupação em identificar coerentemente o termo deficiência, até a elaboração de tratados internacionais específicos para o grupo. Neste ínterim, o princípio da dignidade da pessoa humana permeou toda a evolução do amparo nacional e internacional, conferindo proteção a todas as pessoas pelos simples fato de serem humanas. A vida humana aúfere, finalmente, o valor devido, não sendo mais admissível

¹ Advogada, Especializanda em Direito Empresarial pela Fundação Escola Superior de Advocacia do Estado do Ceará.

haver discriminação, seja ela contra quem for.

Palavras-chave: Inclusão Social; Dignidade da pessoa humana; Pessoas com deficiência; Constituição Federal; Tratados Internacionais.

Introdução

Durante grande período da história da humanidade, as pessoas com deficiência foram marginalizadas, quando não exterminadas, do convívio em sociedade. Apenas em meados da Idade Média, surge a prática da política do assistencialismo. O atendimento educacional destinado àqueles com algum tipo de deficiências somente despontou em meados da Idade Moderna.

Mesmo com esta evolução quanto ao tratamento social destinado às pessoas com deficiência, ainda nos deparamos com a exclusão, com a marginalização. Essas atitudes segregadoras do grupo social são influenciadas por um conjunto de preconceitos oriundos de experiências milenares da humanidade, que acabam por atribuir uma ideia negativa às deficiências, relacionando-as à incapacidade, à anormalidade.

Somente após a Segunda Guerra Mundial, a comunidade internacional voltou sua atenção para o valor da vida. O princípio da dignidade da pessoa humana é enfatizado, desde esse momento, na maioria dos encontros internacionais, servindo de norte para questões referentes aos direitos das pessoas com deficiência. E a preocupação com essas pessoas é constatada desde sua classificação como grupo minoritário, passando pela própria definição de o que o termo deficiência significa, até a elaboração de tratados internacionais a respeito.

O princípio da dignidade humana esteve sempre presente em todos os passos da evolução desse amparo internacional, protegendo todas as pessoas pelo simples fato de serem seres humanos. Agora, a inclusão das pessoas com deficiência surge com reflexo deste princípio. A comunidade internacional

parece ter, enfim, entendido o quão valiosa é a vida humana e, mais ainda, que não cabe perpetuar discriminação contra qualquer grupo que seja.

1 Inclusão ou integração?

Antes de se adentrar no tema, necessário se faz realizar uma crítica quanto à utilização indiscriminada dos termos inclusão e integração, a fim de respaldar a escolha pela terminologia *inclusão* no presente trabalho. *A priori*, o parece não haver distinção significativa entre inclusão e integração. Integrar revela sentido de completar, inteirar, de fazer parte de. Já incluir apresenta carga semântica de compreender, de envolver, de abranger.

Entretanto, tais termos assumem uma compreensão mais complexa ao serem abordados em documentos jurídicos internacionais. Atualmente, ao tratar de assuntos que envolvam desigualdades, o vocábulo em voga é *inclusão*. Em um passado recente, o termo aceito pelos estudiosos do tema era o referente à *integração*. Tais termos, muito embora aspirem a um mesmo fim, qual seja, a eliminação da discriminação e o efetivo exercício do direito de cidadania por parte de grupos minoritários marginalizados, representam ideias distintas.

Na integração, a sociedade reconhece a existência de discriminação, de desigualdades sociais entre seus membros e, com a finalidade de tornar tênue tal situação, tolera a presença daqueles indivíduos que a ela conseguirem se adequar através de seus próprios meios. Deste modo, na perspectiva da integração, não é proibido a nenhum indivíduo ingressar em um prédio cujo acesso aos andares seja realizado exclusivamente por meio de escadarias. Todavia, se houver necessidade de uma pessoa com deficiência física chegar a um determinado andar, ela terá que o fazer por meios próprios. Não há o dever social em adaptar o ambiente a essa realidade, construindo elevadores, rampas ou algo que equivalha.

Já a inclusão apresenta como principal meta a não marginalização. Buscando atingir tal fim, ela exige que o poder público e que a sociedade proporcionem condições básicas de vida a todos de forma hegemônica. Toma

como fundamento o fato de todos pertencerem à mesma sociedade, sendo garantidos a todos os mesmos direitos. No exemplo comentado acima, em uma sociedade que adote a política da inclusão social, existindo problemas com relação à estrutura arquitetônica do prédio em questão, não haveria outra solução a ser tomada senão aquela concernente a uma readaptação do prédio às necessidades especiais da pessoa com deficiências.

Assim sendo, diferentemente da integração, na inclusão, o Estado e a sociedade não assumem uma posição omissa em relação às barreiras, físicas ou não, que limitam o exercício do direito por parte das pessoas com deficiências. Ao contrário, buscam formas de amenizar possíveis problemas, sempre em busca da melhor solução para efetivação dos direitos de todos. A Constituição Federal do Brasil faz menção à integração. Nada obsta, contudo, uma interpretação diferenciada desse termo. Analisando a proposta da Lei Maior, observa-se o intuito genuíno de promover de fato uma inclusão social, não apenas uma integração. A seguir, veremos alguns artigos constitucionais que evidenciarão o agora afirmamos.

2 Minorias: abrangência

A luta em prol do direito à diferença representa um dos principais temas defendidos pela doutrina multiculturalista. Ela se empenha na valorização das diferenças, das culturas específicas de cada grupo, enfim, busca a afirmação cultural dos sujeitos. A conceituação de multiculturalismo está atrelada à compreensão das relações sociais construídas em contextos culturais distintos.

Na maioria das vezes, seu surgimento decorre de lutas sociais travadas entre grupos excluídos e outras porções da sociedade, em razão de suas particularidades e devido ao não respeito à diferença. Tais grupos representam as chamadas minorias. Sendo assim, é de suma relevância elaborar uma conceituação genérica para efeito de efetivação dos dispositivos que venham a ser conferidos àqueles pertencentes a tais grupos, haja visto que somente os sujeitos de Direito poderão ser passíveis de obrigações e de direitos advindos dele. No plano internacional, verificou-se que Estados tendiam obscurecer a

ideia de minorias, com o fim de não virem a ser obrigados internacionalmente a reconhecer a proteção devida ao grupo (MAGALHÃES, 2003).

Francesco Caportoti foi solicitado pela Organização das Nações Unidas para analisar a extensão e o conteúdo das garantias asseguradas às minorias contidas no artigo 27 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Ao final de sua análise, ele sugere a elaboração de um documento que trate especificamente sobre os direitos das minorias, propondo um conceito de minorias. De acordo com Caportoti (*apud* WUCHER, 2000. p.44), *minorias* corresponderia a:

A group numerically inferior to the rest of the population of a State, in a non-dominant position, whose members - being nationals of the State - possess ethnic, religious or linguistic characteristics differing from those of the rest of the population and show, if only implicitly, a sense of solidarity, directed towards preserving their culture, traditions, religion or languages (grifos nossos).

Conhecendo os requisitos elencados por Caportoti, ainda não é possível classificar as pessoas com deficiência como uma minoria, principalmente se observarmos a questão da solidariedade em relação à cultura e tradições entre os membros. Após aprofundamento em pesquisa bibliográfica, vislumbramos na Interpretação Culturalista do Multiculturalismo a solução do nosso problema inicial. Segundo Semprini (1999, p.44), a interpretação culturalista relaciona o multiculturalismo a:

[...] movimentos sociais, estruturados em torno de um sistema de valores comuns, de um estilo de vida homogêneo, de um sentimento de identidade ou de pertença coletivos, ou mesmo de uma experiência de marginalização. (grifos nossos)

Essa interpretação se baseia em fatores culturais, ou seja, em um conjunto de fatores sociais, religiosos, econômicos e artísticos que formam uma sociedade. Reputa-se como minoria inclusive grupos marginalizados, abrangendo, assim, desde os judeus, os ciganos, até as mulheres, os homossexuais e as pessoas com deficiência, ou seja, transpassa os pressupostos da interpretação política. Esta foi a interpretação adotada para os escopos desta pesquisa.

