

REVISTA

Controle

Doutrina e Artigos



- **POLÍTICA DE INTEGRIDADE PÚBLICA EM LICITAÇÕES**
João Marcelo Rego Magalhães
- **AS CAUTELAS FISCAIS PARA CRIAR DESPESA PÚBLICA**
Flávio Corrêa de Toledo Junior
- **LICITAÇÕES EXCLUSIVAS PARA MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE**
Bruno Santos Cunha / Renato Saeger Magalhães Costa
- **JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E POLITIZAÇÃO DO DIREITO: ACOPLAMENTO ESTRUTURAL ENTRE OS SISTEMAS JURÍDICO E POLÍTICO SEM A CONSTRUÇÃO DE UMA RACIONALIDADE TRANSVERSAL**
Isabella Karla Lima dos Santos
- **RESENHA - A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO DIREITO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO: A CONSTRUÇÃO DE UM CONCEITO JURÍDICO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA MUNDIAL, de Luís Roberto Barroso**
Fernando Luiz Ximenes Rocha

REVISTA

Controle

Doutrina e Artigos

Volume XII - 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 rechiede 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

Edilberto Carlos Pontes Lima

Conselheiro Corregedor

Rholden Botelho de Queiroz

Conselheiros

Luís Alexandre A. Figueiredo de Paula Pessoa

Teodorico José de Menezes Neto

Soraia Thomaz Dias Victor

Patrícia Lúcia Saboya Ferreira Gomes

Conselheiros Substitutos

Itacir Todero

Paulo César de Souza

Ministério Público Junto ao TCE-CE

Procurador-Geral

Eduardo de Sousa Lemos

Procurador

Gleydson Antônio Pinheiro Alexandre

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

Maria Amélia Holanda Cavalcante

Expediente

Conselho Editorial

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

Alcimir Aguiar Rocha Neto
Mestre em Filosofia do Direito, Professor da Unifor

Alexandre Cialdini
Mestre em Economia

Alexandre Figueiredo
Membro Nato, Professor da Unifor, Conselheiro do TCE-CE

Amandino Nunes
Pós-doutor em Direito, Professor do Uniceub, Consultor Legislativo da Câmara dos Deputados

Antonino Fontenele de Carvalho
Mestre em Gestão Pública e Modernização Pública, Advogado, 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

Cesar Barreto
Mestre em Gestão e Modernização Pública

Fernando Luiz Ximenes Rocha
Mestre em Direito, Desembargador do Tribunal de Justiça do Ceará

Fernando Rezende
Mestre em Economia, Diretor da FGV

Filomeno Moraes
Doutor em Direito, Livre-Docente em Ciência Política, Professor da Unifor

Francisco Otávio de Miranda Bezerra
Advogado, Mestre em Políticas Públicas, Diretor de Ensino do IPC/TCE-CE

Hugo de Brito Machado Segundo
Doutor em Direito, Professor da UFC

Jair do Amaral Filho
Pós-doutor em Economia, Professor do CAENUFC

Jorge Katsumi Niyama
Pós-doutor em Contabilidade, Professor de Contabilidade da UnB

José Maurício Conti
Doutor em Direito, Livre-Docente e Professor da FD/USP

José Oswaldo Cândido Júnior
Doutor em Economia, Pesquisador do IPEA

José Roberto Afonso
Doutor em Economia, Economista do IBRE/FGV

Marcus Mello
Doutor em Ciência Política, Professor da Universidade Federal de Pernambuco

Marcos Mendes
Doutor em Economia, Consultor Legislativo do Senado

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

Colaboradores

Lilyanne Leitão Soares
Raquel D. de Palhano Xavier
Raimir Holanda Filho
Paulo Sávio N. Peixoto Maia

Jornalista Responsável

Kelly de Castro - 46162MTb/DF

Revisão Ortográfica

Cruz e Rocha Consultores Ltda

Tiragem

2.000 exemplares - Distribuição gratuita
Impressa em 2015

Nota do Editor

Com muita satisfação apresentamos mais um número da Revista Controle, que reúne, como nas edições anteriores, artigos de autores de diversas instituições e de diferentes Estados brasileiros sobre assuntos de interesse da administração pública. É um espaço que tem se consolidado para a reflexão e o debate livre de ideias.

O primeiro trabalho trata da política de integridade em licitações, basicamente um conjunto de princípios e regras que os gestores públicos devem seguir, de autoria de João Marcelo Rego Magalhães. O tema é de especial relevância e deve ser objeto de atenção para todos os que militam no setor público, particularmente dos setores envolvidos em aquisições e nas funções de fiscalização e controle.

Em seguida, Flávio Toledo reflete sobre as cautelas fiscais para a criação de despesas públicas, assunto que mereceu grande atenção da Lei de Responsabilidade Fiscal, e enfatiza o papel do Tribunal de Contas para observância das exigências previstas.

Bruno Cunha e Renato Costa, por sua vez, estudam as licitações exclusivas para microempresas e empresas de pequeno porte, tópico especialmente relevante em face da Lei Complementar 147, de 2014. A própria Constituição Federal determinou um tratamento favorecido para as pequenas empresas nas aquisições e uma série de leis tem sido aprovada para dar concretude a esse comando.

Um tema da ordem do dia, o ativismo judicial e seus limites, é tratado por Isabella Karla Lima dos Santos. A autora analisa o conceito moderno de Constituição, o conceito de “racionalidade transversal” e enfatiza o entrelaçamento entre direito e política.

Não há espaço para comentar todos os artigos, mas destacamos a análise sobre os consórcios públicos em saúde, particularmente a experiência do Ceará, a repactuação de preços nos contratos administrativos, as exceções à politização na administração pública, a análise do status militar da polícia, a aplicação dos princípios da capacidade contributiva e da progressividade nos impostos reais, entre muitos outros dignos de leitura e reflexão.

A principal novidade neste número é a seção de resenha de livros. O Desembargador e Professor Fernando Ximenes a inaugura, comentando

o livro do Professor e Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso “A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo – A Construção de Um Conceito Jurídico à Luz da Jurisprudência Mundial.” O objetivo é que cada edição traga pelo menos uma resenha elaborada por autor convidado.

Somos muito gratos pelas manifestações favoráveis à Revista Controle. Registramos as palavras de incentivo que recebemos pelo número anterior do Presidente do TCU, Ministro Aroldo Cedraz, dos Juízes Conselheiros do Tribunal de Contas de Portugal José Antônio Mouraz Lopes e João Aveiro Pereira, do Presidente do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Desembargador Abelardo Benevides, da Vice-Presidente do mesmo Tribunal, Des. Maria Nailde Pinheiro Nogueira, do Procurador de Justiça João Eduardo Cortez, do Presidente do Tribunal de Contas do Espírito Santo, Conselheiro Domingos Taufner, do Presidente do Tribunal de Contas de Alagoas, Otávio Lessa, do Conselheiro do TCE/MG Wanderley Ávila, do Conselheiro do TCE/SE, Carlos Alberto Sobral de Souza, da Dra. Maria do Socorro França Pinto, Controladora Geral de Disciplina dos Órgãos de Segurança Pública, entre outras, que pedimos desculpas por não mencionar, mas que nos sensibilizaram igualmente.

Conselheiro Edilberto Carlos Pontes Lima

Editor da Revista Controle
pontes.lima@uol.com.br

SUMÁRIO

Política de Integridade Pública em Licitações João Marcelo Rego Magalhães.....	14
As Cautelas Fiscais para Criar Despesa Pública Flavio Corrêa de Toledo Junior.....	48
Licitações Exclusivas para Microempresas e Empresas de Pequeno Porte Bruno Santos Cunha / Renato Saeger Magalhães Costa.....	59
Judicialização da Política e Politização do Direito: Acoplamento Estrutural entre os Sistemas Jurídico e Político sem a Construção de uma Racionalidade Transversal Isabella Karla Lima dos Santos.....	77
A Lei de <i>Compliance</i> e sua Configuração Enquanto Política Pública Regulatória para o Setor Privado Brasileiro Veruska Sayonara de Góis.....	98
Consórcios Públicos em Saúde – Importância para Gestão Pública e a Melhoria do Acesso aos Serviços de Saúde Luciene Alice da Silva / Luciana da Silva Borges de Oliveira / Maria de Fátima Nepomuceno Nogueira.....	118
O Instituto da Preclusão Lógica como Limitação do Direito à Repactuação de Preços nos Contratos Administrativos de Prestação de Serviços Continuados Maria Aurineide Moreira Carneiro.....	130
A Importância do Plano Plurianual Participativo na Gestão Pública Wilson Rodrigues Ferreira Filho.....	147

Gerenciamento de Projetos no Âmbito do Controle Externo: Estudo de Caso no Tribunal de Contas do Estado do Ceará José Auriço Oliveira / Erbia Freitas do Nascimento.....	165
Gestão de Riscos no Setor Público Marta Dulcélia Gurgel Ávila.....	179
Exceções à Politização na Administração Pública Eloilson Augusto da Silva Landim.....	199
O Alcance da Súmula Vinculante Nº 13 em Relação à Ocupação de Cargos e Funções de Confiança por Servidores Efetivos e a Concretização dos Princípios Constitucionais Ediara de Souza Barreto.....	212
O Status Militar da Polícia Ostensiva nas Constituições Brasileiras, sob a Ótica da Proteção ao Pacto Federativo José Kilderlan Nascimento de Sousa.....	229
Acúmulo de Cargos e o Poder Disciplinar da Controladoria Geral de Disciplina Jacob Stevenson de Santana Carvalho Mendes.....	248
Ouvidorias Públicas: Conceito, Papel, Evolução e Qualidade no Controle Social Maria Lailze Simões Albuquerque Cavalcante.....	266
Reflexões sobre o Princípio da Proteção da Confiança Legítima no Direito Brasileiro Raimundo Nonato Silva Santos/ Pablo Freire Romão.....	282
Os Princípios da Capacidade Contributiva e da Progressividade nos Impostos Reais à Luz da Constituição Federal de 1988 e da Decisão do Supremo Tribunal Federal sobre o ITCD Sofia Laprovitera Rocha.....	307

A Qualidade e a Agilidade do Controle Externo Dependem Diretamente do Desempenho de seus Servidores Evilânia Macêdo.....	330
Resenha - A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial, de Luís Roberto Barroso Fernando Luiz Ximenes Rocha.....	341
Regras para envio de artigos ao Conselho Editorial da Revista Controle.....	346

Política de Integridade Pública em Licitações

Public Integrity Policy on Bidding

João Marcelo Rego Magalhães¹

RESUMO

A partir de uma análise crítica da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (Lei Geral de Licitações), dos pronunciamentos oriundos dos órgãos de controle externo, das regras sobre sustentabilidade ambiental, das legislações que garantem o acesso à informação, regulam o conflito de interesses e vedam a prática de atos de corrupção contra o poder público, bem como das orientações fixadas pelo órgão de assessoramento jurídico competente, é possível identificar um conjunto de princípios e regras a que estão obrigados a cumprir os agentes públicos em suas relações com a Administração Pública, em atenção à legitimidade, legalidade e probidade dos procedimentos licitatórios. Esse arcabouço de normas, que deve ser observado antes mesmo de garantidos os direitos dos particulares que almejam contratar com o Estado, pode ser denominado de “Política de Integridade Pública em Licitações”.

Palavras-Chave: Licitações. Responsabilidade do Agente Público. Política de Integridade Pública.

ABSTRACT

From a critical analysis of the Law 8.666/1993 Law (General Bidding Law), of the pronouncements coming from Court of Accounts, of the rules on environmental sustainability, of laws that guarantee access to information, regulate conflict of interest and prohibit the practice of acts of corruption against the government, and of the guidelines laid down by the competent legal advisory body, it is possible to identify a set of principles and rules that public officials are required to comply in their relations with the public administration, in respect the legitimacy and legality of bidding procedures. This framework of rules, that must be observed before even guaranteed the rights of individuals

¹ Mestre em Direito pela Universidade de Fortaleza (Unifor) e Procurador do Banco Central do Brasil. E-mail: marcelo.rios@globo.com

that aims to hire with the Government, can be named “Public Integrity Policy of Bidding”.

Keywords: Bidding. Responsibility of the Public Official. Public Integrity Policy.

1 INTRODUÇÃO

A Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, também conhecida como Lei Geral de Licitações, estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como seus fundos especiais, autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista.

A Lei Geral de Licitações é usualmente referida como instrumento normativo destinado a garantir a isonomia entre os interessados em participar das contratações públicas, por meio da adoção de princípios como a impessoalidade, a igualdade, a vinculação ao instrumento convocatório e o julgamento objetivo. Ao lado do objetivo de garantir igual oportunidade a todos os interessados, estão ainda a seleção da proposta mais vantajosa e o desenvolvimento nacional sustentável.

Todavia, as relações entre Estado e particulares no âmbito do processo licitatório², que se pautam pelo sopesar dos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público em relação aos direitos constitucionais e legais dos interessados, caminham ao lado de uma outra relação jurídica: aquela estabelecida entre o Estado e os agentes públicos responsáveis pela condução do processo licitatório, fundada basicamente no dever que estes têm de garantir a legitimidade, a legalidade e a probidade do referido processo.

Também fundados nos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público e norteados pela legalidade administrativa, sem deixar de observar ainda, dentre outros, os princípios da razoabilidade, da

2 Para os fins do estudo aqui desenvolvido, não há diferença quanto ao significado das expressões “processo licitatório” ou “procedimento licitatório”, sendo ambas utilizadas para designar o conjunto de atos formalmente estabelecidos com o objetivo de permitir a contratação pública de obras, de serviços ou de bens, conforme a disciplina da Lei nº 8.666/1993.

eficiência e da segurança jurídica na avaliação das situações concretas, os agentes públicos têm o dever de obedecer um arcabouço normativo que pode ser denominado de “Política de Integridade Pública em Licitações”.

Portanto, o presente estudo trata apenas das obrigações impostas aos agentes públicos no âmbito dos processos licitatórios decorrentes de leis e demais atos normativos oriundos do poder público em caráter vinculante (recomendações dos órgãos de controle, orientações normativas etc.), sem cuidar das condutas impostas aos licitantes. É exatamente essa delimitação de escopo que qualifica a política de integridade adiante exposta como “pública”.

Nesse instante, é de todo oportuno tentar delimitar o já referido arcabouço normativo que está obrigado a observar o agente público na condução dos processos licitatórios. E, sem sombra de dúvida, a disciplina geral de uma política de integridade pública em licitações está delineada na Lei nº 8.666/1993.

De fato, a Lei Geral de Licitações contém diversas normas que impõem obrigações aos agentes públicos quando responsáveis por processos licitatórios. E aqui não se trata daquelas que são garantidoras de direitos aos interessados, reitoras da relação entre agente público e particular, mas sim daquelas que impõe uma conduta pautada na legitimidade, na legalidade e na probidade em razão do papel de agente do Estado; são normas que, se não observadas, maculam a integridade da licitação não por ato de um particular, mas por ilicitude cometida pelo agente público, por ação ou omissão.

Assim, a prática administrativa do efetivo respeito a todas as normas da Lei nº 8.666/1993 que impõem obrigações aos agentes públicos perante seu respectivo órgão ou entidade por ocasião da condução de um processo licitatório constitui o núcleo fundamental de toda política de integridade em licitações.

A partir do exame do teor da Lei Geral de Licitações – aplicável, repita-se, a todos os órgãos e entidades da Administração Direta e Indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios –, é possível identificar uma série de obrigações (de fazer e de não fazer) componentes daquele núcleo fundamental de uma política de integridade em licitações que são impostas aos agentes públicos. Adotando uma classificação baseada nos próprios termos usados na Lei nº 8.666/1993, é possível dizer que as obrigações são relativas a:

- a) objetivos e princípios (art. 3º, caput);
- b) vedações e deveres gerais dos agentes públicos (arts. 3º, §§ 1º e 3º, 4º, 14, 16, 21, 25, § 2º, e 26);
- c) participação conflitante com o interesse público (art. 9º);
- d) integridade nos procedimentos de habilitação, instrução e julgamento (arts. 27, 38, 41 e 44);
- e) integridade na formalização e execução contratual (arts. 54, § 1º, 55, 63 e 71, § 2º);
- f) controle social (arts. 101 e 113, § 1º);
- g) controles externo e interno (arts. 102 e 113, caput e § 2º).

Além do disposto na Lei nº 8.666/1993, é possível afirmar que os agentes públicos envolvidos nos processos licitatórios devem atender também às obrigações contidas nas seguintes leis e atos com caráter normativo e/ou vinculante:

- a) determinações específicas e jurisprudência de caráter geral oriundas do Tribunal de Contas da União (TCU);
- b) normas relativas à sustentabilidade ambiental, especialmente a Instrução Normativa SLTI/MPOG nº 1, de 19 de janeiro de 2010, no que se refere às licitações federais;
- c) Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação);
- d) Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013 (Lei do Conflito de Interesses);
- e) Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013 (Lei Anticorrupção Empresarial Brasileira).

2 LEI Nº 8.666, DE 21 DE JUNHO DE 1993 (LEI GERAL DE LICITAÇÕES): DISCIPLINA GERAL DA POLÍTICA DE INTEGRIDADE PÚBLICA EM LICITAÇÕES

2.1 objetivos e princípios

Partindo da premissa de que, por ser a Lei Geral que trata de licitações e contratos administrativo, a Lei nº 8.666/1993 também conterà as regras gerais de uma política de integridade pública em licitações, materializadas

em um conjunto de obrigações, algumas de fazer e outras de não fazer. Inicialmente, cabe tratar das obrigações impostas aos agentes públicos relativas ao respeito dos objetivos e princípios da Lei nº 8.666/1993.

Ainda que se possa dizer que o art. 2º da Lei nº 8.666/1993 contenha o princípio fundamental da precedência do processo licitatório para as contratações públicas³, ressalvados os casos de licitação dispensada, dispensável e inexigível, os objetivos e princípios que devem ser fielmente observados pelos agentes públicos no curso das licitações públicas estão estampados no caput do art. 3º:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.
(...)

A primeira parte do dispositivo trata dos objetivos de toda licitação:

- a) garantir a isonomia de oportunidades a todos os interessados em licitar com o poder público;
- b) selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração;
- c) promover o desenvolvimento nacional sustentável.

E a segunda parte do caput do art. 3º, por sua vez, traz a relação dos princípios que devem ser observados em todas as fases do processo licitatório:

- a) legalidade;
- b) impessoalidade;
- c) moralidade;
- d) igualdade;
- e) publicidade;
- f) probidade administrativa;
- g) vinculação ao instrumento convocatório;

³ Art. 2º As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.

Parágrafo único. (...)

h) julgamento objetivo.

Dos objetivos descritos acima, a observância do princípio constitucional da isonomia é o que toca mais diretamente à atividade dos agentes públicos, tendo em conta que a cada instante ou fase do procedimento licitatório é preciso garantir a paridade de direitos e oportunidades a cada interessado, independentemente de determinação expressa em normas ou regulamentos.

A garantia de isonomia dos direitos no curso da licitação implica 2 (dois) abstenções ao agente público: não se pode privilegiar alguém com direito não extensível aos demais, assim como não é possível vedar a um o exercício de direito garantido a todos. Situações particulares, amizades ou inimizades não podem, por exemplo, levar a redução ou dilação de prazo para apresentação de propostas ou recursos. O desrespeito ao princípio da isonomia macula de vício insanável o processo licitatório e impõe a apuração de responsabilidade ao agente público que lhe deu causa.

A seleção da proposta mais vantajosa é objetivo que será naturalmente atingido se forem observados os critérios definidos em edital para a escolha do licitante vencedor, tendo em conta os tipos de licitação possíveis: menor preço, melhor técnica, técnica e preço ou maior lance ou oferta.

É oportuno observar que o necessário respeito à isonomia e à escolha da proposta mais vantajosa impõem deveres específicos aos agentes públicos, estampados no § 1º do art. 3º, que serão tratados mais adiante.

Quanto ao objetivo de promover o desenvolvimento nacional sustentável – novidade incorporada pela Lei nº 12.340/2010 –, basta ao agente público atentar para a disciplina jurídica das margens de preferência para produtos manufaturados e serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras, devidamente regulamentada pelo Decreto nº 7.546/2011

Em relação à lista de princípios, é preciso compreender que a maioria deles traz uma inegável carga de indeterminação – impessoalidade, moralidade, igualdade e probidade administrativa –, sendo, de fato, parâmetros para uma atuação justa e legítima do agente público. Por outro lado, a legalidade, a publicidade, a vinculação ao instrumento convocatório e o julgamento objetivo são princípios devidamente transformados em uma série de obrigações no corpo da Lei nº 8.666/1993.

2.2 Vedações e deveres gerais dos agentes públicos

Definidos os objetivos e princípios norteadores do processo licitatório, os demais dispositivos da Lei nº 8.666/1993 vão se encarregar de disciplinar um extenso conjunto de vedações e deveres impostos aos agentes públicos.

Como tentativa de sistematizar esse rol obrigacional, é possível afirmar que existem obrigações atinentes a temas específicos – conflito de interesses, procedimentos de habilitação e julgamento, formalização e execução contratual, controle social e controles externo e interno – e outras obrigações que podem ser denominadas de “gerais”.

Pois bem, aquelas obrigações gerais englobariam as vedações e deveres impostos aos agentes públicos com a finalidade de proteger os seguintes valores norteadores do processo licitatório:

- a) os objetivos da isonomia e da seleção da proposta mais vantajosa (art. 3º, § 1º);
- b) o dever genérico de garantir a publicidade e a ciência dos atos (arts. 3º, § 3º, 16, 21 e 26);
- c) a fiel observância do princípio da legalidade (art. 4º);
- d) a responsabilidade na gestão dos recursos públicos (arts. 14 e 25, § 2º).

O respeito à isonomia e a seleção da proposta mais vantajosa são objetivos do procedimento licitatório que guardam certa reciprocidade: o desrespeito à isonomia pode ensejar que se consagre vencedor aquele que tenha obtido privilégios e não o que tenha a melhor proposta ou que o interessado portador da melhor proposta seja alijado do processo por perseguição pessoal; de outro lado, se o processo for fraudado para escolher a proposta que não seja a mais vantajosa para o poder público não se estará tratando de forma desigual os desiguais na medida de sua desigualdade, pois a isonomia também significa que aquele interessado que se diferenciou por trazer a melhor oferta seja tratado de forma diferente, a ele sendo adjudicado o objetivo licitado.

Fruto dessa interação entre os deveres de respeitar a isonomia e a escolha da proposta mais vantajosa, o § 1º do art. 3º traz as seguintes vedações dirigidas ao conjunto dos agentes públicos do órgão ou entidade licitante,

estejam ou não diretamente envolvidos no procedimento:

a) admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo (inclusive nos casos de sociedades cooperativas) e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o estabelecimento de margem de preferência (§§ 5º a 12 do art. 3º da Lei Geral de Licitações) e o disposto no art. 3º da Lei nº 8.248/1991;

b) estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamentos, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais, ressalvada a adoção de critérios de desempate (§ 2º do art. 3º da Lei Geral de Licitações) e o disposto no art. 3º da Lei nº 8.248/1991.

Quanto aos deveres de publicidade e ciência dos atos praticados no curso do processo licitatório, devem os agentes públicos atender às seguintes regras da Lei nº 8.666/1993:

a) a licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura (art. 3º, § 3º);

b) será dada publicidade, mensalmente, em órgão de divulgação oficial ou em quadro de avisos de amplo acesso público, à relação de todas as compras feitas pela Administração Direta ou Indireta, de maneira a clarificar a identificação do bem comprado, seu preço unitário, a quantidade adquirida, o nome do vendedor e o valor total da operação, podendo ser aglutinadas por itens as compras feitas com dispensa e inexigibilidade de licitação (art. 16);

c) os avisos contendo os resumos dos editais das concorrências, das tomadas de preços, dos concursos e dos leilões, embora realizados no local da repartição interessada, deverão ser publicados com antecedência, no mínimo, por uma vez, no Diário Oficial da União, quando se tratar de licitação feita por órgão ou entidade da Administração Pública Federal e, ainda, quan-

do se tratar de obras financiadas parcial ou totalmente com recursos federais ou garantidas por instituições federais (art. 21, caput e inciso I);

d) os avisos contendo os resumos dos editais das concorrências, das tomadas de preços, dos concursos e dos leilões, embora realizados no local da repartição interessada, deverão ser publicados com antecedência, no mínimo, por uma vez, no Diário Oficial do Estado, ou do Distrito Federal quando se tratar, respectivamente, de licitação feita por órgão ou entidade da Administração Pública Estadual ou Municipal, ou do Distrito Federal, e ainda, seja a licitação estadual ou municipal, em jornal diário de grande circulação no Estado e também, se houver, em jornal de circulação no Município ou na região onde será realizada a obra, prestado o serviço, fornecido, alienado ou alugado o bem, podendo ainda a Administração, conforme o vulto da licitação, utilizar-se de outros meios de divulgação para ampliar a área de competição (art. 21, caput e incisos II e III);

e) as dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º, todos da Lei Geral de Licitações, deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos (art. 26).

A fiel observância do princípio da legalidade é dever imposto a todo agente público no curso de procedimento licitatório em face da disposição contida no caput do art. 4º da Lei nº 8.666/1993:

Art. 4º Todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1º têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta lei, podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos.

(...)

Como decorrência do respeito ao princípio da legalidade, o agente público deve respeitar precipuamente as formalidades do conjunto de atos que compõem o processo licitatório, obedecendo as cominações legais pertinen-

tes, medida ressaltada pelo parágrafo único daquele mesmo artigo⁴.

De toda sorte, é bom deixar claro que não deve ser dada prevalência à forma sobre o conteúdo, sendo certo que qualquer processo administrativo deve se fundar no formalismo estritamente necessário para obtenção do interesse público, tendo em conta que a forma cominada para cada ato é apenas instrumento e não fim em si mesmo. Tal afirmação é corroborada pelo teor dos incisos VIII e IX da Lei nº 9.784/1999, de onde se conclui que os atos procedimentais que realizam seu fim devem ser considerados válidos, ainda que praticados em ligeiro desacordo com o rito legal previsto.

A última das obrigações “gerais” impostas ao agente público na condução de uma licitação é o dever de responsabilidade na gestão dos recursos públicos, que pode ser vislumbrada nos seguintes mandamentos da Lei nº 8.666/1993:

a) nenhuma compra será feita sem a adequada caracterização de seu objeto e indicação dos recursos orçamentários para seu pagamento, sob pena de nulidade do ato e responsabilidade de quem lhe tiver dado causa (art. 14);

b) nas hipóteses de inexigibilidade e em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis (art. 25, § 2º).

2.3 Participação conflitante com o interesse público

A garantia de integridade de uma licitação também exige que seja vedada a participação de alguns atores que, em razão de prévio desempenho de certas atividades ou de condição jurídica peculiar, possam obter vantagem ou privilégio no âmbito do procedimento licitatório.

Por tal razão, o art. 9º da Lei Geral de Licitações veda que participem, direta ou indiretamente, tanto do procedimento licitatório quanto de eventual execução de obra ou serviço e fornecimento de bens:

4 Art. 4º (...)

Parágrafo único. O procedimento licitatório previsto nesta lei caracteriza ato administrativo formal, seja ele praticado em qualquer esfera da Administração Pública.

- a) o autor do projeto, básico ou executivo, pessoa física ou jurídica;
- b) empresa, isoladamente ou em consórcio, responsável pela elaboração do projeto básico ou executivo ou da qual o autor do projeto seja dirigente, gerente, acionista ou detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital com direito a voto ou controlador, responsável técnico ou subcontratado;
- c) servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação.

A Lei se ocupou ainda de definir o que seria uma “participação indireta” na licitação, que nos termos do § 3º do mesmo art. 9º seria “a existência de qualquer vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira ou trabalhista” entre determinados sujeitos e “o licitante ou responsável pelos serviços, fornecimentos e obras, incluindo-se os fornecimentos de bens e serviços a estes necessários”.

E quem seriam estes sujeitos que não podem participar de uma licitação nem mesmo de forma indireta? a conjunção dos §§ 3º e 4º do art. 9º permite afirmar que os autores dos projetos básico e executivo e os servidores membros da comissão de licitação do órgão ou entidade contratante não podem ter qualquer vínculo com qualquer dos licitantes ou responsáveis pelos serviços, fornecimento e obras objetos da contratação.

2.4 Integridade nos procedimentos de habilitação, instrução e julgamento

As fases de habilitação e julgamento de um processo licitatório são o momento em que efetivamente os agentes públicos envolvidos podem – e devem – realizar os objetivos de garantir a isonomia, selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e promover o desenvolvimento nacional sustentável.

Nesse sentido, os deveres concernentes à integridade dos procedimentos que são impostos aos agentes públicos podem ser vislumbrados no teor dos arts. 27, 38, 41 e 44.

O art. 27 determina que aos interessados em contratar com o poder público só pode ser exigida documentação que vise auferir habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira, regularidade

fiscal e trabalhista e o cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal (proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos).

Por oportuno, é importante mencionar que o TCU tem jurisprudência firmada no sentido de que a Administração Pública deve ater-se de forma estrita ao rol dos documentos elencados nos arts. 27 a 31 da Lei Geral de Licitações para fins de habilitação, não sendo lícita a exigência de nenhum outro documento que não esteja ali apontado. São paradigmáticos desse posicionamento da Corte de Contas federal a Decisão nº 202/1996–Plenário, a Decisão nº 523/1997–Plenário, o Acórdão nº 808/2003–Plenário e o Acórdão nº 1.602/2004–Plenário.

O art. 38, por sua vez, impõe ao agente público 2 (duas) espécies de obrigações pertinentes à instrução do processo de licitação: a observância do conjunto documental necessário a conferir validade ao procedimento e a remessa das minutas de editais de licitação para exame e aprovação prévia da assessoria jurídica do órgão ou entidade da Administração Pública.

Sobre os pareceres emitidos por assessoria jurídica é importante dizer que eles não têm caráter vinculante, mas caso o gestor público responsável pela autorização da licitação discorde dos termos do parecer jurídico deverá apresentar por escrito a motivação dessa discordância antes de prosseguir com os procedimentos relativos à contratação, sob pena de responder integralmente pela efetiva ocorrência de eventuais irregularidades apontadas na manifestação jurídica, conforme já decidiu o TCU no Acórdão nº 521/2013–Plenário.

Já o art. 41 da Lei Geral de Licitações impõe aos agentes públicos responsáveis pelo processo licitatório o dever de observar fielmente as normas e condições do edital, sem possibilidade de exigir condutas e obrigações dos interessados não previstas em respeito ao princípio da legalidade e da segurança jurídica, ainda que aponte como fundamento o interesse público abstratamente considerado. Todavia, no Acórdão nº 3.381/2013–Plenário, o TCU firmou posição de que a interpretação estrita dos termos dos editais não pode levar à desconsideração do princípio da seleção da proposta mais vantajosa.

E, ao se examinar o art. 44, é possível vislumbrar obrigações direcionadas especificamente à comissão de licitação, que podem ser resumidas no

seguinte rol:

a) considerar apenas os critérios objetivos definidos em edital, que nunca poderão contrariar os princípios e regras da Lei nº 8.666/1993;

b) não desrespeitar, ainda que indiretamente, o princípio da isonomia entre os licitantes por meio da utilização em edital de qualquer elemento, critério ou fator sigiloso, secreto, subjetivo ou reservado;

c) não considerar qualquer oferta de vantagem não prevista no edital, inclusive financiamentos subsidiados ou a fundo perdido, nem preço ou vantagem baseada nas ofertas dos demais licitantes;

d) não admitir proposta que apresente preços global ou unitários simbólicos, irrisórios ou de valor zero, incompatíveis com os preços dos insumos e salários de mercado, acrescidos dos respectivos encargos, ainda que o ato convocatório da licitação não tenha estabelecido limites mínimos, exceto quando se referirem a materiais e instalações de propriedade do próprio licitante, para os quais ele renuncie à remuneração, parcial ou totalmente.

2.5 Integridade na formalização e execução contratual

Superadas todas as fases da licitação, é chegado o momento de formalizar a contratação e acompanhar a execução da obra, do fornecimento de bens ou da prestação de serviço. A primeira diretriz a guiar a conduta do agente público deve ser o disposto no § 1º do art. 54 da Lei nº 8.666/1993, que preceitua o seguinte:

Art. 54. (...)

§ 1º os contratos devem estabelecer com clareza e precisão as condições para sua execução, expressas em cláusulas que definam os direitos, obrigações e responsabilidades das partes, em conformidade com os termos da licitação e da proposta a que se vinculam.

(...)

Em complemento a tal determinação, o art. 55 da Lei Geral de Licitações apresenta o conjunto de cláusulas que devem constar de forma obriga-

tória em todos os contratos administrativos⁵.