3 Conceito de Deficiência

Sabe-se que *multiculturalismo* abrange a luta entre a sociedade e os grupos marginalizados por ela, em virtude de suas particularidades não respeitadas, buscando a garantia e a efetivação de seus direitos. Tais grupos, que se solidarizam em relação à busca pela garantia e pela efetivação de seus direitos, são chamados de grupos minoritários. É a sociedade quem define cada um desses grupos, ressaltando-lhes uma série de características diferentes dos demais, geralmente qualificadas como negativas, depreciativas e imutáveis. Ela coloca esses grupos à sua margem. Há determinados tipos de diferenças que são mais discriminadas em uma dada sociedade que em outra. Na realidade, não é a diferença, em si, que é discriminada. A pessoa que a possui é que sofre com esta discriminação.

Contudo a rejeição maior por parte da sociedade em relação às pessoas com em determinado tipo de deficiência em relação a outras pessoas com outro tipo varia de acordo com os aspectos valorados por essa sociedade. As pessoas com deficiência são marginalizadas todos os dias em nossa sociedade por motivos e por modos diversos, e o indivíduo com deficiência acaba sendo estereotipado. Rita Magalhães (2003, p.23), analisando o tema estereótipos quanto às pessoas com deficiência, assevera que eles: “[...] servem para simplificar a realidade, que termina por ser indevidamente generalizada. Tendem à rigidez e servem como orientadores de nossas ações em relação a pessoas rotuladas como deficientes”.

Desse modo, deve-se ter em mente a dignidade da pessoa humana ao elaborar uma definição baseada em características de determinado grupo, pois ela pode findar em uma “rotulação” ou uma “etiquetagem” pejorativa de um ser humano. A classificação diz respeito a características da deficiência e não da pessoa. Antes de tudo, a pessoa com deficiência é um ser humano. Somente em segundo plano é que se deve observar sua deficiência, que, algumas vezes, pode afetar todos seus aspectos comportamentais. Na grande maioria dos casos, pode deixá-la incapaz para determinada atividade, mas não para todas. Nosso estudo prezou os direitos fundamentais das pessoas com deficiência. Convenções Internacionais vêm propondo definições acerca da temática “deficiência”.

Aliada à concepção de deficiência adotada pela OMS, em 2001, optamos por acrescentar o caráter permanente que ela deve guardar. Assim, deficiência significa limitação permanente quanto à realização de determinada atividade, devido a um estado de desenvolvimento biológico e / ou psíquico diferenciado, a ponto de requerer certas providências distintas, sendo tais providências desnecessárias para grande parcela da população.

4 A tutela das pessoas com deficiências no ordenamento jurídico brasileiro

Analisou-se, anteriormente, a evolução do tratamento destinado às pessoas com deficiências ao longo da história. Agora, verificar-se-á o processo inclusivo que foi iniciado formalmente a partir da promulgação da atual Constituição Federal.

4.1 A Constituição Federal do Brasil de 1988 e a Inclusão Social

São os anseios sociais que incentivam e fundamentam a elaboração de uma legislação. Em uma sociedade onde o interesse social seja motivado por uma perspectiva de inclusão, certamente que seu ordenamento jurídico também seguirá essa temática. Apenas para ilustrar a relevância da atual Carta em relação à inclusão social, nunca houve uma constituição brasileira que tratasse tão especificamente a respeito dos direitos e garantias destinados às pessoas com deficiências. Nos últimos anos, o interesse pela inclusão social de pessoas com deficiência vem aumentando entre as comunidades internacionais.

Esse fato decorre, principalmente, das consequências advindas da última grande guerra, que deixou a maioria dos povos imbuída em um espírito humanitário. O Brasil, tomado por tal atmosfera humanista e após ter vivenciado mais de vinte anos de ditadura militar, elaborou uma das constituições que mais garantem direitos fundamentais de sua história, chamada, inclusive, de Constituição Cidadã. O sentimento de não discriminação, de igualdade entre todos, pode ser observado desde seu Preâmbulo:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia 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 [...] (grifos nossos)

Observa-se que, além da igualdade, o Preâmbulo admite a existência de uma sociedade diversa, com suas particularidades, repudiando o preconceito. Na Constituição Federal, não é encontrado nenhum dispositivo que trate diretamente sobre minorias. Nela, não há uma explanação técnica e detalhada sobre esse tema. Tal fato, contudo, não revela omissão por parte da Lei Maior. Ao analisarmos a Constituição, verificamos a riqueza em normas e em princípios aplicáveis às minorias. Destacaremos, a seguir, os dispositivos que

consideramos principais.

O princípio da igualdade, norteador desta pesquisa, foi positivado nos artigos 3º, IV, e 5º, *caput*, da Lei e pode ser observado em outros dispositivos nela contidos, além de atuar como princípio fundamental, devendo estar presente em todos os documentos elaborados pelo Brasil ou deste fazendo parte. Tal princípio assegura àqueles que estiverem sob solo brasileiro mais que um simples direito à igualdade. Propõe a isonomia. Assim sendo, proporciona um tratamento diferenciado para com os diferentes, objetivando, deste modo, alcançar a verdadeira igualdade.

4.2 As pessoas com deficiências e o amparo constitucional

A Constituição Federal destina oito dispositivos de seu texto à forma de tratamento dispensado às pessoas com deficiência. Assim, está demonstrado, mais uma vez, a relevância do tema para sociedade brasileira. O primeiro dispositivo a tratar expressamente acerca da temática em estudo é o artigo 7º, XXI, que dispõe ser terminantemente proibida qualquer discriminação às pessoas com deficiências no tocante a salário e critérios de admissão no emprego. A intenção de realizar a inclusão social foi expressa no art. 24, XIV. Foi resguardada, também, reserva de vagas em valor percentual em se tratando de cargos ou empregos públicos (art. 37, VIII). Outro direito salvaguardado pela Lei Maior é o referente à criação de programas de prevenção e de atendimento especializados para crianças e adolescentes com deficiência, assim como a elaboração de programas que objetivem a integração social. (art. 227, §1º, II).

Foi garantido pela Constituição o acesso a logradouros públicos, a veículos de transporte coletivo e edifícios de uso público nos artigos 227, §2º. Houve, ainda, a preocupação com a educação especializada destinada às pessoas com deficiência, prevista no art. 208, III. Na seção destinada à assistência social, o art. 203, IV, garante a assistência a quem dela precisar, cuidando da reabilitação e habilitação das pessoas com deficiência, além de promover a integração social. O inciso V do referido dispositivo confere às

pessoas com deficiência o direito a um salário mínimo mensal àqueles que, comprovadamente, não possuem meios para garantir a sua subsistência.

5 Amparo normativo internacional às pessoas com deficiência

Embora aparentemente lento, o reconhecimento de direitos inerentes a todas as pessoas pelo simples fato de serem seres humanos vem se concretizando ao longo dos tempos. Analisando a história do mundo ocidental, vislumbramos o nascedouro desses direitos na ideia de igualdade norteadora das religiões numericamente mais significativas, ao estabelecer que todos são filhos de Deus. Dessa premissa, foram ramificados vários princípios morais, que, quer queira, quer não, influenciaram de certo modo na construção dos direitos humanos da forma como hoje os reconhecemos.

Os direitos humanos, antes concebidos como naturais e universais, sofreram um processo de positivação ao serem reconhecidos pela Lei Maior dos Estados, a Constituição. Quando da positivação, passaram a se chamar de direitos fundamentais. A distinção basilar estabelecida, então, entre direitos fundamentais e direitos humanos reside na positivação em um documento jurídico ou não de tais direitos. Noberto Bobbio caracteriza os direitos do homem como sendo históricos, afirmando que são observados em determinadas circunstâncias, marcadas por lutas na busca por liberdades outras, em detrimento de poderes pré-estabelecidos.

Para Bobbio (1992, p.5-6), os direitos não nascem todos de uma só vez, eles “nascem quando devem ou podem nascer”. Devido ao caráter universal atribuído aos direitos humanos, ao serem positivados em documentos internacionais, ganham ares de *direitos positivos universais* (BOBBIO, 1992). A internacionalização dos direitos humanos surge na história como uma reação de aversão em relação às perversidades cometidas pelo regime nazista.

A partir dessa catástrofe, a humanidade busca restabelecer os direitos humanos. Em 1948, a aprovação da Declaração Universal dos Direitos do

Homem confere um caráter universal e indivisível a tais direitos. A professora Flávia Piovesan (2005, p.43) obtempera que: “os direitos humanos compõem assim uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, capaz de conjugar o catálogo de direitos civis e políticos ao catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais”.