Agora sob o prisma da publicidade, o art. 63 franqueia a qualquer licitante – e não apenas aquele que apresentou a proposta vencedora – o conhecimento dos termos do contato firmado e de outras informações do processo de licitação, e a qualquer interessado – aquele que não seja licitante mas comprove influência do contrato firmado em direito próprio – a obtenção de cópias autenticadas, mediando o pagamento das custas pertinentes.

No que toca especificamente à execução contratual, deve o gestor do contrato acompanhar e zelar pela regularidade dos recolhimentos dos encargos previdenciários resultantes da execução dos contratos, tendo em conta que o § 2º do art. 71 da Lei nº 8.666/1993 preceitua que a Administração Pública responde solidariamente com o contratado por tais encargos.

Por oportuno, é importante salientar que a Administração Pública não tem responsabilidade sobre eventual inadimplência do contratado quanto aos encargos trabalhistas e fiscais, haja vista que o Supremo Tribunal Federal (STF), por ocasião do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16, declarou a constitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/1993⁶ e impôs limites à aplicação do Enunciado nº 331 da Súmula de

5 Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:
 I - o objeto e seus elementos característicos;
 II - o regime de execução ou a forma de fornecimento;
 III - 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;
 IV - os prazos de início de etapas de execução, de conclusão, de entrega, de observação e de recebimento definitivo, conforme o caso;
 V - o crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica;
 VI - as garantias oferecidas para assegurar sua plena execução, quando exigidas;
 VII - os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas;
 VIII - os casos de rescisão;
 IX - o reconhecimento dos direitos da Administração, em caso de rescisão administrativa prevista no art. 77 desta Lei;
 X - as condições de importação, a data e a taxa de câmbio para conversão, quando for o caso;
 XI - a vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexistiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor;
 XII - a legislação aplicável à execução do contrato e especialmente aos casos omissos;
 XIII - a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação.
 (...)

6 Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou

jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho (TST)⁷.

2.6 Controle social

Também é papel do agente público que atua no processo de licitação observar as normas que visam garantir o controle social do procedimento, ou seja, o controle de regularidade dos atos realizado por iniciativa do cidadão, destinatário último de todos os atos da Administração Pública, que devem sempre promover o interesse público e não interesses próprios.

Nesse sentido, o art. 101 da Lei nº 8.666/1993 impõe ao poder público o dever de prestar todas as informações necessárias ao cidadão que deseje provocar, para os efeitos previstos na Lei Geral de Licitações, a iniciativa do Ministério Público em face da ocorrência de fato tipificado como crime e respectiva autoria e outras circunstâncias que sejam de seu conhecimento.

Por oportuno, deve ser mencionado que qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar ao Tribunal de Contas ou aos órgãos integrantes do sistema de controle interno contra irregularidades na aplicação da Lei Geral de Licitações, conforme expresso no § 1º do art. 113.

Nesse sentido, como forma de garantir o controle social quanto às licitações públicas e oferecer um meio de atender ao disposto no § 1º do art. 113 da Lei nº 8.666/1993, seria interessante que os órgãos e entes da Admi-

restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.

(...)

7 CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE.

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a personalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

nistração Pública tivessem um canal de comunicação próprio para receber reclamações e denúncias de irregularidades relativas aos procedimentos licitatórios, para os casos em que quaisquer licitantes, contratados e pessoas físicas e jurídicas em geral optassem por fazer uma comunicação de forma direta à Administração Pública, e não ao sistema de controle interno ou ao órgão de controle externo competente.

Cabe dizer ainda que a “Ouvidoria de Licitações” aqui sugerida não precisaria estar em um sistema informatizado particular – o que traria desnecessário aumento de custos –, bastando que fosse criada uma área específica no sistema de ouvidoria já adotado pelo órgão ou entidade da Administração Pública, com procedimentos próprios de distribuição da demanda, elaboração da resposta e ciência aos departamentos de controle interno, auditoria e assessoria jurídica, a depender da gravidade da irregularidade noticiada.

2.7 Controles externo e interno

A Lei nº 8.666/1993 também impõe deveres específicos aos membros dos Tribunais de Contas responsáveis pelo controle externo dos contratos administrativos quanto à legalidade, legitimidade e economicidade, aos agentes públicos componentes dos órgãos de controle internos dos órgãos ou entidades contratantes e aos agentes públicos que daqueles recebam solicitações ou determinações.

Nesse sentido, pertinente destacar os seguintes comandos normativos previstos na Lei Geral de Licitações:

a) quando em autos ou documentos de que conhecerem, os membros dos Tribunais de Contas ou os titulares dos órgãos integrantes do sistema de controle interno de qualquer dos Poderes verificarem a existência dos crimes definidos nesta Lei, remeterão ao Ministério Público as cópias e os documentos necessários ao oferecimento da denúncia (art. 102);

b) o controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por aquela Lei será feito pelo Tribunal de Contas competente, na forma da legislação pertinente, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, nos termos da Constituição e sem prejuízo do sistema

de controle interno nela previsto (art. 113, caput);

c) os Tribunais de Contas e os órgãos integrantes do sistema de controle interno poderão solicitar para exame, até o dia útil imediatamente anterior à data de recebimento das propostas, cópia de edital de licitação já publicado, obrigando-se os órgãos ou entidades da Administração interessada à adoção de medidas corretivas pertinentes que, em função desse exame, lhes forem determinadas (art. 113, § 2º).

Não custa lembrar ainda que o controle externo tem fundamento constitucional, haja vista que o art. 74, § 2º estabelece que *“qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União”*, regra que deve ser estendida aos Tribunais de Contas dos Estados e dos Municípios.

3 RESPEITO ÀS DETERMINAÇÕES ESPECÍFICAS E À JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO COMO ELEMENTO DE POLÍTICA DE INTEGRIDADE PÚBLICA EM LICITAÇÕES

3.1 Dever de obediência às determinações específicas

Como órgãos dotados de autonomia administrativa e financeira e com função de auxiliar o controle externo exercido pelo respectivo Poder Legislativo, os Tribunais de Contas proferem decisões que, mesmo não tendo a natureza de decisão judicial, são vinculantes para a Administração Pública, que não pode simplesmente desrespeitá-las ou invalidá-las, conforme entendimento assentando na melhor doutrina, que as difere das decisões puramente administrativas para conferir tratamento de *“decisões quase jurisdicionais”* (DI PIETRO, 1996:23).

Ainda que se tome como mera referência a posição doutrinária, não é possível olvidar que este também é o entendimento de nossos Tribunais Superiores, tendo em conta as decisões proferidas pelo Superior Tribunal de

Justiça (STJ) no Recurso Especial nº 464.633/SE⁸ e pelo STF por ocasião de voto do Ministro Castro Nunes publicado na RDA 12/421, a seguir parcialmente transcrito:

“Se essa decisão, iniludivelmente administrativa, é suscetível de apreciação judiciária e pode, portanto, vir a juízo e ser anulada pelos tribunais, não o pode fazer o Tesouro, porque o Tribunal de Contas - órgão posto de permeio entre os poderes para vigiar a execução das leis de meios, e o fiscal constitucional daqueles que as aplicam, dos que têm poder de despender, isto é, do Poder Executivo - e tribunal sobranceiro à própria Administração. A Administração não pode invalidar os seus atos [os atos do Tribunal de Contas].”

Fundado em tal posicionamento, o TCU, notadamente quanto à aplicação das normas gerais de licitação, já assentou por diversas vezes o caráter vinculante de suas decisões que imponham determinações específicas, ou seja, aquelas dirigidas diretamente a órgão ou entidade da Administração Pública, no exercício de sua função de auxiliar o controle externo, o que pode ser observado tanto nos Acórdãos nº 400/2011–Plenário e nº 3.104/2013–Plenário, quanto no Enunciado nº 222 de sua Súmula de jurisprudência, a seguir colacionada:

“As Decisões do Tribunal de Contas da União, relativas à aplicação de normas gerais de licitação, sobre as quais cabe privativamente à União legislar, devem ser acatadas pelos administradores dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.”

O descumprimento do dever de obediência às determinações específicas do TCU tem por consequência a aplicação da multa prevista no inciso

8 PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. DECISÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. APOSENTADORIA. ILEGALIDADE. REGISTRO. NEGATIVA. AUTORIDADE COATORA. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM.

1 - “A aposentadoria é ato administrativo sujeito ao controle do Tribunal de Contas, que detém competência constitucional para examinar a legalidade do ato e recusar o registro quando lhe faltar base legal” (RE nº 197227-1/ES, Pleno, Rel. Ministro ILMAR GALVÃO, DJ de 07/02/97).

(...)

III – A decisão do Tribunal de Contas que, dentro de suas atribuições constitucionais (art. 71, III, CF), julga ilegal a concessão de aposentadoria, negando-lhe o registro, possui caráter impositivo e vinculante para a Administração.

(...)

(REsp 464.633/SE, Rel. Ministro FELIX FISCHER, 5ª turma, julgado em 18/02/2003, DJ 31/03/2003, p. 257).

.VIII do art. 58 da Lei nº 8.443/1992 àqueles comprovadamente reincidentes. A redação do dispositivo legal permite concluir que o primeiro descumprimento de determinação específica não será punido, mas a reincidência terá punição automática, sem possibilidade de apresentação de justificativas.

3.2 A jurisprudência de caráter geral e a forma de cumprir os entendimentos fixados

Como visto acima, o TCU já sumulou entendimento de que suas decisões pertinentes às normas gerais de licitações – o que inclui, além da Lei nº 8.666/1993, a Lei nº 10.520/2002 (Lei do Pregão) – devem ser acatadas não apenas pela União, mas pelos Estados, Distrito Federal e Municípios. O fundamento de tal extensão se dá pelo fato de que cabe privativamente à União legislar sobre as normas gerais sobre de licitação⁹, o que implica a observância dos demais entes federativos às interpretações e entendimentos firmados no âmbito da Corte de Contas federal.

É preciso acrescentar, por oportuno, que a Corte de Contas federal não entende como vinculante apenas as determinações específicas, mas todo e qualquer entendimento firmado em caráter geral que diga respeito à interpretação e à aplicação da Lei nº 8.666/1993, tendo o TCU já assentado que *“constitui irregularidade a inobservância, na tomada de decisões, em especial, na área de licitações, dos entendimentos firmados no âmbito do Tribunal de Contas da União, conforme enunciado nº 222 da Súmula de Jurisprudência deste Tribunal”*¹⁰.

Todavia, há uma importante diferença nos efeitos decorrentes do descumprimento das decisões genéricas em comparação com as determinações específicas, tendo em conta que a não observância daquelas atrai a aplicação do disposto no § 1º do art. 58 da Lei nº 8.443/1992 – e não a regra do inciso VIII do caput do artigo –, o que permite ao agente público apresentar motivo justificado para o não atendimento da jurisprudência fixada.

Nesse instante, é forçoso observar que alguns entendimentos jurisprudências do TCU excepcionam a “letra fria” da Lei Geral de Licitações – normalmente em face da aplicação dos princípios da razoabilidade e da

9 Constituição Federal, art. 22, inciso XXVII.

10 Acórdão nº 3.104/2013–Plenário.

proporcionalidade –, o que exige cuidado especial por parte das assessorias jurídicas ao analisarem as minutas de editais e contratos¹¹.

Ocorre que, no curso de uma licitação ou durante a execução do contrato, podem surgir situações em que a assessoria jurídica adotará o posicionamento do TCU e não o texto literal da Lei nº 8.666/1993, o que exigirá, em face do dever de observar o princípio da legalidade, manifestação expressa e documentada nos autos do procedimento licitatório de que a exceção ao conteúdo do texto legal tem por fundamento decisão emanada da Corte de Contas federal.

É possível invocar como exemplo de tais situações de excepcionalidade o tema dos limites para alteração dos valores contratuais, que são fixados no § 1º do art. 65 da Lei Geral de Licitações, cujo texto segue transcrito:

Art. 65. (...)

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

Ocorre que o TCU, por ocasião da Decisão nº 215/1999–Plenário, já firmou jurisprudência no sentido de que os limites legais previstos naquele dispositivo podem ser excedidos em situações excepcionais de alteração contratual de natureza qualitativa, como se pode verificar do seguinte excerto: (com destaques inovadores)

“O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE:

(...)

8.1. com fundamento no art. 1º, inciso XVII, § 2º da Lei nº 8.443/92, e no art. 216, inciso II, do Regimento Interno deste Tribunal, responder à Consulta formulada (...) nos seguintes termos:

a) tanto as alterações contratuais quantitativas - que modificam a dimensão do objeto - quanto as unilaterais qualitativas - que mantêm intangível o objeto, em natureza e em dimensão, estão

11

Por força da determinação contida no parágrafo único do art. 38 da Lei nº 8.666/1993.

sujeitas aos limites preestabelecidos nos §§ 1º e 2º do art. 65 da Lei nº 8.666/93, em face do respeito aos direitos do contratado, prescrito no art. 58, I, da mesma Lei, do princípio da proporcionalidade e da necessidade de esses limites serem obrigatoriamente fixados em lei;

b) nas hipóteses de alterações contratuais consensuais, qualitativas e excepcionalíssimas de contratos de obras e serviços, é facultado à Administração ultrapassar os limites aludidos no item anterior, observados os princípios da finalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade, além dos direitos patrimoniais do contratante privado, desde que satisfeitos cumulativamente os seguintes pressupostos:

(...)”

Isto posto, quando reconhecida a ocorrência da situação excepcional de alteração qualitativa de que trata a Decisão nº 215/1999–Plenário, o exame jurídico deve obrigatoriamente esclarecer quais valores mencionados em aditivos contratuais se enquadram nos limites previstos no § 1º do art. 65 da Lei nº 8.666/1993 e quais valores podem ser contratados sem considerar aqueles limites, além das justificativas pertinentes.

Assim, em se tratando desse caso específico (extrapolação dos limites legais para alterações contratuais em face do reconhecimento das situações descritas na Decisão nº 215/1999–Plenário), as manifestações jurídicas que adotem o reconhecimento da hipótese excepcional devem estar obrigatoriamente nos autos do procedimento licitatório e conter, além das justificativas do enquadramento, os seguintes elementos:

- a) valor de cada aditivo contratual;
- b) percentual de acréscimo e/ou supressão do aditivo em relação ao valor original;
- c) percentual de acréscimo e/ou supressão do aditivo albergado pela Decisão nº 215/1999–Plenário, quando for o caso.

Não custa ressaltar que o exemplo aqui proposto serve apenas para ilustrar que a adoção por órgão ou entidade da Administração Pública de entendimentos do TCU que destoem de uma interpretação literal da Lei Geral de Licitações precisam ser devidamente explicitados e justificados, tanto por força da adoção do princípio da legalidade como regra – que nestes casos

cede à razoabilidade e à proporcionalidade –, quanto para os fins dos controles social (por parte dos diretamente interessados e dos cidadãos, na forma da lei), interno (do corpo técnico competente na forma regimental) e externo (de competência do próprio TCU).

4 POLÍTICA DE INTEGRIDADE EM LICITAÇÕES E NORMAS RELATIVAS À SUSTENTABILIDADE AMBIENTAL

Nos termos do art. 3º da Lei nº 8.666/1993, um dos objetivos do procedimento licitatório é a promoção do desenvolvimento nacional sustentável. No âmbito federal, a regulamentação do tema é o objeto do Decreto nº 7.746/2012, que estabelece critérios, práticas e diretrizes para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável nas contratações realizadas pela Administração Pública federal.

Conforme disposto no art. 4º daquele Decreto, são diretrizes de sustentabilidade, entre outras:

- a) menor impacto sobre recursos naturais como flora, fauna, ar, solo e água;
- b) preferência para materiais, tecnologias e matérias-primas de origem local;
- c) maior eficiência na utilização de recursos naturais como água e energia;
- d) maior geração de empregos, preferencialmente com mão de obra local;
- e) maior vida útil e menor custo de manutenção do bem e da obra;
- f) uso de inovações que reduzam a pressão sobre recursos naturais;
- g) origem ambientalmente regular dos recursos naturais utilizados nos bens, serviços e obras.

Todavia, quando se fala em regulamentação específica para a temática da sustentabilidade ambiental no âmbito das contratações federais, a disciplina jurídica daquele Decreto deve ser complementada com outro normativo.

A Instrução Normativa nº 1/2010, da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão

(MPOG/SLTI), definiu critérios de sustentabilidade ambiental para as licitações promovidas pela Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional.