Após a publicação da referida declaração, logo no ano seguinte, 1949, é aprovada a I Convenção de Genebra para a Melhoria das Condições dos Feridos e dos Enfermos das Forças Armadas em Campanha. A partir da celebração dessa convenção, muitas outras de caráter humanitário também foram aprovadas. Para muitos estudiosos do tema, documentos de caráter humanitário são considerados como marco inicial que auxiliaram o curso da internacionalização dos direitos humanos, principalmente pelo fato de terem consistido “na limitação dos poderes dos Estados em relação aos indivíduos, e no reconhecimento de deveres dos Estados em relação a esses mesmos indivíduos” (ARAÚJO, 2006, p.296-297).

É nessa atmosfera de positivação de direitos humanos, de lutas em prol de reconhecimento e garantia de direitos, bem como em prol de uma não discriminação, que Estados começaram a celebrar tratados internacionais, com o escopo de proteger as pessoas pelo único fato de serem seres humanos. As pessoas com deficiência, que sofreram e ainda sofrem discriminação, são sujeitos de direito internacional e devem, pois, lutar para garantir que os acordos, principalmente aqueles que cuidam de questões envolvendo direitos humanos, sejam observados.

6 Tratados sobre direitos humanos

Ao longo da história, diversos documentos trataram paulatinamente sobre os direitos humanos. A princípio, Inglaterra e França, ainda no período medieval, foram os primeiros países a se voltar a questões sobre esse tema. Na Inglaterra, houve a publicação da Magna Carta, em 1215, pelo Rei João Sem Terra, em que os burgueses de então juraram fidelidade ao rei e, em contrapartida, detiveram poder suficiente para reformar qualquer decisão real,

limitando, deste modo, o poder do Estado.

A Magna Charta Libertatum, ao firmar a liberdade de locomoção, bem como a proteção em relação à prisão arbitrária, constituiu um primeiro passo rumo à efetivação das demais liberdades. Reputa-se, assim, este documento como marco inicial no processo de reconhecimento dos direitos humanos, contudo, como bem assevera Vieira de Andrade (*apud* SARLET, 2006), este documento não reconheceu os direitos gerais, mas, sim, verdadeiras obrigações do monarca para com a classe impositora.²

Após a elaboração dessa constituição, muitos outros documentos foram produzidos. Todavia nenhum deles atingiu patamar de garantidor de direitos fundamentais, ao menos não na sua atual concepção, como a Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia, de 1776. Assim, a Declaração de Virgínia, fundamentando-se na noção de uma existência prévia de direitos do homem, naturais à condição humana e indispensáveis a sua subsistência, ideias estas claramente advindas das teorias de Locke, Rousseau e Montesquieu, findou por priorizar a estruturação de um governo democrático, cuja limitação de poder serviria de verdadeira garantia de direitos e liberdades fundamentais.

Pouco tempo depois, em 1789, com a Revolução Francesa, tivemos a elaboração do primeiro documento que explicitou a igualdade entre todos, qual seja, a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão. “Igualdade entre todos” é um fato inédito, ao menos na história ocidental. Todavia cabe realizar algumas ressalvas. Observando o contexto histórico da época, percebemos facilmente quem eram os “iguais”. Na realidade, não era o camponês, pobre, que estava se igualando em direitos com o então nobre, mas, sim, o burguês, que soube manipular a massa para, enfim, atingir seu objetivo, qual seja, a ascensão.

Com esse comentário, não se intenta, de modo algum, suprimir a

² Cf.: “pela concessão ou reconhecimento de privilégio aos estamentos sociais (regalias da Nobreza, prerrogativas da Igreja, liberdades municipais, direitos corporativos), além que verdadeiramente não se reconheciam os direitos gerais, mas obrigações concretas daqueles reis que os subscreviam.” (Vieira *apud* SARLET, 2006. p 49)

relevância e o brilho do movimento. Objetiva-se, apenas, lançar um olhar crítico a esse primeiro foco de igualdade. Este foi um passo significativo rumo à concretização do direito à igualdade, e, por conseguinte, dos direitos das pessoas com deficiência a concretizá-lo. Começaremos, pois, a verificar uma importância um tanto quanto mais relevante da dignidade humana a partir do cessar da Segunda Grande Guerra.

Juntamente com o término das atrocidades cometidas durante esse período, o mundo voltou sua atenção para a necessidade de valorizar o homem enquanto ser humano, em todos os seus aspectos, não permitindo qualquer tipo de distinção que viesse a, por ventura, mitigar a dignidade da pessoa humana. Esse espírito humanitário foi positivado em 1948, com a elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que logo em seu primeiro artigo preconizava a igualdade de todos os homens em dignidade e direitos. Importante lembrar que, segundo aduz Fábio Konder Comparato (2008, p.59), “o reconhecimento oficial dos direitos humanos, pela autoridade política competente, dá muito mais segurança às relações sociais”.

Agora, sim, toma-se por base a espécie humana enquanto tal, propagando a busca por uma verdadeira igualdade material. Seguindo os princípios que marcaram toda a segunda metade do século XX, foram elaborados tratados outros, como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, em 1966, e, ainda no mesmo ano, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Em 1969, foi celebrada a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em São José da Costa Rica.

7 Pessoas com deficiência. Tratados específicos

Em relação às pessoas com deficiência, se considerarmos que a menos de 60 anos nada havia de específico versando sobre seus direitos, no sentido de promovê-los e garanti-los mediante uma existência digna, podemos concluir que há um número razoável de documentos internacionais a respeito deste assunto. A maioria dos tratados consagra a igualdade entre os seres humanos logo nos primeiros artigos. Há uma relevante preocupação em fazer com

que a pessoa com deficiência realize alguma atividade produtiva. Procura-se capacitá-la para algo, pois, assim, ela estará adquirindo uma autonomia e uma socialização maior, sendo força produtiva e contribuindo com o desenvolvimento do seu Estado.

Há, também, a preocupação em manter a pessoa com deficiência em ambiente familiar, ou que se aproxime a isto. Apenas em último caso recomenda-se o encaminhamento a um estabelecimento especializado, devendo este lembrar, na medida do possível, um verdadeiro lar.

A maioria dos documentos assegura à pessoa com deficiência os cuidados de um tutor/curador, caso ela não possua autonomia suficiente para praticar normalmente os atos da vida civil. Há um cuidado em relação à exploração e ao abuso em que possam ser acometidas as pessoas com deficiência. Muitos documentos definem o que vem a ser deficiência, discriminação, além de determinar que os Estados-membros devem permitir e incentivar a participação de representantes desse grupo, ou mesmo de particulares com deficiência, quando não houver representação, na elaboração de quaisquer legislações que venham a tratar sobre essa minoria.

8 Princípio da dignidade da pessoa humana

O Título I da Constituição Federal enumera alguns princípios fundamentais norteadores da interpretação das normas constitucionais e do ordenamento jurídico como um todo. Tais princípios não figuram um rol taxativo, haja vista a existência de tantos outros, positivados ou não, permeando nosso ordenamento. Ao longo deste tópico, buscou-se expor os principais artigos constitucionais que tratam especificamente das pessoas com deficiências, tanto na Carta Federal como na Estadual.

Tratou-se, antes de tudo, sobre a questão da inclusão do grupo em estudo na sociedade brasileira. Contudo mister se faz tecer considerações acerca de um dos principais princípios que influenciaram positivamente a evolução da sociedade rumo à inclusão social, qual seja, o princípio da dignidade da pessoa

humana.

O mundo, no Pós Guerra, além de vivenciar os seus efeitos, encontrava-se aterrorizado com as lembranças das crueldades cometidas pelo regime nazista. O mundo estava em estado de choque com tudo o que ocorrera. Como resposta às atrocidades cometidas nesse período, foi elaborado um documento resguardando os direitos humanos, tendo a dignidade da pessoa humana como seu fundamento.

Assim sendo, a positivação do princípio da dignidade humana em documentos jurídicos ocorreu em 1948, com o advento da Declaração Universal dos Direitos do Homem, que o consagrou como pertencente ao núcleo dos Direitos Humanos, assegurando determinados direitos e liberdades indispensáveis a todos os seres humanos. Immanuel Kant já dispunha sobre a dignidade humana em seus escritos, atribuindo-a a tudo aquilo que não era suscetível a preço. Em relação à pessoa humana, afirmava que esta nunca deveria agir como meio a obtenção de algo, mas, sim, como um fim em si mesma, visto ser dotada de *dignidade*.