Do exame das disposições trazidas pela Instrução Normativa MPOG/SLTI nº 1/2010, é possível concluir que, a partir de sua edição, os editais de licitação da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional deverão:

- a) prever critérios de sustentabilidade ambiental (art. 1º);
- b) ter suas especificações voltadas à economia da manutenção e operação das edificações, quando se tratar de obra ou serviço de engenharia, à redução do consumo de energia e água e à utilização obrigatória de tecnologias e materiais que reduzam o impacto ambiental (art. 4º);
- c) exigir critérios específicos de sustentabilidade ambiental para aquisição de bens (art. 5º);
- d) prever a adoção de prática de sustentabilidade na execução dos serviços contratados (art. 6º).

Assim, partindo da afirmação de que uma “Política de Integridade Pública em Licitações” significa o conjunto normativo que deve obedecer o agente público para fins de garantir a legitimidade, a legalidade e a probidade de um procedimento licitatório, é possível concluir que, ao menos no âmbito das licitações e contratações federais, as disposições encartadas no Decreto nº 7.746/2012 e na Instrução Normativa MPOG/SLTI nº 1/2010 também compõem aquele conjunto de normas, ao lado das disposições da Lei nº 8.666/1993 e das recomendações (específicas) e decisões (genéricas) provenientes do TCU¹².

5 POLÍTICA DE INTEGRIDADE EM LICITAÇÕES E LEI Nº 12.527, DE 18 DE NOVEMBRO DE 2011 (LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO)

A Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, ou simplesmente Lei de Acesso à Informação (LAI), tem por objetivo regular o acesso à informação

¹² Aqui tomadas com força normativa em face de seu caráter vinculante, conforme Enunciado nº 222 da Súmula de jurisprudência da Corte de Contas federal.

previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216, todos da Constituição Federal, e suas disposições se aplicam à União, Estados, Distrito Federal e Município, inclusive a respectiva Administração Indireta, os Poderes Legislativo e Judiciário, as Cortes de Contas e o Ministério Público.

Os procedimentos previstos na Lei nº 12.527/2011 destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem observar tantos os princípios básicos da Administração Pública quanto as seguintes diretrizes¹³:

- a) observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção;
- b) divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações;
- c) utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação;
- d) fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública;
- e) desenvolvimento do controle social da administração pública.

Nesse sentido, a adoção de uma “Política de Integridade Pública em Licitações” exige que o agente público que atua no curso de um procedimento licitatório busque atender às diretrizes da Lei de Acesso à Informação a partir das regras postas na Lei Geral de Licitações, o significará a adoção de procedimentos que visem preservar as informações consideradas pela LAI como sigilosas e divulgar as informações que sejam de interesse público, a partir de uma cultura interna de transparência.

Quanto à restrição das informações consideradas sigilosas, é importante mencionar que a própria LAI, ainda que preveja a publicidade como regra, se ocupou de relacionar algumas hipóteses de restrição ao acesso à informação. A apresentação destas hipóteses não foi realizada de forma sequencial, apesar de o texto da Lei de Acesso à Informação ter sistematizado um capítulo específico para as restrições do acesso à informação (Capítulo IV), o que exige uma breve compilação de seus artigos, a seguir apresentada:

13 Conforme redação do art. 3º da Lei de Acesso à Informação.

- a) informações referentes a projetos de pesquisa e desenvolvimento científicos ou tecnológicos cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado (art. 7º, § 1º);
- b) sigilo previsto em outras normas (art. 22);
- c) informações classificadas como sigilosas (arts. 23 e 24);
- d) informações de caráter pessoal (art. 31).

No que concerne à divulgação das informações que sejam de interesse público, pelos meios permitidos pela tecnologia da informação e em atenção a uma cultura interna de transparência, é bom dizer que o conceito de “informações de interesse público” é, a priori, indeterminado.

Todavia, no caso particular da Lei Geral de Licitações, o exame de seus artigos a partir das diretrizes estampadas na Lei de Acesso à Informação permite estabelecer um rol de informações pertinentes aos procedimentos licitatórios que devem ser amplamente franqueadas – tanto aos interessados em contratar quanto aos cidadãos no exercício do direito de fiscalizar os gastos públicos –, o qual se passa a transcrever:

- a) o procedimento de preparação e formalização da licitação pública (art. 3º c/c art. 21);
- b) a relação de empresas favorecidas em decorrência da margem de preferência para produtos manufaturados e para serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras (art. 3º, § 13);
- c) os valores registrados em sistemas de registros de preços (art. 15);
- d) as compras feitas pela Administração Pública Direta e Indireta (art. 16);
- e) o resumo do instrumento de contrato firmado em procedimento de licitação (art. 61, parágrafo único);
- f) as normas relativas aos procedimentos operacionais a serem observados na execução das licitações, no âmbito de cada competência (art. 115, parágrafo único);
- g) os regulamentos sobre o procedimento licitatório das sociedades de economia mista, das empresas e fundações públicas, observadas as disposições legais (art. 119);

Agora tratando especificamente do tema da “transparência pública”, é importante dizer que esta pode ser definida como a ação estatal que visa garantir aos cidadãos o pleno conhecimento da execução orçamentária das

receitas e despesas públicas, incluídas as informações sobre a arrecadação e o dispêndio por meio das contratações, bem como o processo de prestação, verificação e exame das contas dos gestores públicos.

Fica patente, pois, a importância da inclusão das informações sobre os procedimentos licitatórios na atuação estatal em busca da transparência pública, tendo em conta que as contratações públicas normalmente deles se derivam, salvo as hipóteses de inexigibilidade ou dispensa de licitação.

A partir da análise do teor da LAI, é possível afirmar que o tema da transparência pública tem sido tratado a partir de 2 (duas) ordens distintas: os instrumentos que concretizam a transparência pública e o conteúdo que deve ser divulgado de forma obrigatória pelo poder público, a chamada transparência pública ativa. Em outras palavras, a transparência pública significa que a Administração pública deve:

- a) disponibilizar instrumentos que permitam o amplo conhecimento das contas públicas pelos cidadãos (instrumentos da transparência pública);
- b) divulgar, de ofício, o conjunto de informações sobre a estrutura, despesas e receitas dos entes e órgãos públicos (transparência pública ativa).

Assim, da mesma forma que, para efetivar o controle social das contratações da Administração Pública foi sugerida uma “Ouvidoria de Licitações”¹⁴, cabe agora sugerir que os órgãos e entidades públicas, agora para fins de cumprir as regras de transparência pública da LAI, criem um “Portal de Despesas”, em que seja dada total transparência aos valores dispendidos nos pagamentos das contratações de obras, prestações de serviços e aquisições de bens.

6 POLÍTICA DE INTEGRIDADE EM LICITAÇÕES E LEI Nº 12.813, DE 16 DE MAIO DE 2013 (LEI DO CONFLITO DE INTERESSES)

A Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013, ou Lei do Conflito de Interesses (LCI), tem por escopo disciplinar as hipóteses de conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego no âmbito do Poder Executivo federal e os

14 Vide item 2.6, *supra*.

impedimentos que deverão ser observados posteriormente àquele exercício.

O regime integral da LCI é aplicável a Ministros de Estado, ocupantes de cargos de natureza especial e do Grupo Direção e Assessoramento Superiores (DAS) níveis 6 e 5, além de presidentes, vice-presidentes e diretores das entidades da Administração Indireta. Aos demais agentes públicos do Poder Executivo federal a Lei nº 12.813/2013 é aplicável apenas quanto à disciplina do dever de prevenção, às hipóteses que configuram conflito de interesses e à proibição do uso de informação privilegiada.

Para os efeitos da LCI, configura conflito de interesses, conforme regra posta em seu art. 3º, inciso I, a situação gerada pelo confronto entre interesses públicos e privados, que possa comprometer o interesse coletivo ou influenciar, de maneira imprópria, o desempenho da função pública. Por sua vez, as hipóteses fáticas de conflito de interesses foram exaustivamente descritas no art. 5º e são as seguintes:

a) divulgar ou fazer uso de informação privilegiada, em proveito próprio ou de terceiro, obtida em razão das atividades exercidas;

b) exercer atividade que implique a prestação de serviços ou a manutenção de relação de negócio com pessoa física ou jurídica que tenha interesse em decisão do agente público ou de colegiado do qual este participe;

c) exercer, direta ou indiretamente, atividade que em razão da sua natureza seja incompatível com as atribuições do cargo ou emprego, considerando-se como tal, inclusive, a atividade desenvolvida em áreas ou matérias correlatas;

d) atuar, ainda que informalmente, como procurador, consultor, assessor ou intermediário de interesses privados nos órgãos ou entidades da administração pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

e) praticar ato em benefício de interesse de pessoa jurídica de que participe o agente público, seu cônjuge, companheiro ou parentes, consanguíneos ou afins, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, e que possa ser por ele beneficiada ou influir em seus atos de gestão;

f) receber presente de quem tenha interesse em decisão do agente público ou de colegiado do qual este participe fora dos limites e condições estabelecidos em regulamento;

g) prestar serviços, ainda que eventuais, a empresa cuja atividade seja

controlada, fiscalizada ou regulada pelo ente ao qual o agente público está vinculado.

Portanto, a partir das regras trazidas pela Lei do Conflito de Interesses, todo agente público que atue, direta ou indiretamente, na condução dos procedimentos licitatórios fica proibido, por exemplo, de utilizar, em proveito próprio ou de terceiro, as informações relativas às propostas de preços, de exercer atividades de consultoria ou atuar como procurador de empresas interessadas em contratar com o poder público e de atuar em processo de que participe como licitante pessoa jurídica que tenha participação sua ou de seu cônjuge, companheiro ou parentes, consanguíneos ou afins, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau.

Por sua vez, além das proibições acima descritas, o agente público que tenha poder de decisão sobre qualquer fase de um procedimento licitatório fica proibido de exercer atividade que implique a prestação de serviços ou a manutenção de relação de negócio com pessoa física ou jurídica que tenha interesse em sua decisão, seja ela individual ou colegiada, bem como daquelas interessadas receber qualquer presente fora dos limites e condições estabelecidas em regulamento.

7 POLÍTICA DE INTEGRIDADE EM LICITAÇÕES E LEI Nº 12.846, DE 1º DE AGOSTO DE 2013 (LEI ANTICORRUPÇÃO EMPRESARIAL BRASILEIRA)

A Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, também referida como Lei Anticorrupção Empresarial Brasileira (LAEB) ou Lei da Empresa Limpa (LEL), dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira.

Ainda que não contenha uma disposição expressa sobre seu âmbito de aplicação, a Lei nº 12.846/2013, ao se referir à prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira, deixa isento de dúvidas que suas normas deverão ser observados pela Administração Direta e Indireta de todos os entes federativos, União, Estados, Distrito Federal e Municípios, incluídos os Poderes Legislativo e Judiciário, além de Tribunais de Contas e Ministério Público, quando atuarem em sua função estritamente administrativa.

Em seu art. 5º, a LAEB relaciona o conjunto de atos que considerada

lesivos à Administração Pública, nacional ou estrangeira, cabendo destacar aqueles cuja lesão é pertinente às licitações e contratações públicas, descritos no inciso IV do citado dispositivo e a seguir reproduzidos:

- a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;
- b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público;
- c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo;
- d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente;
- e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo;
- f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais;
- g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública.

No âmbito administrativo, as pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos previstos na LAEB serão condenadas a multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, e ainda a publicação da decisão condenatória.

Qualquer agente público responsável pela condução de procedimento licitatório, ao vislumbrar a possibilidade de ocorrência de ato tipificado no inciso IV do art. 5º da Lei nº 12.846/2013, tem o dever de provocar, na forma do regulamento pertinente, a autoridade máxima do respectivo órgão ou entidade da Administração Pública, que, a partir da ciência inequívoca, passa a encampar a responsabilidade pela apuração dos fatos.

Por oportuno, é preciso observar que a autoridade máxima pode ter delegado a instauração e o julgamento do processo administrativo de apuração da conduta lesiva a outro agente público, o que implica dizer que a este agente delegado deverá ser dirigida a provocação.

De toda sorte, com ou sem delegação, a ciência da irregularidade pre-

vista na LAEB como potencial ato lesivo deve ser comunicado à autoridade competente de forma expressa e inequívoca, sem margem de dúvida ou ambiguidade, sendo adequado a adoção do expediente do aviso ou certificação de recebimento do documento físico ou virtual que contenha a ciência dos fatos e as provas e documentos julgados pertinentes.

Caso o ato lesivo tenha sido praticado contra Administração Pública estrangeira, a ciência deve ser dirigida à Controladoria-Geral da União (CGU), na forma da regulamentação própria.

O agente público que noticiar a suposta ocorrência de ato lesivo a licitação ou contratação pública deve informar ainda se tem ciência de qualquer das informações previstas no art. 7º da LAEB, que serão levadas em consideração na aplicação das sanções.

É forçoso salientar que a Lei nº 12.846/2013, em seu art. 27¹⁵, previu disciplina especialmente rigorosa para o agente público que tenha competência para apurar os fatos lesivos tipificados e não adote as providências cabíveis, sendo possível a responsabilização penal, civil e administrativa, nos termos da legislação específica aplicável.

Como antes mencionado, a autoridade máxima encampará a responsabilidade pela apuração dos fatos que tomar ciência, o que implica afirmar que o art. 27 da LAEB permite concluir ainda, em uma interpretação a contrario sensu, que haverá responsabilidade pessoal do agente público que, mesmo não tendo poder decisório ou competência para instaurar o respectivo processo administrativo sancionatório, permanecer inerte em sua obrigação de dar ciência dos fatos considerados lesivos pela Lei nº 12.846/2013.

Ademais, o teor do inciso I do art. 30 da LAEB conduz claramente ao entendimento de que qualquer agente público atuante em procedimento licitatório que não der ciência à autoridade competente de ato lesivo de que tenha conhecimento – e esteja tipificado no inciso IV do art. 5º daquela Lei – será responsabilizado de forma pessoal por ato de improbidade administrativa. Tal afirmação é baseada na interpretação conjunta daquele primeiro dispositivo da LAEB com o art. 11, caput, da Lei nº 8.429/1992, a Lei da Improbidade Administrativa (LIA).

Para melhor compreensão do raciocínio, cabe reproduzir inicialmente

15 Art. 27. A autoridade competente que, tendo conhecimento das infrações previstas nesta Lei, não adotar providências para a apuração dos fatos será responsabilizada penal, civil e administrativamente nos termos da legislação específica aplicável.

o inciso I do art. 30 da Lei nº 12.846/2013:

Art. 30. A aplicação das sanções previstas nesta Lei não afeta os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes de:

I - ato de improbidade administrativa nos termos da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992; e

(...)

E agora a transcrição do caput do art. 11 da Lei nº 8.429/1992:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

(...)

Ora, se eventual sanção aplicada pela LAEB não afasta a responsabilidade por ato de improbidade previsto na Lei nº 8.429/1992, e a omissão que viola os deveres de honestidade e lealdade à Administração Pública é exemplo de ato de improbidade, a conduta do agente público que atua em procedimento licitatório e omite qualquer dos atos previstos no art. 5º, inciso IV, da Lei nº 12.846/2013, será punida tanto com supedâneo no art. 27 desta Lei quanto no art. 11 da LIA, em um exemplo típico de independência de instâncias punitivas.

Portanto, imaginar que o art. 27 da Lei nº 12.846/2013 só deve ser aplicado às autoridades competentes para instauração do processo administrativo de responsabilização é permitir a impunidade de agentes públicos que atuam em licitações e permanecem dolosamente inertes diante de atos lesivos devidamente tipificados para se aproveitar de uma interpretação literal que não se coaduna com os fins da Lei Anticorrupção Empresarial Brasileira. Tal entendimento permitiria até mesmo um conluio entre agentes públicos e suas autoridades máximas, em um pacto de silêncio e omissão que beneficiaria a todos, mas seria lesivo à Administração Pública.

Todavia, a repercussão mais relevante que o conjunto de regras da Lei Anticorrupção Empresarial Brasileira traz a uma “Política de Integridade Pública em Licitações” diz respeito com o dever que compete aos agentes públicos envolvidos de prevenir a participação de empresa condenada à

suspensão ou interdição de suas atividades ou com dissolução compulsória estabelecida por atos lesivos à Administração Pública, penalidades aplicáveis em eventual processo judicial, conforme previsto no art. 19 da LAEB.

Nesse sentido, é cabível – e recomendável – que o processo licitatório seja instruído com declaração das pessoas jurídicas interessadas de que não sofreram condenações às penalidades previstas nos incisos II e III do art. 19 da Lei nº 12.846/2013 (suspensão ou interdição parcial de atividades ou dissolução compulsória), por prática de atos lesivos à Administração Pública.