O princípio da dignidade humana preconiza que a condição de pessoa configura requisito único para ser titular de direitos e garantias. O simples fato de ser o indivíduo em questão um ser humano o torna singular, insubstituível, portanto. Parte-se da ideia de que tal indivíduo único deve ser livre e gozar de tal liberdade. Alexandre de Moraes (1998, p.60), ao tratar do tema, assevera que:

a dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito das demais pessoas, construindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar

a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. (grifos do autor)

A República Federativa do Brasil de 1988, após haver aderido a tratados internacionais dispondo sobre a proteção da dignidade humana, e, também, após ter vivenciado anos de ditadura militar, assegurou, então, logo no seu artigo 1º, inciso III, da Lei Maior, a dignidade da pessoa humana como princípio norteador de todo seu ordenamento estruturante, pois atua desde a elaboração das normas, até o modo de sua efetiva aplicação:

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 fundamento:

[...]

III – a dignidade da pessoa humana;

Foi esta a Constituição brasileira que melhor trabalhou o tema dos direitos fundamentais, enfatizando a dignidade humana como princípio basilar, norteador da hermenêutica jurídica e, por conseguinte, das ações da sociedade. O Estado brasileiro, pois, comprometeu-se a salvaguardar, isto é, preservar e garantir a dignidade da pessoa humana. Com a finalidade de atingir a concretização do respeito a tal princípio, o Estado promove ações afirmativas, que, como visto, representam políticas públicas ou privadas que discriminam positivamente, almejando à igualdade material entre os seus membros.

Sarlet (2004) obtempera ser a dignidade da pessoa humana uma conquista do indivíduo, sendo resultado de um trabalho de diversas gerações e da humanidade em seu todo, devendo o Estado assegurar condições para concretização de sua prestação. Na mesma linha, Rtti, Salla e Costa (2005, p.35) asseveram que: “[...] o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana impõe

ao Estado, além do dever de respeito e proteção, a obrigação de promover as condições que viabilizem e removam toda sorte de obstáculos que estejam a impedir as pessoas de viver com dignidade [...]”.

O princípio da dignidade da pessoa humana é considerado como sendo uma qualidade inerente e inseparável do ser humano, e, pelo simples fato de ser humano, é digno. Todavia o ser humano convive em sociedade e, sendo assim, está sujeito a vivenciar situações distintas, a depender do local em que ele habita. As pessoas com deficiência se encontram, na maioria das vezes, numa posição desfavorável na sociedade, visto que, além das barreiras físicas a serem enfrentadas, há barreiras impostas pela própria sociedade, que lhes dificultam a inclusão social.

Essas pessoas, como quaisquer outras, são titulares de direitos fundamentais, visto que possuem dignidade humana. Sendo assim, objetivando a efetivação dos direitos e garantias fundamentais, urge conferir um ambiente social permeado por uma atmosfera de igualdade, não apenas formal, mas, sim, material. Conferir uma verdadeira isonomia, afinal.

Considerações finais

Embora seja encontrada no texto constitucional federal a expressão *integração*, ao interpretar a Constituição observando todos os seus dispositivos, evidencia-se a intenção de promover a *inclusão* social das minorias, no caso, das pessoas com deficiência. A atual Constituição, além de limitar a atuação do poder, assegura determinados direitos e garantias consideradas fundamentais. E vai além. Busca, sob todas as formas possíveis, considerando a dignidade da pessoa humana, atingir a real isonomia entre seus cidadãos.

Para tanto, o primeiro passo é promover a inclusão daqueles que se encontram marginalizados, excluídos da sociedade. Faz-se necessário, pois, promover a inclusão das pessoas com deficiência. O próprio Preâmbulo constitucional anuncia a finalidade da Constituição, qual seja, a de construir uma sociedade justa, solidária, sem preconceitos.

Pode-se afirmar que as pessoas com deficiência são minorias multiculturais, visto que elas se encontram em situação de marginalização social. Quanto ao que vem a ser deficiência, propusemos que seria uma limitação permanente quanto à realização de determinada atividade, devido a um estado de desenvolvimento biológico e / ou psíquico diferenciado, a ponto de requerer certas providências distintas, sendo tais providências desnecessárias para grande parcela da população.

A atual concepção de direitos humanos diz que, pelo simples fato de serem seres humanos, as pessoas com deficiência também possuem dignidade humana. Só esse dado bastaria para concretizarmos o ideal de justiça social que permeia a comunidade. Essas pessoas, que sofreram e ainda sofrem discriminação, devem lutar para garantir que os acordos que tratem de seus direitos sejam efetivados.

O primeiro documento que tratou sobre a questão de direitos humanos, abordando-a do modo como atualmente consideramos, foi a Declaração do Bom Povo de Virgínia, em 1776. Desde então, outros documentos foram constituídos, vindo a ser a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, um novo instrumento reiterativo dos direitos humanos. Após a Segunda Guerra Mundial, a preocupação com a questão das pessoas com deficiência ganhou voz. Documentos foram, pouco a pouco, assegurando cada vez mais um número maior de garantias a esse grupo.

O Estado brasileiro tem ratificado diversos documentos internacionais na tentativa de assegurar o máximo de garantias possíveis às pessoas com deficiência, uma das maiores minorias do mundo, em termos quantitativos, e que se apresentam em maior número em países ainda em desenvolvimento.

Este é, sem espaço para dúvidas, um primeiro grande passo rumo à efetivação da igualdade material não somente entre os cidadãos de um Estado, mas também entre a comunidade mundial como um todo. Podemos concluir com a célebre assertiva de Sarlet (2004, p.84), afirmando que “sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes,

em verdade estar-se-á negando-lhe a própria dignidade”.

Referências Bibliográficas

ARAÚJO, Luiz Alberto David (Coord). Defesa dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência. Sylvia Helena F. Steiner. **A proteção internacional das pessoas portadoras de deficiência**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2006.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6. ed. Saraiva: São Paulo, 2008.

DANTAS, Tiago. **Magna Carta**. Disponível em: <http://www.brasilecola.com/historiag/magna-carta.htm> Acesso em: 19.maio.2008.

MAGALHÃES, Rita (Org.). Traduções para as palavras diferença/ deficiência: um convite à descoberta. **Reflexões sobre a Diferença: uma introdução à educação especial**. Rita de Cássia Barbosa Paiva Magalhães. 2. ed. Fortaleza: Demócrito Rocha, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 1998.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos, o princípio da dignidade humana e a Constituição Brasileira de 1988. **Revista dos Tribunais**. v.14 n.833 MAR São Paulo: RT, 2005.

RITTI, Caroline Fockink; SALLA, Danielle de Moraes; COSTA, Marli Marlene da. A Dignidade da Pessoa Humana e as políticas públicas no direito brasileiro. In: **Revista do Direito**. n.24 JUL/DEZ. Santa Cruz do Sul: EUNISC, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006.

SEMPRINI, Andréa. **Multiculturalismo**. Bauru: EDUSC, 1999.

WUCHER, Gabi. **Minorias: Proteção Internacional em prol da Democracia**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

O exercício do poder de polícia no âmbito da atividade de fiscalização executada pelas agências reguladoras federais: breves notas sobre a fiscalização de polícia no âmbito da Agência Nacional de Transportes Aquaviários

Francisco Dias de Oliveira Júnior¹

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo estudar e contextualizar a atividade de fiscalização realizada pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq), por meio do exercício regular do seu poder de polícia administrativa, demonstrando, por conseguinte, que a relação estabelecida entre este poder e aquela atividade, dentro dos limites da competência regulatória desta Agência, faz-se com observância à lei e aos princípios constitucionais, na defesa do interesse público.

Palavras-chave: Poder de polícia; Agência reguladora; Fiscalização.

Introdução

A Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq), como espécie do gênero agência reguladora federal, ente da Administração Pública federal indireta, no uso de suas atribuições regulatórias, têm como uma de suas prerrogativas o exercício do poder de polícia, principalmente quando na execução da atividade de fiscalização dos serviços delegados².

1 Especialista em Regulação – Agência Nacional de Transportes Aquaviários, Pós-graduação em Direito e Processo Tributário (Faculdade Leão Sampaio), MBA em Gestão Empresarial (FGV), Graduação em Engenharia Elétrica (UFC), Ex-professor do Centro Federal de Educação Tecnológico (Cefet/CE), Acadêmico de Direito (FA7) – Cursando 8º semestre, Cursando MBA em Regulação de Serviços Públicos (FGV).

2 Entenda-se “serviços delegados” em seu sentido *latu sensu*.

Visto que o exercício de tal prerrogativa caracteriza-se como uma atividade típica de Estado, surgem, então, alguns questionamentos: a Antaq tem legitimidade para se utilizar de tal poder? Ao exercê-lo, há imposição de limitações aos direitos individuais? Essas limitações são legítimas? Quais os limites para o exercício de tal prerrogativa? Qual a posição da doutrina e da jurisprudência sobre o tema?

Referidas indagações constituem a problemática a ser analisada neste trabalho, enquanto as respostas a tais perguntas se constituirão nos objetivos a serem alcançados.

1 Poder de Polícia

Como o poder de polícia está no cerne desta discussão, faz-se necessário buscar a origem de tal expressão e contextualizá-la na realidade atual, objeto deste estudo. Afinal, o poder de polícia constitui um dos mais clássicos institutos do Direito Administrativo moderno.

1.1 Origem e conceituação

Essa terminologia, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2008, p. 106), vem do grego *politeia* e era utilizado para designar todas as atividades das cidades-estados (*polis*). A *contrario sensu*, pontifica Hely Lopes Meirelles (2008, p. 107) que tal terminologia remonta ao termo romano *politia*, que deu origem ao vernáculo polícia e surgiu da necessidade de proteger o cidadão romano. Divergências à parte, o importante é saber que tal termo não tem qualquer relação com o significado atual da expressão.

Hodiernamente podemos conceituar o poder de polícia³ como “a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e o gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado” (MEIRELLES, 2008, p. 133). Portanto, em essência, está-se a tratar de uma prerrogativa da Administração, “que impõe limites ao exercício de direitos e liberdades”, sendo essa, portanto, uma das

3 Não se pode olvidar que tal instituto encontra-se positivado, no ordenamento jurídico pátrio, por meio do art. 78, do Código Tributário Nacional (CTN).

atividades do Estado em que mais se expressa sua autoridade e imperatividade, visto que esse poder-dever de que dispõe a Administração (o Estado) se insere na dicotomia “liberdade-autoridade” e “Estado-indivíduo”, que “permeia o direito administrativo e o direito público” moderno (MEDAUER, 2006, p. 331).

Por fim, de forma bastante didática, nos ensina Cooley (1903, apud MEIRELLES, 2008, p. 135) que:

o poder de polícia (*police power*), em seu sentido amplo, compreende um sistema total de regulamentação interna, pelo qual o Estado busca não só preservar a ordem pública senão também estabelecer para a vida de relações dos cidadãos aquelas regras de boa conduta e de boa vizinhança que se supõe necessárias para evitar conflitos de direitos e para garantir a cada um o gozo ininterrupto de seu próprio direito, até onde for razoavelmente compatível com o direito dos demais.

Pelo exposto, tem-se que o poder de polícia se caracteriza pela imposição de limites ao exercício de direitos e liberdades individuais. Entretanto, deve-se ressaltar que não há qualquer incompatibilidade entre o exercício daquele poder (pelo Estado) e o exercício dos direitos individuais (pelos administrados), pois, na lição de Guido Zanobini (1968, apud DI PIETRO, 2008, p. 105), “a ideia de limite surge do próprio conceito de direito subjetivo: tudo aquilo que é juridicamente garantido é também juridicamente limitado”. Logo, essa limitação à liberdade individual, “tem por fim assegurar esta própria liberdade e os direitos essenciais ao homem” (CAVALCANTI, 1956, apud DI PIETRO, 2008, p. 105)

1.2 Atributos

O Poder de polícia – como gênero de ato administrativo – apresenta os seguintes atributos: discricionariedade, autoexecutoriedade e coercibilidade.

O primeiro atributo se traduz na livre escolha, pela Administração, da oportunidade e conveniência para exercer o poder de polícia, empregando os meios adequados e proporcionais ao seu exercício, bem como aplicando as sanções provenientes. Essa discricionariedade reside “no uso da liberdade

legal de valoração das atividades policiadas e na graduação das sanções aplicáveis aos infratores”, sanções essas que devem “guardar correspondência e proporcionalidade com a infração” (MEIRELLES, 2008, p. 138).

Desde já, deve-se ressaltar que discricionariedade não se confunde com arbitrariedade, pois aquela é a liberdade de agir dentro dos limites legais, enquanto esta é a ação fora ou excedente da lei, com abuso ou desvio de poder. Portanto, o poder discricionário está limitado pela legalidade, ou seja, “la regla de Derecho no puede ser violada por disposición de policía; ésta no puede autorizar lo que dicha regla prohíbe ni prohibir lo que ella permite” (OTTO MAYER, 1951, apud MEIRELLES, 2008, p. 139).

O segundo atributo – o da autoexecutoriedade – representa a faculdade que a Administração tem de decidir e executar diretamente suas decisões por seus próprios meios, sem a necessidade de intervenção do Poder Judiciário. Obviamente, como há no ordenamento constitucional pátrio o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional⁴, se o administrado se sentir lesado/ameaçado em seu direito, poderá recorrer, pela via adequada, ao Poder Judiciário. Por força desse atributo, a interdição de estabelecimentos, instalações ou equipamentos, assim como a apreensão de bens ou produtos, passíveis de execução pelos fiscais da Antaq⁵, é medida coativa possível de ser posta em prática, sem a necessidade de recorrer às vias judiciais, tão logo seja constatada a irregularidade.

O terceiro atributo – a coercibilidade – reflete-se por meio da imposição coativa das medidas adotadas pela Administração, significando, assim, que o ato de polícia é imperativo, ou seja, obrigatório para o seu destinatário. Tal atributo justifica, por parte da Administração, o emprego da força física, caso haja oposição ou resistência do infrator. Ressalte-se que o emprego da força física deve ser adequado e proporcional à resistência do infrator, sob pena de ser caracterizado como abuso de poder ou de autoridade.

1.3. Meios de Utilização

4 Constituição Federal de 1988. Art. 5º, inciso XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. (BRASIL, 1988).

5 Conforme estabelece o paragrafo único, do art. 3º, da Lei nº 10.871/2004.

Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello (2004, p.731), “o poder de polícia administrativa se manifesta tanto através de atos normativos e de alcance geral quanto de atos concretos e específicos⁶”. De forma mais detalhada, assim nos ensina Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1997, p. 301-304, **grifei**):

o poder de polícia pode ser exercido de quatro distintas formas: (i) através da *ordem de polícia*, que vem a ser uma determinação geral e abstrata para que não se faça aquilo que possa prejudicar o interesse geral ou para que não se deixe de fazer alguma coisa que poderá evitar ulterior prejuízo público; (ii) pelo *consentimento de polícia*, que são as hipóteses nas quais o legislador exige um *controle prévio* da compatibilidade do uso do bem ou do exercício de uma atividade com o interesse público (por exemplo, as atividades que requerem licenciamento ambiental ou autorização prévia da Prefeitura); (iii) **pela fiscalização de polícia, que se destina a verificar se estão sendo cumpridas as ordens de polícia e se estão ocorrendo abusos no exercício das atividades privadas que foram objeto de consentimentos de polícia**, e (iv) pela *sanção de polícia*, que consiste na aplicação dos instrumentos de *intervenção punitiva* do Estado sobre propriedade privada e as atividades particulares.

Portanto, como se verifica nas lições supra, a fiscalização de polícia, “que se destina a verificar se estão sendo cumpridas as ordens de polícia e se estão ocorrendo abusos no exercício das atividades privadas que foram objeto de consentimento de polícia”, é uma das formas de exercício, pela Administração, de seu poder de polícia administrativa, caracterizando-se, portanto, como atos concretos e específicos.

Conforme já exposto, a atividade fiscalizadora caracteriza-se como espécie do qual o poder de polícia é o gênero. Sendo aquela o foco principal deste trabalho, trazemos à baila a lição de Hely Lopes Meirelles (2008, p. 141), o qual assim a conceitua e a restringe:

6 Nesse mesmo sentido, ver Odete Medauer (2006, p. 334).

essa fiscalização, como é óbvio, restringe-se à verificação da normalidade do uso do bem ou da atividade policiada, ou seja, da sua utilização ou realização em conformidade com o alvará respectivo, com o projeto de execução e com as normas legais e regulamentares pertinentes.