8 CONCLUSÃO

O dever dos agentes públicos de garantir a legitimidade, a legalidade e a probidade dos processos licitatórios, a partir da observância de um determinado conjunto normativo, é o que se pode denominar de “Política de Integridade Pública em Licitações”. Não se trata aqui das normas garantidoras de direitos aos interessados em licitar ou as que impõem deveres de conduta a estes, mas daquelas que, se não observadas, maculam a integridade da licitação por ilicitude cometida pelo agente público, por ação ou omissão.

Apesar de ser correto afirmar que a disciplina geral daquela política de integridade está delineada na Lei nº 8.666/1993, é forçoso dizer que o referido arcabouço normativo vai além desta norma, englobando ainda as determinações e decisões do Tribunal de Contas da União sobre licitações e contratos públicos, as normas relativas à sustentabilidade ambiental no âmbito das contratações e a legislação nacional que trata dos temas do acesso à informação, do conflito de interesses e da prevenção aos atos lesivos à Administração Pública, naquilo que for pertinente às licitações públicas.

No que concerne à Lei Geral de Licitações, a política de integridade aqui delineada impõe a observância das regras pertinentes aos objetivos e princípios, o rol dos deveres denominados de “gerais”, as participações conflitantes com o interesse público, os procedimentos de habilitação, instrução e julgamento, a formalização e execução contratual e os controles social, externo e interno.

Necessário observar ainda que, para os fins de uma política de integridade, as decisões proferidas pelo TCU, quanto à aplicação das normas gerais de licitação, têm caráter vinculante quando imponham determinações

específicas a órgão ou entidade da Administração Pública. A Corte de Contas federal confere caráter vinculante não apenas às determinações específicas, mas a todo e qualquer entendimento firmado em caráter geral que diga respeito à interpretação e à aplicação da Lei nº 8.666/1993.

Há que se dizer ainda que, como forma de cumprir o objetivo de promover o desenvolvimento nacional sustentável, os processos licitatórios federais deverão atentar para as determinações do Decreto nº 7.746/2012 e, especificamente quanto ao tema da sustentabilidade ambiental, a Instrução Normativa MPOG/SLTI nº 1/2010, que determina a previsão de critérios de sustentabilidade para obras, serviços e aquisições nos editais de licitação.

Completando o rol normativo que deve o agente público obedecer para fins de garantir a legitimidade, a legalidade e a probidade das licitação públicas, estão as disposições pertinentes contidas nas Leis nº 12.527/2011, nº 12.813/2013 e nº 12.846/2013, que tratam, respectivamente, da regulamentação do acesso à informação, da prevenção ao conflito de interesses públicos e privados e da responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 22 de junho de 1993. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 15 fev. 2015.

_____. **Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011**. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 2 de agosto de 2013. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 15 fev. 2015.

_____. **Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013**. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 2 de agosto de 2013. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 15 fev. 2015.

_____. **Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013.** Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 2 de agosto de 2013. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 15 fev. 2015.

DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. **Coisa julgada – aplicabilidade a decisões do Tribunal de Contas da União.** Revista do TCU, v. 27, n. 70, p. 23, out/dez 1996.

MAGALHÃES, João Marcelo Rego. **Contratos administrativos na jurisprudência do Tribunal de Contas da União.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

MAGALHÃES, João Marcelo Rego. **Licitações na jurisprudência do Tribunal de Contas da União.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

As Cautelas Fiscais para Criar Despesa Pública

The fiscal cautions to generate public expenditure

Flavio Corrêa de Toledo Junior¹

RESUMO

A Lei Complementar nº 101/2000 concebe o controle da despesa pública como um importante instrumento para se alcançar uma gestão fiscal responsável. Este artigo aborda institutos, previstos na Lei de Responsabilidade Fiscal, devotados a cumprir esse papel. Nesse sentido, trata de demarcar a diferença entre, por um lado, institutos como a criação, expansão e aperfeiçoamento da ação governamental e, por outro lado, as despesas obrigatórias de caráter continuado.

Palavras-Chave: Despesa Pública. Responsabilidade Fiscal. Controle.

ABSTRACT

The Complementary Act 101/2000 conceives the control of public expenditure as a remarkable instrument to reach a responsible fiscal management. This essay addresses institutes contained in the Fiscal Responsibility Act in order to play this role. Therefore, it draws the difference between institutes as the creation, expansion and improvement of government action, for one hand, and the continuous mandatory expenditures, on the other one.

Keywords: Public Expenditure. Fiscal Responsibility. Control.

1 A DIFERENÇA ENTRE O GASTO EMANADO DE LEI ESPECÍFICA E O AUTORIZADO SOMENTE NO ORÇAMENTO ANUAL

No intento de gerar saldo financeiro para reduzir o estoque da dívida

¹ Funcionário aposentado do TCE-SP, onde ocupou os cargos de Agente da Fiscalização e Assessor Técnico; ex-Diretor Financeiro da Prefeitura de São Paulo; autor de livros sobre orçamento e responsabilidade fiscal; Consultor da Fiorilli S/C Ltda. – Software. E-mail: ftoledojr@gmail.com

pública, a Lei de Responsabilidade Fiscal impõe cuidados relativos às novas despesas.

De fato, se já é difícil bancar os gastos preexistentes, quanto mais as novidades na despesa, sobretudo as que pressionam, anos a fio, o orçamento público; isso sem falar das perpetuadas na vida financeira da entidade governamental.

Eis os artigos 15, 16 e 17 daquela disciplina, pouco observados por boa parte dos municípios, mas cuja omissão tem suscitado recomendações e advertências por parte dos Tribunais de Contas e, em alguns casos, julgamento de irregularidade contratual, com multa ao responsável. É o que se vê na seguinte decisão da Corte Paulista de Contas:

Já as ausências de estimativa trienal do impacto orçamentário-financeiro da obra (com premissas e metodologia de cálculo utilizado) e da declaração do ordenador da despesa atestando adequação ao PPA, LDO e LOA configuram infringência ao artigo 16, incisos I e II, da Lei Complementar n.101/00. **São desacertos que implicam na caracterização de despesa não autorizada, irregular e lesiva ao patrimônio público (art. 15) (...).** Do exposto, e atento às manifestações unânimes dos órgãos técnicos, julgo irregulares tomada de preços nº 30/02, contrato, termo aditivo e ato determinador de despesas, conheço do Termo de Rescisão Contratual, com acionamento dos incisos XV e XXVII, do artigo 2º da Lei Complementar nº 709/93” (TC 1452/002/07)².

Para o juízo mais severo, escora-se o Controle Externo no Código Penal:

Art. 359-D. Ordenar despesa não autorizada por lei:
Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

Prescritos no artigo 16 da Lei de Responsabilidade Fiscal, os institutos da *criação, expansão ou aperfeiçoamento da ação governamental*, no mais das vezes, diferem do outro novo gasto público, o *obrigatório de caráter*

² Cf. Inteiro teor do Relatório-Voto do Sr. Conselheiro Relator em: http://www2.tce.sp.gov.br/arqs_juri/pdf/272621.pdf

continuado (art. 17 da LRF)³, vez que este é sempre inevitável, inadiável, incomprimível, irrecusável; em rumo diverso, aquelas três primeiras iniciativas podem não ser de execução compulsória, desde que dispensem autorização legal específica, salvo, claro, a do orçamento anual.

Essa não-obrigatoriedade é porque, no Brasil, a lei orçamentária é marcadamente autorizativa, não-impositiva, nisso considerado que o gasto mínimo em Educação e Saúde e o repasse mensal do Executivo aos demais Poderes, ambos comandos não emanam daquele instrumento legal, mas, sim, da Constituição.

De todo modo, bom lembrar que, no Congresso Nacional, tramita proposta de emenda constitucional tornando forçosas as despesas vindas de emendas parlamentares ao orçamento. Curioso que o dever de o Executivo realizar programas de Transportes, Meio Ambiente, Saneamento, Habitação e Urbanismo não está sendo proposto pelos legisladores; só os projetos por eles apresentados.

Operar uma recém-construída escola é o mesmo que expandir, ampliar, incrementar a atuação de governo; a realização desse gasto pode, por exclusiva vontade do Poder Executivo, ser adiada, contingenciada, paralisada, em virtude, por exemplo, de queda na arrecadação. Aqui, opera-se, à perfeição, a discricionariedade do administrador estatal. Não há de se falar em despesa obrigatória, pois a licença vem apenas da genérica lei orçamentária, e, não, de instrumento legal próprio.

Em outro sentido, haverá de ser pago, quer queira ou não, o reajuste salarial do funcionalismo. No caso, descabe margem de manobra ao gestor público; a ordem de despesa não se origina unicamente da lei orçamentária, mas, antes, de diploma local específico.

Em livro do qual fomos coautores⁴, assim foi dito:

Entre a despesa obrigatória continuada e a despesa de expansão prevista, somente nos formais planos orçamentários (art. 16), entre uma e outra, há um instrumento coercitivo, a lei ou o ato administrativo normativo, que vincula o ordenador da despesa à execução da primeira; quer dizer, a despesa obrigatória conti-

3 “Art. 17. Considera-se obrigatória de caráter continuado a despesa corrente derivada de lei, medida provisória ou ato administrativo normativo que fixem para o ente a obrigação legal de sua execução por um período superior a dois exercícios”.

4 TOLEDO JÚNIOR, Flávio Corrêa de. ROSSI, Sérgio Ciqueira. **A Lei de Responsabilidade Fiscal Comentada Artigo por Artigo**. 3ª. Edição. São Paulo: Editora NDJ, 2005.

nuada é, por natureza, incomprimível e inadiável, diferente da outra, na qual prevalece a discricionariedade do mandatário e, por isso, à vista de um possível déficit, pode sofrer restrição.

Explica-se melhor. A despesa contemplada na lei de orçamento, e compatível com o PPA e a LDO, não precisa, necessariamente, realizar-se, pois são formais tais instrumentos, eminentemente autorizativos; não impedem que as despesas executadas sejam menores que as estimadas (...).

Aumento salarial do funcionalismo, por exemplo, deriva de lei específica, que obriga o dirigente às providências cabíveis, quer ele queira ou não. Por outro lado, a implantação de serviço de atendimento ao usuário de serviços municipais é processo que pode, a qualquer tempo, ser interrompido, visto que o correspondente gasto dispensa lei específica; só requer dotação na genérica e flexível lei de orçamento, à mercê, sempre, de alterações conduzidas pelo poder discricionário do ordenador da despesa.

De lembrar que, a ver do Tribunal de Contas da União (TCU), renovação de serviços contínuos, tal revalidação contratual dispensa os procedimentos determinados nos artigos 16 e 17 da Lei de Responsabilidade Fiscal:

Já as despesas contínuas, mormente as relacionadas a serviços de manutenção e funcionamento do setor público, por **não serem criadas ou aumentadas em suas renovações contratuais ou licitações anuais, não se sujeitam aos preceitos dos art. 16 e 17, em virtude de não constituírem gastos novos (foram criadas no passado e, portanto, já fizeram parte de leis orçamentárias pretéritas)** (...) (Acórdão 883/2005, Primeira Câmara).

Importante essa leitura do TCU, pois causou viva polêmica o § 7º, art. 17, da LRF⁵, o qual, à primeira vista, oferecia o não razoável entendimento de que qualquer renovação contratual sujeita-se aos vários procedimentos dos art. 16 e 17 daquela disciplina fiscal.

2 A CRIAÇÃO, EXPANSÃO OU APERFEIÇOAMENTO DA AÇÃO GOVER-

5 LRF, art. 17, § 3º- Considera-se aumento de despesa a prorrogação daquela criada por prazo determinado.

NAMENTAL

A construção de pronto-socorro ou do ginásio de esportes, a implantação do serviço de apoio ao pequeno agricultor, o programa que amplia o atendimento escolar, a informatização da Contabilidade, a abertura de nova estrada vicinal, todas essas ações têm a ver com ampliação ou melhoria dos serviços públicos, vale dizer, *criação, expansão ou aperfeiçoamento da ação governamental*; os correlatos gastos, em sua fase inicial, inaugural, oneram categoria orçamentária denominada *Projeto*.⁶

Argumentam alguns que erguer prédio público nem sempre aumenta a despesa, pois que esta já aponta, na lei orçamentária anual, sua fonte de custeio. Equivocada tal leitura, pois os gastos decorrentes pressionarão, sim, orçamentos futuros. De fato, o novo equipamento público demandará custos de operação e manutenção; uma nova escola requer contratação de professores, compra de material didático e alimentos para a merenda escolar; um novo posto de saúde solicita novos médicos e enfermeiros, além da aquisição de medicamentos e material de enfermagem.

Em outras palavras, o Projeto pode não aumentar a despesa, mas, dele decorrentes, as subseqüentes *Atividades (operação e manutenção)*, com certeza, elevarão, no futuro, os custos governamentais.

Pavimentar rua de terra é uma nova ação de governo; eis o Projeto e os cuidados fiscais em debate; já o recapeamento de rua já antes asfaltada é habitual manutenção de serviço preexistente; eis aqui somente a *Atividade*⁷; não há de se falar em nova despesa pública; desnecessárias, neste último caso, as cautelas do artigo 16 da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Na dúvida se há, ou não, aumento da despesa relativa à nova ação de governo, a prudência indica que se cumpra a norma em questão, até porque, como adiante se verá, os procedimentos não trazem dificuldade operacional, mas, de outra parte, a omissão acarreta fortes embaraços ao ordenador da despesa.

De todo e qualquer modo, importante ressaltar: a operação e a ma-

⁶ Nos termos da Portaria MOG 42, de 1999, "Projeto é um instrumento de programação, envolvendo um conjunto de operações, limitadas no tempo, das quais resulta um produto que concorre para a expansão ou o aperfeiçoamento da ação de governo".

⁷ "Atividade, um instrumento de programação envolvendo um conjunto de operações que se realizam de modo contínuo e permanente, das quais resulta um produto necessário à manutenção da ação de governo" (segundo Portaria MOG 42, de 1999).

nutrição do que já era realidade em anteriores orçamentos, enfim, o custeio dos serviços preexistentes dispensa os rigores do art. 16 da Lei de Responsabilidade Fiscal.

De fato e contrário à respeitável linha de entendimento, defendemos que

não é qualquer aumento de gasto público que precisa submeter-se ao ritual administrativo do art. 16 da LRF. Livres dessas cautelas estão as despesas corriqueiras, habituais, relacionadas, apenas e tão-somente, à operação e manutenção dos serviços preexistentes e que nada tenham a ver com criação, expansão ou aperfeiçoamento da ação governamental⁸.

Confirmando essa interpretação e se valendo de decisão do TCU, o saudoso Professor Carlos Pinto Coelho Motta assim sustentou:

(...) uma conclusão interpretativa de grande consistência – confirmada finalmente pelo Tribunal de Contas da União – atribui apenas às despesas relacionadas com projetos o cumprimento dos requisitos dos art. 16 e 17. Despesas pertinentes a atividades estariam deles dispensadas. E, de fato, o TCU, pondo fim ao debate, definiu taxativamente que: “as despesas rotineiras da Administração Pública, já previstas no orçamento, destinadas à manutenção das ações governamentais preexistentes, prescindem da estimativa do impacto orçamentário-financeiro de que trata o art. 16, I da Lei de Responsabilidade Fiscal⁹.”

Nos termos do artigo 16 da Lei de Responsabilidade Fiscal, a *criação, expansão ou aperfeiçoamento da ação de governo*, qualquer um desses Projetos requerem anotações no processo administrativo que abriga a licitação ou contratação direta (*dispensa/inexigibilidade*); isso, vale destacar, na mesma passagem em que se apresentam as cautelas do art. 38 da Lei nº 8.666, de 1993.

Nesse diapasão, o ordenador da despesa emitirá despacho com os seguintes elementos:

8 TOLEDO JÚNIOR, Flávio Corrêa de. ROSSI, Sérgio Ciqueira. **A Lei de Responsabilidade Fiscal Comentada Artigo por Artigo**. 3ª. Edição. São Paulo: Editora NDJ, 2005.

9 MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Dez Anos da Lei de Responsabilidade Fiscal**: repercussões nas licitações e contratos públicos. Fórum de Contratação e Gestão Pública. São Paulo: Editora Fórum; janeiro de 2010.