Podemos, então, afirmar que o poder de polícia está intrinsecamente ligado à atividade reguladora do Estado, logo, inerente ao Estado Democrático de Direito, e que a fiscalização é uma das maneiras de utilização desse poder, conforme visto nas lições supra.

1.4. Extensões e Limites

Tem-se como regra geral que “onde houver interesse relevante da coletividade ou do próprio Estado haverá, correlatamente, igual poder de polícia administrativa para proteção desses interesses” (MEIRELLES, 2008, p. 137). Afinal, este é, sem dúvida, um sistema importante de limitação de direitos individuais, mas só deverá ter cabimento na extensão requerida pela lei e na defesa do interesse público, pois fora daí é arbítrio.

Para Otto Mayer (1951, p. 38), “ninguna orden de policia puede emitir-se válidamente sin fundamento legal”. Portanto, para que o exercício do poder de polícia seja válido, deve ser praticado por autoridade competente em virtude de autorização prevista em lei e dentro dos limites por ela previsto. *In casu*, a redação do parágrafo único do art. 78 do Código Tributário Nacional é bastante útil para se estabelecer o limite do exercício regular do poder de polícia:

Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder. (BRASIL, 1966).

Além do mais, deve-se destacar que qualquer medida imposta no exercício da atividade de polícia administrativa deve ser adotada com observância do

devido processo legal (*due process of law*)⁷, para que seja assegurado ao administrado o exercício do contraditório e da ampla defesa⁸.

1.5 Sanções

Inicialmente, faz-se mister estabelecer uma distinção entre sanção de poder de polícia e sanção penal, pois, enquanto esta está intrinsecamente relacionada às condutas tipificadas como crime na legislação penal; aquela, na lição de Hely Lopes Meirelles (2008, p. 142), é aplicável “aos atos ou condutas individuais que, embora não constituam crime, sejam inconvenientes ou nocivas à coletividade, como previsto na norma legal”. Entretanto, apesar da importante distinção citada, as mesmas apresentam semelhanças, qual seja: a de que ambas devem estar devidamente tipificadas. Portanto, o que se requer é a legalidade da sanção (tipificação legal) e sua proporcionalidade (princípio constitucional) à infração cometida ou ao dano causado à coletividade ou ao próprio Estado.

Deve-se entender que o poder de polícia seria “inane e ineficiente se não fosse coercitivo e não estivesse aparelhado de sanções para os casos de desobediência à norma legal da autoridade competente” (MEIRELLES, 2008, p.142).

No âmbito de fiscalização e de atuação da Antaq, as sanções aplicáveis podem ser as seguintes: advertência, multa, suspensão, cassação e declaração de inidoneidade⁹. Ressalte-se que a aplicação dessas sanções não exclui, nem reduz a responsabilidade civil e/ou penal dos infratores.

2. Agências reguladoras federais

Deve-se observar, por oportuno, que o constituinte originário não fez nenhuma previsão expressa sobre a criação, natureza jurídica ou atuação das agências reguladoras, apesar de implicitamente se verificar, na redação do art. 174 da Lei Maior, referência direta à atuação reguladora do Estado no domínio econômico. Ficou, então, para o constituinte derivado tal função, que o fez

7 Constituição Federal de 1988, inciso LIV, art. 5º.

8 Constituição Federal de 1988, inciso LV, art. 5º.

9 Conforme redação dada pelo art. 78-A, da Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001. (BRASIL, 2001).

por meio de Emendas à Constituição¹⁰, mas apenas com relação às seguintes agências reguladoras: Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) e Agência Nacional do Petróleo (ANP).

As primeiras agências reguladoras brasileiras tiveram sua origem na segunda metade da década de 1990, logo após o processo de privatização iniciado pelo governo federal, cuja política tinha como fundamento a transferência da execução de serviços públicos para o setor privado, ficando reservado ao Estado a regulamentação, o controle e a fiscalização desses mesmos serviços.

As agências reguladoras federais, criadas até o momento sempre por meio de lei específica, revestem-se na forma jurídica de autarquias “especiais”. Vêm-nos, assim, do Decreto-Lei n° 200/67, a definição legal de autarquia como “o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada”.

Conforme preleciona Joaquim B. Barbosa Gomes (2002, p. 8),

no plano jurídico formal, as agências brasileiras nada mais são, pois, do que as velhas e conhecidas autarquias, pessoas jurídicas de direito público, agora com nova roupagem e dotadas de um grau maior de independência em relação ao poder central, daí a qualificação de ‘especial’ que lhes é conferida pela lei.

Para justificar o vocábulo “especiais” *supra*, trazemos à baila a lição da Prof. Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2008, p.445), para quem as agências estão sendo criadas como autarquias de regime “especial’ porque:

sendo autarquias, sujeitam-se às normas constitucionais que disciplinam esse tipo de entidade; o **regime especial** vem definido nas respectivas leis instituidoras, dizendo respeito, em regra, à

¹⁰ Apenas após a promulgação das Emendas Constitucionais n° 8 e 9 é que se passou a ter previsão expressa no texto constitucional sobre a criação de um órgão regulador. Ressalte-se, que essa previsão se limita a criação da Anatel e da ANP, apenas. Sendo que na Carta Magna, não há referência ao termo Agência Reguladora, mas a Órgão Regulador. Portanto, a origem agência reguladora vem da doutrina e das respectivas leis de criação destas agências.

maior autonomia em relação à Administração Direta; à estabilidade de seus dirigentes, garantida pelo exercício de mandato fixo, que eles somente podem perder nas hipóteses expressamente previstas, afastada a possibilidade de exoneração *ad nutum*; ao caráter final de suas decisões, que não são passíveis de apreciação por outros órgãos ou entidades da Administração Pública.

Antes de tratarmos especificamente da Agência Nacional de Transportes Aquaviários e de estudarmos a natureza da fiscalização de polícia exercida por esta Agência, devemos primeiramente entender o conceito de regulação. Sendo assim, trazemos à tona a definição do sociólogo Philip Selznik (1985, apud MARQUES NETO, 2000, p. 84, nota de rodapé): “Por ‘regulação’ deve entender-se um controle prolongado e localizado, exercitado por uma agência pública, sobre uma atividade à qual uma comunidade atribui relevância social”.

No Brasil, a atividade exclusiva de Estado da regulação econômica¹¹ emana, sem controvérsias, da própria Lei Maior, que assim estabelece em seu art. 174: “Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”.

Para Marçal Justen Filho (2002, p. 343, grifei), poder regulatório das agências reguladoras trata-se de: “poderes de intervenção no domínio econômico (em sentido amplo), o que envolve delegação de poderes regulamentares e atribuição de *poderes de polícia para fiscalizar atividades econômicas privadas*, inclusive arbitrando litígios entre particulares”.

Para Calixto Salomão Filho (2001, apud DI PIETRO, 2008, p. 443, grifei), a regulação, em sentido amplo, “engloba toda forma de organização da atividade econômica através do Estado, seja a intervenção através da concessão do serviço público ou o *exercício de poder de polícia*”.

Pelo exposto, verifica-se que regulação da atividade econômica e poder de polícia estão intrinsecamente relacionados, sendo este uma das ferramentas para se atingir do objetivo daquela.

¹¹ A regulação econômica refere-se àquelas intervenções cujo propósito é mitigar imperfeições, como a existência de traços de monopólio natural, e assim melhorar o funcionamento do mercado.

2.1 Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq)

A Antaq é uma agência reguladora federal, autarquia em regime especial, com autonomia administrativa e funcional, vinculada à Secretaria de Portos da Presidência da República¹², criada pela Lei nº 10.233/2001; e tem como objetivos: regular, supervisionar e fiscalizar as atividades de prestação de serviços de transporte aquaviário e de exploração da infraestrutura portuária e aquaviária exercidas por terceiros. O art. 20 da retrocitada Lei traz, de forma detalhada, os objetivos da Agência:

Art. 20. São objetivos das Agências Nacionais de Regulação dos Transportes Terrestre e Aquaviário:

I – implementar, em suas respectivas esferas de atuação, as políticas formuladas pelo Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte e pelo Ministério dos Transportes, segundo os princípios e diretrizes estabelecidos nesta Lei;

I - implementar, em suas respectivas esferas de atuação, as políticas formuladas pelo Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, pelo Ministério dos Transportes e pela Secretaria de Portos da Presidência da República, em suas respectivas áreas de competência, segundo os princípios e diretrizes estabelecidos nesta Lei;(Redação dada pela Medida Provisória nº 595, de 2012)

II – regular ou supervisionar, em suas respectivas esferas e atribuições, as atividades de prestação de serviços e de exploração da infra-estrutura de transportes, exercidas por terceiros, com vistas a:

a) garantir a movimentação de pessoas e bens, em cumprimento a padrões de eficiência, segurança, conforto, regularidade, pontualidade e modicidade nos fretes e tarifas;

b) harmonizar, preservado o interesse público, os objetivos dos usuários, das empresas concessionárias, permissionárias, autorizadas e arrendatárias, e de entidades delegadas, arbitrando conflitos de interesses e impedindo situações que configurem competição imperfeita ou infração da ordem econômica.

12 Conforme nova redação dada pela Medida Provisória nº 595, de 6 de dezembro de 2012.

Com fulcro no art. 27, inciso IV, da Lei nº 10.233/2001, na redação dada pela Medida Provisória nº 2.217-3, de 4 de setembro de 2001, a Antaq emitiu a Resolução nº 987, de 14.02.2008, que regulamenta a atividade de fiscalização de polícia no âmbito de sua competência. Esta é a redação do art. 1º da referida norma, *in verbis*:

Esta Norma tem por objeto disciplinar, no âmbito da ANTAQ, o procedimento de fiscalização e o processo administrativo para apuração de infrações e aplicação de penalidades nos casos de condutas que infrinjam disposição legal, regulamentar ou contratual relativas à prestação de serviços de transportes aquaviários, de apoio marítimo e de apoio portuário e à exploração da infra-estrutura aquaviária e portuária, regendo-se pelo disposto nas Leis nº 9.784, de 1999, e nº 10.233, de 2001, com a redação dada pela Medida Provisória nº 2.217-3, de 2001, do Decreto nº 4.122, de 2002, pelas regras desta Norma e demais disposições legais pertinentes (BRASIL, ANTAQ, 2008).

Portanto, pelo exposto, compete à Antaq fiscalizar a prestação de serviços de transporte aquaviário, de apoio marítimo e de apoio portuário, e a exploração da infraestrutura aquaviária e portuária. O inciso II do art. 2º da Resolução nº 987/2008 traz o conceito da fiscalização executada por este órgão, o qual reproduzimos *ipsis litteris* a seguir:

Atividade destinada a verificar o cumprimento das obrigações decorrentes de leis, instrumentos de outorga e das demais normas pertinentes, constituída de procedimentos de averiguação, inspeção de instalações ou equipamentos, verificação de documentos, dados e de todo e qualquer elemento que possa fornecer subsídios de natureza técnica, operacional, econômico-financeira, jurídica e contábil, necessários à apuração da verdade material dos fatos investigados (BRASIL, ANTAQ, 2008).

Ressalte-se que é através do exercício regular do poder de polícia administrativa que a Agência busca atingir os objetivos da regulação

econômica das atividades a si relacionadas, e o procedimento de fiscalização dos administrados se externaliza como uma das expressões/manifestações do exercício daquele poder-dever¹³. Desse modo, aduz Celso Antônio Bandeira de Mello (2004, p. 732, *grifei*) que “a atividade de polícia envolve também os atos fiscalizadores, através das quais a Administração Pública previamente acautela eventuais danos que poderiam advir da ação de particulares”. Portanto, é por meio dessas fiscalizações que se busca evitar tais danos, em detrimento dos direitos coletivos, da supremacia do interesse público e do equilíbrio entre os agentes regulados, o consumidor e o Poder Público.

O art. 3 da norma precitada traz em seu bojo os princípios que devem ser obedecidos tanto na condução do procedimento fiscalizatório quanto na execução do Processo Administrativo Contencioso (PAC), a saber: “legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência”.

3 O poder de polícia no âmbito da atividade de fiscalização executada pela Antaq

A Antaq – no exercício do seu poder de polícia – tem a atribuição de fiscalizar o cumprimento das normas por ela impostas, assim como as demais legislações aplicáveis à sua área de atuação e aos agentes por si regulados. Aduz Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2008, p. 447) que, “quanto às agências que atuam no exercício do poder de polícia, as atribuições são aquelas inerentes a esse poder, tais como as de normatizar a atividade (nos limites legais), fiscalizar o cumprimento das normas, aplicar sanções”.

O exercício do poder de polícia, no âmbito das agências reguladoras, foi inicialmente positivado por meio da Lei nº 9.472/97¹⁴, que disponha sobre os serviços de telecomunicações e a criação do órgão regulador (Anatel), *in verbis*:

13 Diz-se poder-dever porque a Agência não tem apenas a prerrogativa, ou seja, o poder, mas tem, também, e principalmente, o dever de realizar a fiscalização de polícia, como um dos pressupostos que para atingir o equilíbrio entre os envolvidos no processo regulatório (Estado, consumidor/usuário e prestadoras dos serviços públicos delegados).

14 Destaque-se que esta Lei dispõe apenas sobre a atuação no âmbito de competência da Anatel, não tendo nenhuma validade para os demais órgãos reguladores.

Art. 19. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente:

(...)

XV - realizar busca e apreensão de bens no âmbito de sua competência; (BRASIL, 1997).

Posteriormente, o exercício de tal instituto, por parte das agências reguladoras, foi regulamentado por meio do parágrafo único do art. 3º da Lei nº 10.871/2004, com redação dada pela Lei nº 11.292/2006, que assim estabelece:

No exercício das atribuições de natureza fiscal ou decorrentes do poder de polícia, são asseguradas aos ocupantes dos cargos referidos nos incisos I a XVI, XIX e XX do art. 1º desta Lei as prerrogativas de promover a interdição de estabelecimentos, instalações ou equipamentos, assim como a apreensão de bens ou produtos, e de requisitar, quando necessário, o auxílio de força policial federal ou estadual, em caso de desacato ou embaraço ao exercício de suas funções (BRASIL, 2004).

Ressalte-se que, *in casu*, tal regulamentação é válida para todas as agências reguladoras federais¹⁵, pois, anteriormente à edição da Lei retrocitada, havia regulamentação aplicável apenas à Anatel, como já anteriormente mencionado.

Dada à importância que os setores regulados têm para a economia e para o desenvolvimento do País, resta-se inegável destacar que a atividade de fiscalização de polícia se reveste de uma formalidade e de uma responsabilidade ímpar. Desta mesma forma, os fiscais, reais executores da atividade de fiscalização realizada pela Antaq têm imensa responsabilidade; daí exercerem carreira típica de Estado. Este fundamento de que as funções a serem exercidas por estes fiscais revestem-se de característica relevância, que as caracterizam

15 Antaq, ANP, ANS, ANTT, Anatel, Anvisa, ANA, Aneel.

como funções de Estado, foi defendida pelo Min. Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida na ADI nº 2310-1-DF, conforme citado por Floriano Azevedo Marques Neto (2003, p. 23):

Inegavelmente, as agências reguladoras atuam com poder de polícia, fiscalizando, cada qual em sua área, atividades reveladoras de serviço público, a serem desenvolvidas pela iniciativa privada. (...) Está-se diante de atividade na qual o poder de fiscalização, o poder de polícia, fazem-se com envergadura ímpar, exigindo, por isso mesmo, que aquele que a desempenhe sinta-se seguro, atue sem receios outros, e isso pressupõe a ocupação de cargo público... [próprio] àqueles que desenvolvem atividades exclusivas de Estado.

Como a criação da Anatel, por várias vezes já exposto, trata-se de tema constitucional, o Supremo Tribunal Federal (STF) foi chamado a se manifestar sobre a constitucionalidade da Lei nº 9.472/1997 e, por conseguinte, posteriormente o fez, de modo indireto, com relação à Lei nº 10.871/2004, como veremos adiante.