- Indicação sucinta do objeto a ser contratado;
- Estimativa trienal de impacto sobre duas variáveis fiscais: o orçamento e a disponibilidade de caixa; a diferença entre ambas reside nas sobras ou insuficiências financeiras de exercícios anteriores. Nesse passo, saldo descoberto de Restos a Pagar (*déficit financeiro*) afeta a receita coletada no exercício corrente, restringindo a despesa prevista para o ano (*como se dizia antigamente: “há verba, mas não há dinheiro”*); ao contrário, excedente de caixa (*superávit financeiro*) eleva as possibilidades orçamentárias do ano corrente. Exemplo: se o Município espera arrecadar R\$ 20 milhões, mas tem de solver débitos descobertos do ano anterior (R\$ 2 milhões), se assim for, baseando-se naqueles R\$ 20 milhões calcula-se o impacto orçamentário, enquanto sobre a parcela diferencial, de R\$ 18 milhões, verifica-se o impacto financeiro (R\$ 20 milhões – R\$ 2 milhões);
 - Declaração atestando que a nova despesa conta com saldo na dotação própria e de consistente expectativa de suporte financeiro e mais: tal iniciativa se conforma ao plano plurianual (PPA) e à lei de diretrizes orçamentárias (LDO), peças essas que podem ser legalmente modificadas ao longo do próprio período de execução. Comprova-se a previsão orçamentária inserindo, no processo administrativo, cópia dos respectivos trechos do PPA e da LDO;
 - Expressa autorização para realização do gasto.

Em sua missão pedagógica, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo apresentou modelo para os jurisdicionados atenderem ao artigo 16 da Lei de Responsabilidade Fiscal¹⁰.

Todas aquelas informações são fáceis de enunciar; não entravam a efetivação do gasto público. De outro lado, valorizam e, muito, um dos pilares da responsabilidade fiscal: o planejamento orçamentário. É assim porque o ordenador da despesa¹¹ atestará, de forma documental comprovada, que o novo gasto se compatibiliza com o plano plurianual (PPA), a lei de diretrizes orçamentárias (LDO) e a lei orçamentária anual (LOA).

Nesse contexto, inverídicos e insinceros planos orçamentários colocam em risco a elegibilidade e a probidade administrativa do gestor gover-

¹⁰ Vide anexo único deste artigo.

¹¹ Conforme o art. 80 do Decreto-lei nº 200, de 1967, ordenador da despesa é quem chancela nota de empenho e autoriza pagamento.

namental. Com efeito, não previstas no PPA, LDO e LOA, as novas despesas são tidas não autorizadas, irregulares e lesivas ao patrimônio público (artigo 15, da LRF), deixando o dirigente à mercê do artigo 359-D do Código Penal.

Assim, os comentados artigos 15, 16 e 17 são trechos vitais para a eficácia do planejamento orçamentário, cuja elaboração, no passado, constituía mera cópia do ano anterior, ou, como se diz no mundo do futebol: “era só pra cumprir tabela”.

Ademais, ao atestar a existência de dinheiro para o novo gasto, a Administração Financeira assume compromisso contra dispêndio sem cobertura de caixa: o grande motivo do déficit orçamentário dos municípios.

3 A DESPESA OBRIGATÓRIA DE CARÁTER CONTINUADO

No enfoque da Lei Complementar n.º 101/00, despesa obrigatória de caráter continuado é a que atende às seguintes condições:

- Possui natureza corrente, ou seja, destina-se ao custeio geral da atividade pública (*salário dos servidores; compra de material de consumo; contratação de serviços de terceiros; subvenção a entidades que cooperam com o ente estatal, entre outras*);
- Decorre de ato normativo ou de lei específica, que não seja a do orçamento anual;
- Prolonga-se por, ao menos, dois exercícios financeiros.

A despesa obrigatória de caráter continuado pode se relacionar a qualquer uma das ações finalísticas de programação: o *Projeto, a Atividade ou a Operação Especial*. Permeada que está pela impositividade, é gasto líquido, certo e inadiável; por isso a Lei de Responsabilidade Fiscal determina-lhe maiores cautelas do que as opostas às despesas, não obrigatórias, de criação, expansão e aperfeiçoamento:

- Estudo trienal de impacto orçamentário-financeiro, tal qual antes explicado para os dispêndios de criação, expansão ou aperfeiçoamento da ação estatal;
- Indicação dos meios de financiamento; se a nova despesa iniciar-se

no exercício em que foi autorizada, tais fontes são as que amparam os créditos adicionais (art. 43, § 1.º, da Lei n.º 4.320);

- Comprovação de obediência à margem de expansão determinada na lei de diretrizes orçamentárias (art. 4.º, § 2.º, V, LRF);
- Demonstração de que, no ano da implantação, não se comprometerão as metas fiscais da lei de diretrizes orçamentárias;
- Para os períodos seguintes, medidas de compensação financeira, pelo aumento permanente de receita ou o corte, também permanente, de despesas. O plano de compensação acompanhará, enquanto anexo, o projeto de lei orçamentária anual (art. 5.º, II, LRF).

A realidade tem-nos mostrado que poucos governos compensam financeiramente o novo gasto continuado. Talvez isso ajude a explicar a retomada do déficit e da dívida nos entes federados. Afinal, as finanças públicas guardam semelhança com a economia doméstica; se a família financia uma casa, o valor da prestação solicita aumento da renda familiar ou o corte de alguns gastos; do contrário, o banco tomará a moradia da família inadimplente.

De todo modo, a despesa obrigatória continuada pode ser contrabalançada por eventual excesso de arrecadação de tributo próprio. Num exemplo municipal, é quando o aquecimento da economia local amplia a base sobre a qual se calculam os impostos diretamente arrecadados pelo Município (IPTU, ISS, ITBI). A expectativa de que esse ganho real, acima da inflação, se reproduza pelos exercícios futuros, por si só, indica o aumento da receita, permanente como quer a Lei Complementar n.º 101, de 2000.

Nesse cenário, a Administração Financeira produzirá estudo que comprove a trajetória ascendente da receita, sobretudo nos próximos exercícios. Essa manifestação técnica conterà as premissas e a metodologia de cálculo utilizadas.

De seu lado, o pagamento de juros e outras despesas relativas à dívida municipal dispensam a estimativa trienal de impacto orçamentário-financeiro, bem como a indicação da fonte de custeio. Nessa linha de isenção também se incluem a revisão geral anual no salário dos servidores (art. 37, X, da CF); contudo, reajustes ou aumentos concedidos a determinadas carreiras do funcionalismo, despojados que estão do caráter da generalidade, não se beneficiam de tal exceção; devem, portanto, sujeitar-se às demandas fiscais em comento.

De mais a mais, a Lei de Responsabilidade Fiscal afasta da compensação financeira as despesas que seguem:

- Concessão de benefícios da seguridade social aos que já satisfaçam as condições legais (ex.: aposentadoria para os servidores que cumpriram os requisitos aplicáveis);
- Expansão quantitativa dos serviços de saúde, previdência e assistência social (ex.: ampliação do número de leitos do hospital municipal);
- Reajustamento de valor do benefício ou serviço, a fim de preservar o seu valor real (ex.: atualização monetária de aposentadorias e pensões).

REFERÊNCIAS

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Dez Anos da Lei de Responsabilidade Fiscal: repercussões nas licitações e contratos públicos. **Fórum de Contratação e Gestão Pública**. São Paulo: Editora Fórum; janeiro de 2010.

TOLEDO JÚNIOR, Flávio Corrêa de. ROSSI, Sérgio Ciqueira. **A Lei de Responsabilidade Fiscal Comentada Artigo por Artigo**. 3ª. Edição. São Paulo: Editora NDJ, 2005.

ANEXO

MODELO PROPOSTO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Publicado no Diário Oficial do Estado de 13/09/2006

O Tribunal de Contas do Estado recomenda aos responsáveis pelos órgãos jurisdicionados, que o despacho referido no artigo 16 da Lei de Responsabilidade Fiscal contenha as informações que integram o MODELO abaixo proposto.

**Modelo de despacho do Ordenador da Despesa -
Atendimento ao art.16 da Lei de Responsabilidade Fiscal**

Na qualidade de ordenador da despesa, declaro que o presente gasto dispõe de suficiente dotação e de firme e consistente expectativa de suporte de caixa. conformando-se às orientações do Plano Plurianual e da Lei de Diretrizes Orçamentárias, motivo pelo qual, às fls., faço encartar cópia do respectivo trecho desses instrumentos orçamentários do Município.

Em seguida, estimo o impacto trienal da despesa, nisso também considerando sua eventual e posterior operação:

Valor da despesa no 1º exercício.....R\$

Impacto % sobre O Orçamento do 1º exercício.....%

Impacto % sobre o Caixa do 1º exercício.....%

Valor da despesa no 2º exercício.....R\$

Impacto % sobre o Orçamento do 2º exercício.....%

Impacto % sobre o Caixa do 2º exercício.....%

Valor da despesa no 3º exercício.....R\$

Impacto % sobre o Orçamento do 3º exercício.....%

Impacto % sobre o Caixa do 3º exercício.....%

Data:

Nome, Cargo e Assinatura do Ordenador da Despesa:

Licitações Exclusivas para Microempresas e Empresas de Pequeno Porte

Exclusive biddings for micro and small companies

Bruno Santos Cunha¹
Renato Saeger Magalhães Costa²

RESUMO

A análise da Lei Complementar n. 123/2006, alterada pela Lei Complementar n. 147/2014, permite verificar uma nítida promoção das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte na seara das licitações e contratações públicas. Para além das prerrogativas já contempladas pela Lei Federal n. 8.666/93, impôs-se, pela novel legislação referida acima, um discrimen sobremodo restritivo, permitindo-se “licitações exclusivas” para ME’s e EPP’s. No ponto, importa discutir tal prerrogativa de exclusividade de participação, sobretudo tendo-se como pano de fundo a competição inerente aos processos licitatórios na busca da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

Palavras-Chave: Licitação Exclusiva. Licitação Pública. Processo Licitatório. Microempresa e Empresas de Pequeno Porte.

ABSTRACT

O The analysis of the Complementary Law n. 123/2006, later modified by the Complimentary Law 147/2015, allows the verification of a clear promotion to the small business in the realm of public procurement. Beyond the prerogatives already prescribed in the Federal Law n. 8.666/93, it has been set, by the new laws mentioned above, a particularly high discriminant factor, permitting set aside acquisitions for small business in public procurement. In such scope, it is important to discuss how to put in practice the “set aside” policy on public

¹ Procurador do Município do Recife e Advogado em Urbano Vitalino Advogados. Mestre em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo – USP. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Ex-professor do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. E-mail: brunofloripa@gmail.com

² Estagiário em Urbano Vitalino Advogados. Bacharelando em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP. E-mail: renato.costa@urbanovitalino.com.br

bidding processes, mainly taking into consideration the idea of selecting the most beneficial bid and contract for the Public Administration.

Keywords: Set Aside Acquisition. Public Procurement. Bidding Process. Small Business.

1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O TRATAMENTO DIFERENCIADO ÀS ME'S E EPP'S EM CERTAMES LICITATÓRIOS

A Constituição Federal de 1988 previu, em seu texto – mais especificamente nos artigos 170, IX, e 179, da CF/88³ –, que as Microempresas e Empresas de Pequeno Porte teriam dispensadas para si, por parte do Poder Público, eventual tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las.

Em virtude de tal disposição constitucional, observa-se, pois, que para além da definição legal do tratamento diferenciado e favorecido às ME's e EPP's no que tange a regimes especiais de tributação – o que encontra fundamentado constitucional, também, no art. 146, III, d, da CF/88 –, a Lei Complementar n. 123 de 14 de Dezembro de 2006 instaurou verdadeiro sistema protetivo amplo a tais espécies de “empresas”. Nesse sentido, a referida Lei Complementar estendeu a proteção às ME's e EPP's para o campo dos certames licitatórios.

Em termos amplos – e ratificando a possível constitucionalidade do tratamento diferenciado instaurado pela Lei às ME's e EPP's no bojo de certames públicos –, o Tribunal de Contas da União já asseverou ser possível que o Poder Público estabeleça tal sorte de discrimen tendo como pano de fundo, sempre, o “justo intuito de alçar à condição de iguais sujeitos desiguais”. Veja-se a expressão do TCU:

Nada obstante a existência do preceito constitucional da realização de licitação para as contratações públicas com o obje-

3 CF/88 – Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

tivo de melhor atendimento ao interesse público, assegurado o tratamento isonômico entre os participantes, não há que se olvidar que é também princípio constitucional o tratamento favorecido às empresas de pequeno porte (CF/88, arts. 170, IX e 179), com o justo intuito de alçar à condição de iguais sujeitos desiguais. Creio que esses princípios não se antagonizam, ao contrário. Formam um todo harmônico em busca, justamente, da almejada isonomia, da igualdade. Penso, ainda, não ter sido outro o espírito com que o legislador ordinário promulgou a LC 123/2006, estabelecendo as normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e o Executivo baixou o Decreto 6204/2007, regulamentando o tratamento favorecido, diferenciado e simplificado a ser aplicado aos entes em questão nas contratações públicas no âmbito da Administração Federal.⁴

O que se estuda, por ora, são as formas pelas quais a atuação do Poder Público é lícita quando intenta implementar o tratado diferenciado às ME's e EPP's (ou, em outras palavras, quando tenta concretizar a igualdade material). Eis, pois, o escopo do presente estudo.

De início – e adentrando na temática –, é de ver-se que a já referida LC n. 123/2006 trazia, na redação originária de seu art. 47, o que segue:

(Redação originária da LC n. 123/2006) Art. 47. **Nas contratações públicas** da União, dos Estados e dos Municípios, **poderá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte** objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica, **desde que previsto e regulamentado na legislação do respectivo ente.**

Nesse patamar, tinha-se a abertura, pela via legal, da possibilidade de discriminação positiva das ME's e EPP's em certames licitatórios, ainda que não se entre na discussão, por ora, acerca da autoaplicabilidade ou não de tal dispositivo, isto é, da necessidade de que fosse regulamentado por legislação específica de cada ente, como dispunha expressamente a redação acima

transcrita (art. 47, *in fine*).

Ainda no ambiente legislativo, a promulgação da Lei Complementar n. 147/2014, alteradora da já aludida LC n. 123/2006, houve por densificar, ainda mais, a abrangência do regime de prerrogativas das ME's e EPP's nas licitações públicas. É o que se extrai, pois, da nova redação dada ao art. 47 da LC n. 123/2006:

(Redação dada pela LC n. 147/2014) Art. 47. **Nas contratações públicas** da administração direta e indireta, autárquica e fundacional, federal, estadual e municipal, **deverá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte** objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica.

Ainda sob a égide da redação originária da LC n. 123/2006 – quando se tinha, frise-se, o caractere de abertura discricionária para a implementação do tratamento diferenciado às ME's e EPP's nos certames licitatórios –, é de ver-se que o posicionamento da doutrina já se mostrava bastante incisivo sobre as especificidades do *discrímén* a ser manejado em relação às demais sociedades empresárias licitantes. Houve, em verdade, real pasmo da doutrina especializada, acentuado diante da instauração da obrigatoriedade do *discrímén* então eleito. É o que bem resume Sidney Bittencourt:

Joel Niebuhr, por exemplo, em artigo indignado, critica a técnica legislativa adotada, considerando que o legislador 'resolveu, meio arditosamente, imiscuir-se na seara da licitação pública, prescrevendo normas abertamente incompatíveis com o regime jurídico que lhe é próprio, já bastante complicado, o que causa espécie e dificuldade de toda a sorte'.

Além disso, é flagrante, diante de impropriedades de toda ordem, que todo o texto voltado para as licitações públicas foi concebido sem a cautela requerida pela matéria. A técnica adotada não é das melhores – longe disso –, o que permite que se suscitem dúvidas quanto à experiência de seu elaborador no assunto.

Por fim, não há como negar veracidade ao afirmado por Aline Câmara e Leonardo Ribeiro, ao apreciarem os novos rumos do tema impostos pela Lei Complementar n. 123/06, sob o prisma

de sua aplicação: 'E mais: analisando a questão sob um enfoque prático, os procedimentos licitatórios tornar-se-ão ainda mais morosos e complicados'.⁵

A conclusão preliminar, assim, é que a legislação foi precipitada quando adentrou, de afogadilho, no ambiente das contratações públicas. É que, como visto, a intenção de promoção das ME's e EPP's foi implementada sem a necessária conjunção com os princípios básicos do regime licitatório, de estatura também constitucional e legal, cujas premissas não podem ser afastadas indistintamente para que se promovam outros valores tutelados pela ordem jurídica.