3.1 Posição da Suprema Corte sobre a constitucionalidade das leis nº 10.871/2004 e 9.472/1997

Como há a previsão expressa na Carta Política de 1988¹⁶ sobre de criação de um órgão regulador para a regulação dos serviços de telecomunicações, portanto, matéria de natureza constitucional, o Supremo foi chamado a decidir sobre vários temas relacionados à Lei de criação da Anatel, dentre eles, sobre a competência deste órgão para realizar a busca e apreensão de bens no exercício do poder de polícia, e, assim o fez, por meio do julgamento da ADI 1668-MC/DF, no qual se decidiu pela suspensão do inciso XV, do art. 19, da Lei nº 9.472/97, que dispunha sobre a competência do órgão regulador para realizar busca e apreensão de bens.

Posteriormente a esta decisão da Suprema Corte, cuja Medida Cautelar foi impetrada em 20.08.1998, e a decisão publicada no Diário da Justiça

16 Art. 21, inciso XI, da Constituição Federal de 1988. (BRASIL, 1988).

em 16.04.2004, foi ingressada Reclamação nº 5310-5 – Mato Grosso, de 03.04.2008, nesta mesma Corte, cuja alegação era o descumprimento da Medida Cautelar na ADI 1668-MC/DF, contra a decisão reclamada, que determinou o lacre e a apreensão de equipamentos da rádio clandestina fundamentada no exercício regular do poder de polícia. Desta vez, o Supremo não decidiu o mérito da questão, pois reconheceu que a via utilizada (reclamação) era inadequada para o controle de constitucionalidade e que, “ao tempo da decisão judicial reclamada já estava em vigor a Lei nº 10.871/2004, na redação dada pela Lei nº 11.292/2006, que prevê aos ocupantes dos cargos de fiscal dos órgãos reguladores a prerrogativa de apreensão de bens e produtos”. Portanto, não havendo “descumprimento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1668-MC/DF”. A propósito, observe-se a Ementa da decisão citada:

Agência reguladora. Decisão judicial que determina a busca e a apreensão de equipamentos radiofônicos de emissora de rádio comunitária clandestina. No julgamento da ADI 1.668-MC/DF, entre vários dispositivos questionados e julgados, decidiu-se pela suspensão do inciso XV do art. 19 da Lei 9.472/97, que dispunha sobre a competência do órgão regulador para ‘realizar busca e apreensão de bens’. Decisão reclamada que determinou o lacre e a apreensão dos equipamentos da rádio clandestina fundamentada no exercício do regular poder de polícia. Ao tempo da decisão judicial reclamada, já estava em vigor a Lei 10.871/04, na redação da Lei 11.292/2006, que prevê aos ocupantes dos cargos de fiscal dos órgãos reguladores as prerrogativas de apreensão de bens e produtos. Ausência de descumprimento da ADI 1.668-MC/DF. (Rcl 5.310, voto da Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 3-4-2008, Plenário, DJE de 16-5-2008). (BRASIL, STF, 2008; BRASIL, STF, 2004).

Portanto, pelo exposto, a Lei nº 10.871/2004, que regulamenta o exercício do poder de polícia no âmbito de competência da Antaq – como no das demais agências reguladoras federais – não padece de vícios de inconstitucionalidade, sendo, portanto, válida para todos os efeitos legais, uma vez que toda lei é,

a princípio, constitucional, pela presunção de constitucionalidade das leis, e que o STF, em nenhum momento foi provocado para analisar o mérito de tal discussão.

Considerações finais

A atividade de regulação, como não poderia deixar de ser, abrange o estabelecimento de regras de conduta e de controle, cujo objetivo é proteger o interesse público. Logo, seu conceito está afeto ao conceito de poder de polícia, visto que este se caracteriza como a atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão do interesse público.

O poder de polícia administrativa, dada a sua importância no papel de assegurar e garantir a ordem pública e a proteção dos interesses coletivos (incluindo-se aqui a defesa dos usuários do serviço público), é inseparável da ideia de Estado, que, por conseguinte, é inseparável da ideia de órgão regulador, uma vez que este é uma extensão daquele e que seus servidores exercem carreira típica de Estado.

Ficou demonstrado que a Antaq, como ente da Administração Pública federal indireta e detentora de competência regulatória da atividade econômica, tem legitimidade para se utilizar do poder de polícia administrativa. Entretanto, o exercício dessa prerrogativa deve se limitar ao estritamente estabelecido na lei, assim como aos princípios constitucionais da proporcionalidade¹⁷, da moralidade, da impessoalidade e do devido processo legal, dentre outros.

Uma das maneiras que a referida Agência tem para fazer cumprir os seus objetivos como órgão regulador, é o exercício regular do poder de polícia, principalmente pela utilização regular e periódica de seus procedimentos fiscalizatórios da atividade econômica dos administrados, cujo funcionamento depende de sua autorização e se submetem à sua fiscalização. Nesta seara, compete à Antaq reprimir as condutas prejudiciais ao direito do consumidor, à livre iniciativa e à livre concorrência, atendendo, dessa forma, ao interesse maior, que é o interesse público.

¹⁷ Importa que haja proporcionalidade entre a medida adotada e a finalidade legal a ser atingida.

A utilização de meios coativos, como a interdição de estabelecimentos, instalações ou equipamentos, assim como a apreensão de bens ou produtos, executada pelos fiscais da Antaq, é uma necessidade imposta aos administrados, em nome do interesse público. A utilização de tais meios não pode constituir, para o particular, gravames maiores que o necessário ao alcance dos fins desejados, nem podem ocorrer sem obediência às formalidades legais nem a devida cautela estabelecida nas normas que regulam os procedimentos de fiscalização.

Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade afiguram-se como uma garantia ao administrado, sujeito ao poder de polícia (assim como aos seus gravames e sanções), uma vez que tanto esse poder, como a ação da Administração, deve ser norteado pelos limites impostos pelo ordenamento jurídico, cujo fim precípua é a proteção dos direitos individuais e do interesse público. Entretanto, quando houver conflito entre aquele direito e o interesse público, este deve prevalecer, mas sempre limitado pelos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Referências Bibliográficas

BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 17. ed. rev. e atual. - São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

BRASIL. Agência Nacional de Transportes Aquaviários - Antaq. Resolução nº 987, de 14 de fevereiro de 2008. Norma para disciplinar o procedimento de fiscalização e o processo administrativo para a apuração de infrações e aplicação de penalidades na prestação de serviços de transportes aquaviários, de apoio marítimo, de apoio portuário, e na exploração da infra-estrutura aquaviária e portuária. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 19 fev. 2008. Seção I.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 5 de outubro de 1988.

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**, Poder Executivo, Brasília, DF, 27 fev. 1967.

BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 27 out. 1966.

BRASIL. Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 17 jul. 1997.

BRASIL. Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001. Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 6 jun. 2001.

BRASIL. Lei nº 10.871, de 20 de maio de 2004. Dispõe sobre a criação de carreiras e organização de cargos efetivos das autarquias especiais denominadas Agências Reguladoras, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 21 jun. 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. ADI nº 1.668 MC/DF – Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade. Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 20/08/1998, Tribunal Pleno, Publicação no **Diário da Justiça** em 16/04/2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. Reclamação nº 5.310-5, Mato Grosso.

Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 03/04/2008, Plenário, publicação no **Diário da Justiça Eletrônica** em 16/05/2008.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Tratado de direito administrativo**. São Paulo – Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. t. 3.

COOLEY. **Constitutional limitation**. Nova York, 1903.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 21. ed. - 2º reimpr. São Paulo: Atlas, 2008.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Agências reguladoras: a metamorfose do Estado e da democracia (uma reflexão de direito constitucional e comparado)**. Artigo publicado no *site* Mundo Jurídico, em julho de 2002. Disponível em: <www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 06 mai. 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. **A nova regulação estatal e as agências independentes**. In: *Direito Administrativo Econômico*. Carlos Ari Sundfeld (Coordenador). São Paulo, Malheiros, 2000.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. **Agências reguladoras: instrumentos de fortalecimento do Estado**. Brasília: Associação Brasileira de Agências de Regulação - ABAR, 2003. Disponível em: <<http://www.abar.org.br/biblioteca/publicacoesAbar/>>. Acesso em: 03 jun. 2011.

MAYER, Otto. **Derecho administrativo alemán**. Buenos Aires: De Palma. 1951.

MEDAUER, Odete. **Direito administrativo moderno**. 10. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 34. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1997.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação e atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2001.

SELZNIK, Philip. **Focusing organizational research on regulation**. In: Regulatory policies and the social sciences. Berkeley: University of California Press, 1985.

ZANOBINI, Guido. **Curso de direito administrativo**. Milão: A. Giuffrè, 1968. v.4.