2 A ELEIÇÃO DO FATOR DE DISCRÍMEN APLICADO ÀS ME'S E EPP'S EM LICITAÇÕES E A RAZOABILIDADE DA RESTRIÇÃO À COMPETIÇÃO: A BUSCA DA PROPOSTA MAIS VANTAJOSA PARA A ADMINISTRAÇÃO

Após os esclarecimentos acerca das redações do art. 47 da Lei Complementar n. 123/2006, de nítido cunho prospectivo em termos de política de fomento às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, há de se adentrar nas efetivas distinções manejadas pela lei para que se concretize o tratamento diferenciado dado a tais sociedades empresárias. Também nesse ponto, importa evidenciar as alterações à LC n. 123/2006 trazidas pela LC n. 147/2014.

Assim, é no art. 48, I, da LC n. 123/2006 que reside a maior expressão protetiva às ME's e EPP's, sobretudo em sua redação dada pela LC n. 147/2014. E aqui se fala na instauração de licitações exclusivas, com inegável restrição à participação / competição irrestrita, premissa maior de tais certames públicos. Eis as duas redações do mencionado dispositivo, em sequência cronológica:

(Redação originária da LC n. 123/2006) Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública **poderá realizar processo licitatório:**

I - destinado exclusivamente à participação de microempresas

⁵ BITTENCOURT, Sydney. **As licitações públicas e o estatuto nacional das microempresas**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 18.

e empresas de pequeno porte nas contratações cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);

(Redação dada pela LC n. 147/2014) Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública:

I - deverá realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);

Já sob a redação originária da Lei Complementar n. 123/2006 as contestações acerca da margem protetiva às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte se acumularam, ainda que o próprio regime fosse tido como opcional (*a administração pública poderá realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de ME's e EPP's*). Empreendida a alteração para um regime de obrigação legal do *discrímén* (*a administração pública deverá realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de ME's e EPP's*), as críticas se avolumam ainda mais.

Nesse norte, clara e direta foi a expressão de Joel de Menezes Niebuhr quando do estabelecimento, por intermédio de certames exclusivos, do chamado tratamento diferenciado às ME's e EPP's nas contratações públicas. Daí que as críticas mais incisivas e sensatas deram-se quanto à razoabilidade da restrição à competição (congruência e razoabilidade do fator de *discrímén*, na leitura constitucional realizada pelo STF⁶). Veja-se a enérgica conclusão do autor:

Sob o manto do tratamento diferenciado e simplificado, o inciso I do art. 48 da Lei Complementar n. 123/2006 permite que se promova licitação destinada exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte desde que o valor do contrato não ultrapasse R\$ 80.000,00. [...].

O inciso I do art. 48 da Lei Complementar n. 123/2006 é flagrantemente inconstitucional.

Em primeiro lugar, ele **opõe-se ao princípio da isonomia**, pois impede que pessoas não qualificadas como microempresas ou empresas de pequeno porte de participarem de licitação.

[...] não se olvida que as microempresas e empresas de pequeno

6 Como exemplo, veja-se, entre outros: STF – ADI 1076-MC – Plenário – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – Julgamento em 15.6.1994; STF – ADI 3070 – Plenário – Rel. Min. Eros Grau – Julgamento em 29.11.2007.

porte não são iguais às empresas de médio e grande porte e, por isso, devem ser favorecidas sem produzir afronta ao princípio da isonomia (inciso IX do art. 170 da Constituição Federal).

Entretanto, **favorecer microempresas e empresas de pequeno porte não significa impedir que outras pessoas participem da licitação. Ou seja, favorecer significa privilegiar microempresas e empresas de pequeno porte dentro da licitação e não excluir de cambulhada aqueles que não recebam tal qualificativo.** Quer dizer que o favorecimento pressupõe a competição. O problema é que o inciso I do art. 48 da Lei Complementar n. 123/2006 recusa a competição, ferindo de morte o direito das pessoas que não sejam microempresas e empresas de pequeno porte de participarem de licitação, que se funda no princípio da isonomia, encartado no caput do art. 5º da Constituição Federal.⁷

Não se nega, pois, que um fator de desigualdade possa ser erigido pela lei, a teor da clássica parêmia de que o princípio da isonomia não implica a igualdade absoluta, mas, sim, consiste no tratamento igual para os iguais e distinto para os desiguais, na medida em que se desigualam. O que se põe em xeque, no presente caso, é o próprio fator de discrimen eleito e sua congruência com o objetivo da licitação, na medida em que se opera nítida restrição à competição.

Em adição, importa mencionar que o próprio Supremo Tribunal Federal chancela – como não poderia deixar de ser – a ideia da hiperpermeabilidade da licitação, no sentido de que seja amplamente acessível a todos a possibilidade de ofertar bens e serviços à Administração, na esteira do escopo maior de tais certames públicos: a obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração (art. 3º da Lei Federal n. 8.666/93).

Como bem anota o STF,

[...] a função da licitação é a de viabilizar, através da mais ampla disputa, envolvendo o maior número possível de agentes econômicos capacitados, a satisfação do interesse público. A competição visada pela licitação, a instrumentar a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, impõe-se seja desenrolada de modo que reste assegurada a igualdade (isonomia) de todos quantos pretendam acesso às contratações da Adminis-

7 NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 296-297.

tração. A lei pode, sem violação do princípio da igualdade, distinguir situações, a fim de conferir a uma tratamento diverso do que atribui a outra. Para que possa fazê-lo, contudo, sem que tal violação se manifeste, é necessário que a discriminação guarde compatibilidade com o conteúdo do princípio.⁸

Atingido negativamente o princípio da competição – caractere básico e inafastável da licitação, de estatura constitucional (art. 37, XXI, da CF/88) –, fulmina-se, também, a própria eficiência e economicidade afetas à atuação administrativa. A doutrina, no ponto, assim se manifesta:

A restrição à competitividade é mais clara que a luz solar. E o fato é que competição restrita limita o número de propostas ofertadas à Administração, cerceando o universo delas e diminuindo as chances de obter a mais vantajosa, o que, de lançaço, não se harmoniza com o princípio da eficiência.⁹

Noutra ordem de argumentos, válido apontar que, ainda que de forma reflexa, têm-se maculados os princípios reitores da ordem econômica com a estipulação da exclusividade às ME's e EPP's nas licitações. É que os princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, inerentes a uma matriz econômica de mercado capitalista – como a que se tem no Brasil (art. 170 da CF/88) –, são, de plano, incompatíveis com a criação de reservas de mercado, sobretudo quando entre os atores envolvidos na promoção de tal reserva está a Administração Pública com suas contratações.

Adiante – e voltando-se aos termos jurídicos próprios das licitações –, resta inconteste que a restrição à competição que ora se discute não se coaduna com o ambiente de plúrima participação inerente às contratações públicas. Daí, pois, a cabal impossibilidade de se estabelecer a exclusividade de certames para determinadas categorias de concorrentes privilegiados, sendo desproporcional e não razoável o fator de discrimen eleito para aplicação às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte de seu tratamento diferenciado.

É que, mesmo no ambiente de ampla e irrestrita competição, as ME's e EPP's já detêm prerrogativas bastantes que as diferenciam das demais so-

8 STF – ADI 3070 – Plenário – Rel. Min. Eros Grau – Julgamento em 29.11.2007.

9 NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 297.

ciedades empresárias, emprestando-lhes, em efetivo, o tratamento diferenciado que, constitucionalmente, pode lhes caber (art. 170, IX e art. 179 da CF/88). Como exemplo prático de tal tratamento diferenciado, basta que se aluda, entre outros, aos seguintes aspectos e prerrogativas dadas pela LC n. 123/2006 às ME's e EPP's no ambiente licitatório: 1) postergação da aferição da regularidade fiscal (art. 42); 2) possibilidade de adequação e correção de inconsistências relativas à regularidade fiscal (art. 43); 3) empate ficto e preferências de contratação (art. 44); 4) apresentação diferenciada de propostas na modalidade pregão (art. 45); etc.

Com a adoção dos critérios de tratamento diferenciado acima expostos (sem a necessidade de exclusividade) *“prestigiam-se os princípios da isonomia, da economicidade e o da ampliação da competitividade, sem afronta ao comando constitucional que prevê política pública de favorecimento e estímulo às entidades de menor porte, consolidada pela Lei Complementar n.º 123, de 2006, e seu Decreto regulamentador”*.¹⁰ É o que bem enuncia a Advocacia Geral da União nos fundamentos de Orientação Normativa que será alvo de discussão aprofundada a seguir.

Assim é que, diante do que exposto, tem-se como inviáveis e inaplicáveis aos certames licitatórios as ilações advindas da Lei Complementar n. 123/2006 (já com as alterações da LC n. 147/2014), sobretudo no que diz respeito ao fator de *discrímén* eleito pelo legislador, a representar indevida restrição da competição apenas entre Microempresas e Empresas de Pequeno Porte e, por conseguinte, entrave à própria seleção da proposta mais vantajosa para a Administração.

3 ESPECIFICIDADES DA CONCRETIZAÇÃO DO FATOR DE DISCRÍMEN UTILIZADO NA LC N. 123/2006 (COM A REDAÇÃO DADA PELA LC N. 147/2014): FORMA DE AFERIÇÃO DOS QUANTITATIVOS PARA A EXCLUSIVIDADE DE LICITAÇÕES PARA ME'S E EPP'S

A par da não razoável e desproporcional eleição do fator de *discrímén* acima exposto, interessa, por ora, debater a forma pela qual a aferição dos quantitativos para a exclusividade de licitações para ME's e EPP's vem sendo

¹⁰ AGU – Orientação Normativa n. 10, aprovada pela Portaria AGU Nº 572, de 13 de dezembro de 2011, publicada no Diário Oficial da União de 14.12.2011.

realizada, na prática, pela Administração Pública. Assim, ainda que se firme posição contrária à exclusividade de licitações tal qual exposto acima, importa debater as especificidades do regime jurídico estabelecido pela LC n. 123/2006 e LC n. 147/2014.

A ideia, no presente momento, é entender como se dá a aplicação prática, no ambiente licitatório, daquilo que disposto no art. 48, I, da Lei Complementar n. 123/2006. Ou seja: qual a fórmula que deve ser utilizada para o cálculo da margem de exclusividade de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) para contratação de ME's e EPP's?

De plano, duas ordens de discussão se instauram sobre a incidência da exclusividade em respeito ao objeto da contratação, a saber: 1) a aferição do patamar de exclusividade incide sobre a contratação como um todo ou sobre os itens / lotes específicos e apropriáveis individualmente?; 2) em se tratando de contratos de duração continuada que comportem prorrogação (serviços contínuos do art. 57, II, da Lei Licitações), a aferição da margem de exclusividade levará em conta apenas a primeira anualidade ou o período total de possível vigência do contrato com suas prorrogações?

Veja-se, por ora, que as duas questões acima expostas já encontram orientação doutrinária e jurisprudencial para sua possível resolução. Em primeiro lugar, há uma tendência de que as licitações realizadas em itens / lotes específicos e independentes entre si – isto é, apropriáveis individualmente sem prejuízo do serviço como um todo – sejam tratadas como distintas licitações, para as quais a aferição da margem de exclusividade será dada de forma apartada para cada item / lote. Nesse sentido, os precedentes do Tribunal de Contas:

Apesar de o valor global exceder o limite de R\$ 80.000,00 previstos no art. 48, I, da LC nº 123/2006 e no art. 6º do Decreto nº 6.204/2007 para a realização de processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte, **o certame estava dividido em 52 itens de concorrência autônomos entre si, sendo, assim, cada item disputado de maneira independente dos demais. [...]**

Dessa forma, ao ser definido o “menor preço por item” como tipo de licitação, **foram realizadas, no mesmo pregão eletrônico, várias licitações distintas e independentes entre si [...]**.¹¹

[...] deve ser mencionado o Acórdão 3.771/2011-TCU-Primeira Câmara, o qual, apesar de não ter tocado a possibilidade de adesões indefinidas a uma ARP por parte de outros órgãos e entidades da administração pública, reconheceu que **o limite de R\$ 80.000,00 aplica-se a cada item da licitação e não ao valor global da mesma**. Naquela assentada, esta Corte entendeu que os diversos itens da licitação constituíram várias licitações distintas e independentes entre si.¹²

No mesmo norte, o Tribunal Regional da 5ª Região:

Licitação do tipo “MENOR PREÇO POR ITEM” na qual - embora seu valor global (R\$ 1.002.487,54) exceda o limite previsto na Lei Complementar nº 123/06 (R\$ 80.000,00) para ser assegurada a participação exclusiva das microempresas, empresas de pequeno porte e sociedades cooperativas - observa-se que **foram estabelecidas várias faixas de concorrência autônomas entre si, sendo, assim, cada item cotado substancialmente independente dos demais**.

3. Existência de várias licitações distintas e independentes entre si, cujo valor não excede o teto previsto na Lei Complementar nº 123/06 [...].¹³

Sobre o segundo questionamento, importante mencionar que a Advocacia Geral da União tem posição consolidada em Orientação Normativa no sentido que a *“definição do valor da contratação levará em conta o período de vigência do contrato e as possíveis prorrogações para a realização de licitação exclusiva (microempresa, empresa de pequeno porte e sociedade cooperativa)”*.¹⁴

Em outras palavras, para fins do limite de valores aptos a ensejar a exclusividade da licitação para ME’s e EPP’s é necessário vislumbrar o valor global da pretensa contratação já levando em conta as possíveis prorrogações legais. Assim, conjuga-se a questão do serviço contínuo com o seu prazo máximo em termos de renovações contratuais (art. 57, II, da Lei Federal n. 8.666/93), o que leva à conclusão de que os certames exclusivos para

12 TCU – Acórdão 2957/2011 – Plenário – Rel. Min. André Luís de Carvalho – Julgamento em 9.11.2011.

13 TRF 5ª Região – AG 104017 – Segunda Turma – Rel. Des. Francisco Wildo – Julgamento em 4.5.2010.

14 AGU – Orientação Normativa n. 10, aprovada pela Portaria AGU Nº 572, de 13 de dezembro de 2011, publicada no Diário Oficial da União de 14.12.2011.

Microempresas e Empresas de Pequeno Porte serão aqueles cujo valor global do objeto para 60 (sessenta) meses de prestação seja igual ou inferior a R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).

Frise-se, pois, que a linha de entendimento da AGU privilegia uma leitura sistêmica do regime licitatório, na medida em que a aferição de valores de contratação é uniformizada para todas as finalidades legais em que sua aplicabilidade é discutida, quais sejam: 1) a já citada realização de licitação exclusiva para ME's e EPP's da LC n. 123/2006; 2) para a escolha de uma das modalidades convencionais de licitação (concorrência, tomada de preços e convite); e, 3) para o enquadramento do teto das contratações diretas (dispensas de licitação) previstas no art. 24, I e II da Lei Federal n. 8.666/93.

Ainda acerca da estipulação dos patamares de valor de contratação para fins de definição da aplicabilidade do *discrimen* às ME's e EPP's em licitações públicas (exclusividade de participação), interessa notar a existência de precedentes de outros órgãos, para além da AGU, que comungam o entendimento de que é no valor global da contratação (já com possíveis prorrogações) que deve estar baseado o regime jurídico da licitação. Nesse sentido – e ainda que sem mencionar diretamente a questão da exclusividade de licitação para ME's e EPP's –, incisivas as conclusões do TCE/MG:

[...] a modalidade licitatória escolhida deve suportar o valor da contratação acrescido das possíveis prorrogações contratuais sem extrapolar o limite previsto nos incisos do art. 23 da Lei nº 8.666/93 para cada modalidade.¹⁵

A modalidade de licitação a ser utilizada ou a possibilidade de se realizar dispensa fundada no art. 24, I e II, da Lei n. 8.666/93, a administração deverá observar o valor total dos dispêndios previstos para a contratação de objetos da mesma natureza ao longo do respectivo exercício financeiro, se o prazo contratual a ele se restringir, ou no decorrer de toda sua possível vigência, no caso dos contratos que comportem prorrogação. O fracionamento das compras deve obedecer às disposições dos §§ 1º e 2º do art. 23 da Lei n. 8.666/93.¹⁶

Voltando especificamente à questão da exclusividade de licitações

15 TCE/MG - Consulta n. 812.182 - Relator Conselheiro Wanderley Ávila – Resposta em 3.7.2013.

16 TCE/MG – Consulta n. 610.717 – Relator Conselheiro Elmo Braz – Resposta em 12.12.2000.

para ME's e EPP's – e adentrando na fundamentação utilizada pela AGU para que se chegue à ilação contida em sua ON 10/2011 –, é interessante evidenciar os motivos que a nortearam: as prerrogativas das ME's e EPP's na licitação não devem implicar diminuição da permeabilidade do certame (competição), tal qual exposto no tópico acima. Eis, assim, os fundamentos bastantes em si para o deslinde da situação:

Quanto a aplicabilidade do raciocínio da Orientação Normativa para a definição se a licitação deverá ser exclusiva ou não para Microempresas, Empresas de Pequeno Porte e Sociedades Cooperativas, entende-se cabível, pois a Constituição Federal previu o tratamento favorecido a elas no art. 179 e o princípio da isonomia entre os licitantes, da eficiência nas licitações no art. 37. E a legislação previu mecanismos para dar tratamento favorecido as Microempresas, Empresas de Pequeno Porte e Sociedades Cooperativas nos casos das contratações com valores superiores a R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), consoante art. 44, §§ 1º e 2º da Lei Complementar nº 123, de 2006.

Com a adoção de tal critério prestigiam-se os princípios da isonomia, da economicidade e o da ampliação da competitividade, sem afronta ao comando constitucional que prevê política pública de favorecimento e estímulo às entidades de menor porte, consolidada pela Lei Complementar nº 123, de 2006, e seu Decreto regulamentador.¹⁷

Diante do que até aqui exposto, tem-se que, em termos práticos – e tratando-se de objetos de prestação continuada, a teor do art. 57, II, da Lei Federal n. 8.666/93 –, a aferição de valores para fins de exclusividade deverá seguir a lógica adiante esquematizada, sob pena de malferir a própria sistemática desenhada na LC n. 123/2006, na LC n. 147/2014 e na Constituição Federal de 1988. Veja-se:

Valor do objeto / contratação em R\$	Característica do certame licitatório
Até 1.333,33 mensais ou até 16.000,00 anuais.	Restrito à participação de ME's e EPP's.
Maior ou igual a 1.333,34 mensais ou maior ou igual a 16.000,01 anuais.	Aberto à participação de quaisquer licitantes.

17 AGU – Fundamentação da Orientação Normativa n. 10, aprovada pela Portaria AGU Nº 572, de 13 de dezembro de 2011, publicada no Diário Oficial da União de 14.12.2011.

Em suma – e conforme visto acima –, resta incontroverso que as licitações exclusivas para ME's e EPP's, com objetos de prestação continuada, serão possíveis apenas nos casos em que a prestação somar até R\$ 1.333,33 mensais ou até R\$ 16.000,00 anuais. Em todos os demais casos – isto é, nos quais a prestação somar R\$ 1.333,34 mensais ou 16.000,01 anuais ou mais –, a licitação deverá ser realizada sem qualquer restrição à competição, restando aberta a todos e quaisquer licitantes possíveis.

4 DA EXCLUSIVIDADE DE PARTICIPAÇÃO NO CERTAME PARA ME'S E EPP'S – NECESSIDADE DE APURAÇÃO CONCRETA E EFETIVA DOS REQUISITOS DO ART. 49, II E III DA LC N. 123/2006 (COM REDAÇÃO DADA PELA LC N. 147/2014)

Como é cediço, o escopo principal da licitação é oportunizar à Administração Pública a contratação mais vantajosa, mediante um processo isonômico em que sejam assegurados a competição e a impessoalidade na contratação.

Assim, não obstante os artigos 47 e 48 da LC n. 123 – já com a novel redação advinda da LC n. 147/2014 – prevejam a possibilidade de a Administração licitar exclusivamente com a participação de ME's e EPP's, tal atividade só será legítima caso restem observados os demais requisitos insculpidos nesse mesmo diploma legal (sobretudo no art. 49, II e III).

Em primeiro lugar, importa frisar que o artigo 3º da Lei Federal n. 8.666/93 dispõe que a licitação *“destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável”*, devendo ser *“processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos”*.

Temperando a busca da proposta mais vantajosa pela Administração, a própria legislação instaura atenuantes e condicionantes que, em larga medida, direcionam a atuação administrativa cotidiana e ordinária. Nesse sentido – e no caso concreto das ME's e EPP's –, não se olvida a existência de expressa determinação legal que, em nítida política pública de estatura legis-

lativa, traz incentivos à contratação pública de tais espécies de sociedades empresárias.

No entanto, para que seja viável a implementação de tal política de fomento às ME's e EPP's, a mesma legislação que a instaurou traz os requisitos intrínsecos para sua concretização. É o que se dá, no ponto, por intermédio do art. 49, II e III da mesma LC n. 123/2006.

Art. 49. Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando:

II - não houver um mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório;

III - o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado;

A redação acima transcrita é clara e de fácil entendimento. Aqui, em um necessário contraponto ao caráter de fomento da LC n. 123/2006 às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, há uma expressa proibição do manejo de processo licitatório exclusivo para tais pessoas jurídicas quando verificada a inexistência de, no mínimo, 3 (três) fornecedores competitivos sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório.

Isso quer dizer, em outras palavras, que a intenção legislativa é certificar-se da ocorrência de efetiva competição entre ME's e EPP's, de modo a se resguardar o objetivo geral preconizado no já aludido art. 3º da Lei Federal n. 8.666/93. Certamente, *"a inexistência desse número de empresas dessa categoria demandará a substituição do regime de licitação diferenciada pelo de licitação comum, com a participação de todos os tipos de empresa (micro, pequena, média ou grande)"*.¹⁸

Logo, é dever da Administração, ainda no bojo do processo interno de preparação da contratação (*in casu*, no ambiente de preparação do edital), estabelecer todas as nuances do certame futuro, definindo de forma precisa a caracterização do objeto a ser licitado, as condições de disputa e da contrata-

18 BITTENCOURT, Sydney. **As licitações públicas e o estatuto nacional das microempresas**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 104.

ção e seus conseqüências técnicas, financeiros, temporais, ambientais e jurídicos. Nesse momento, importa que reste comprovado, de forma apriorística, a existência de ao menos três Microempresas e Empresas de Pequeno Porte capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório e, bem assim, efetivar o comando de ampla competição tendente à contratação mais vantajosa pela Administração.

Em outras palavras, é imprescindível que o processo administrativo prévio e interno que subsidiou a formulação do certame traga consigo a caracterização inarredável de que o mercado local / regional de ME's e EPP's suporta a prestação pretendida pela Administração. Há de se verificar, pois, se há um mínimo de empresas com tal configuração na região, o que deve ter se dado no procedimento de cotações prévias.

Não havendo tal comprovação por parte do Poder Público licitante, inexistente respaldo jurídico para que se proceda ao processo licitatório exclusivo para ME's e EPP's. Some-se a isso, ademais, que o art. 49, III, da mesma LC n. 123/2006 assevera que a vantajosidade da contratação deve ser o principal parâmetro para que a Administração Pública proceda a tal licitação especial. É dizer: não havendo um número mínimo de participantes hábeis, impossível que se alcance a contratação mais vantajosa; outrossim – e em casos tais –, impossível que se restrinja o viés competitivo às ME's e EPP's, sob pena de restarem frustrados os mais comezinhos princípios da licitação.

Verifica-se, pois, a “proibição de tratamento diferenciado às micro e pequenas empresas caso tal concessão não seja vantajosa para a Administração Pública ou represente prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado”.¹⁹

Ademais, ainda que presente o requisito do art. 49, inciso II, já mencionado, a Administração não poderá levar a cabo o certame licitatório que não seja instrumento de contratação mais vantajosa para si. Logo, a manutenção do certame exclusivamente para participação de ME's e EPP's, em casos tais, acaba por consagrar um processo licitatório que não traz consigo os melhores licitantes (com as melhores propostas) para o oferecimento do serviço.

5 CONCLUSÃO

¹⁹ BITTENCOURT, Sydney. *As licitações públicas e o estatuto nacional das microempresas*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 105.

Diante do exposto, resta patente que a legislação instauradora do fomento às ME's e EPP's foi precipitada quando adentrou, de afogadilho, no ambiente das contratações públicas. É que, como visto, a boa intenção de promoção das ME's e EPP's foi implementada sem a necessária conjunção com os princípios básicos do regime licitatório, de estatura também constitucional e legal, cujas premissas não podem ser afastadas indistintamente para que se promovam outros valores tutelados pela ordem jurídica.

Evidentemente, o fator de discrimen para as chamadas "*licitações exclusivas*" para fomento das ME's e EPP's em certames licitatórios representa indevida restrição à competição e, por conseguinte, entranha à própria seleção da proposta mais vantajosa para a Administração. É que, mesmo no ambiente de ampla e irrestrita competição, as ME's e EPP's já detêm prerrogativas bastantes que as diferenciam das demais sociedades empresárias, com o efetivo tratamento diferenciado que constitucionalmente pode lhes caber a teor dos art. 170, IX e art. 179 da CF/88 (como exemplos, a postergação da aferição da regularidade fiscal (art. 42 da LC n. 123/2006); a possibilidade de adequação e correção de inconsistências relativas à regularidade fiscal (art. 43); o empate ficto e preferências de contratação (art. 44); a apresentação diferenciada de propostas na modalidade pregão (art. 45); e etc).

Ultrapassada a questão da viabilidade de licitações exclusivas – e apenas para fins didáticos e de debate dialético –, vê-se que para fins da aferição do limite legal de valores aptos a ensejar tal exclusividade para Microempresas e Empresas de Pequeno Porte é necessário vislumbrar o valor global da pretensa contratação, já levando em conta as possíveis prorrogações contratuais (no caso de serviços tidos como contínuos). Assim, conjuga-se a questão da exclusividade à questão do serviço contínuo, com o seu prazo máximo em termos de renovações contratuais (art. 57, II, da Lei Federal n. 8.666/93), o que leva à conclusão de que os certames exclusivos para ME's e EPP's serão apenas aqueles: 1) cujo valor global da prestação para 60 (sessenta) meses seja igual ou inferior a R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais); 2) cujo valor anual da prestação seja igual ou inferior a R\$ 16.000,00 (dezesseis mil reais); ou, 3) cujo valor mensal da prestação seja igual ou inferior a R\$ 1.333,33 (mil trezentos e trinta e três reais, e trinta e três centavos).

Por fim, e nos termos do art. 49, II e III, da LC n. 123/2006, a exclusividade do certame para ME's e EPP's só poderá ser manejada caso restem cum-

pridas, em concreto, as seguintes determinações: 1) a aferição de existência de um mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como ME ou EPP local ou regionalmente, sendo todos capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório; 2) a aferição da ausência de prejuízo para a Administração em virtude da restrição á competição.

REFERÊNCIAS

BITTENCOURT, Sydney. **As licitações públicas e o estatuto nacional das microempresas**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

CUNHA, Bruno Santos; CARVALHO, Thiago Mesquita Teles de. **Súmulas do TCU**: organizadas por assunto, anotadas e comentadas. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

Judicialização da Política e Politização do Direito: Acoplamento Estrutural entre os Sistemas Jurídico e Político sem a Construção de uma Racionalidade Transversal

Judicialization of politics and politicization of law: structural coupling between the legal and political systems without the construction of a transverse rationality

Isabella Karla Lima dos Santos¹

RESUMO

Este artigo procura demonstrar a relação entre o Sistema Político e o Sistema Jurídico, através do acoplamento estrutural feito pela Constituição. Nosso objetivo é analisar os casos em que esse acoplamento estrutural não corresponde a uma racionalidade transversal, por não haver o aprendizado de um sistema com o outro e, sim, a interferência negativa entre eles, ocorrendo a Judicialização da Política ou a Politização do Direito. Para isso, o marco teórico escolhido foi a obra “Transconstitucionalismo” de Marcelo Neves.

Palavras-Chave: Constituição. Acoplamento Estrutural. Racionalidade Transversal. Ativismo Judicial. Política. Direito.

ABSTRACT

This article seeks to demonstrate the relationship between the Political System and the Legal System, through the structural coupling made by the Constitution. Our goal is to analyze the cases in which this structural coupling does not correspond to a transverse rationality, because there is no learning from one system to another, just the negative interference between them, occurring judicialization of politics or politicization of law. To do this, the theoretical framework chosen was the work “Transconstitucionalismo” of Marcelo Neves.

¹ Mestre em Direito pela UFPE. Analista Judiciário do TRT da 9ª Região. E-mail: isabella.lima.santos@hotmail.com

Keywords: Constitution. Structural Coupling. Transverse Rationality. Judicial Activism. Politics. Law.

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho busca relacionar os Sistemas Político e Jurídico, através do acoplamento estrutural feito pela Constituição.

Preliminarmente, iremos analisar o conceito de Constituição, haja vista que a mesma constitui o núcleo central deste trabalho.

Buscar-se-á destacar os casos de não construção da racionalidade transversal em virtude da invasão de um sistema sobre o outro, impedindo a reprodução autônoma segundo seus códigos-diferença.

Tomando-se a obra “Transconstitucionalismo” de Marcelo Neves como marco teórico, iremos analisar os fenômenos da Judicialização da Política, representada pelo Ativismo Judicial, bem como da Politização do Direito, que tem como exemplo a chamada “Constitucionalização Simbólica”, a qual nomeia outra obra de Marcelo Neves.

Ao final, a título de conclusão, temos os Tribunais Constitucionais e o seu papel dentro do entrelaçamento entre Política e Direito.

2 CONCEITO DE CONSTITUIÇÃO: A CONSTITUIÇÃO MODERNA

Antes de adentrarmos em qualquer estudo, faz-se necessário o estabelecimento de alguns conceitos de natureza mais controversa, visto que a interpretação dos signos linguísticos pode levar a um entendimento diametralmente oposto ao que se propôs o autor, haja vista que a linguagem e a comunicação dependem da subjetividade do autor e do receptor, o que pode dar ensejo a confusões semânticas. Melhor, então, fixarmos o que entendemos por determinados termos, a fim de se evitar equívocos e para facilitar o entendimento do texto.

A palavra “Constituição” trata-se de um termo bastante amplo e ambíguo, que pode dar margem a várias interpretações, as quais podem não corresponder ao que será tratado neste trabalho.

Marcelo Neves (2009, p. 6) diz que “o conceito de Constituição, em

sentido moderno, relaciona-se com as transformações estruturais que levam à diferenciação funcional da sociedade, inconcebível na formação social pré-moderna.”.

Em sentido contrário, Lassalle (2001, p. 25) aduz que:

Uma Constituição real e efetiva a possuíram e a possuirão sempre todos os países, pois é um erro julgarmos que a Constituição é uma prerrogativa dos tempos modernos. Não é certo isso. Da mesma forma e pela mesma lei da necessidade de que todo corpo tenha uma constituição própria, boa ou má, estruturada de uma ou de outra forma, todo país tem, necessariamente, uma Constituição real e efetiva, pois não é possível imaginar uma nação onde não existam os fatores reais do poder, quaisquer que eles sejam.

Para Lassalle (2001, p. 27) o que diferencia as demais constituições das constituições modernas é que estas seriam escritas.

Hans Kelsen, ao formular a sua Teoria Pura do Direito, buscou na figura da “*Norma Fundamental*” o fundamento de validade da ordem normativa, tomando-a como um pressuposto lógico-transcendental, que estaria acima das demais normas, conferindo validade para todo o sistema. A norma fundamental, ao contrário das demais normas, não encontra seu fundamento de validade num ato de uma autoridade superior (ato de vontade). A validade objetiva da Norma Fundamental não pode ser colocada em questão. E ela não é posta em questão porque sua validade não decorre de um processo silogístico. Ela é *pressuposta*. (KELSEN, 2006, p. 221-228)

Barroso (2006, p. 66) defende que o pensamento constitucional contemporâneo faz uma síntese dialética entre aqueles que consideram o direito como reflexo das condições sócio-econômicas e os que enxergam o direito do ponto de vista do legalismo positivista de Kelsen. Concordo com este entendimento, haja vista que não podemos tomar a Constituição nem tanto ao norte nem tanto ao sul. Ela nem é fruto apenas das questões sociais e políticas, nem pode ser totalmente afastada desses fatores e ficar limitada aos aspectos formais.

A Constituição é, pois, a junção do Direito e da Política, dos aspectos formais e dos aspectos sócio-políticos, como mecanismo de unificação do ordenamento jurídico. Embora concorde com a existência dos fatores reais do

poder como a essência de uma Constituição, entendo que estes nem sempre existiram, de modo que só podemos falar em Constituição de fato, após o advento do Estado Moderno. Assim, o que entendemos por “constituição” hoje é fruto de uma espécie de evolução² histórica da sociedade, na qual passou a haver uma diferenciação entre os sistemas que a integram.

Com relação a essa mudança do que entendemos por “Constituição”, Ivo Dantas (2008, p. 34) dispõe que:

[...] *A Constituição é a Positivação do Direito, que, por sua vez, nutrirá a Ideologia Constitucional daquele momento, visto que cada sociedade, em cada momento histórico, tem os seus valores que são transformados em normas de direito positivo que, caracterizadas por uma Supremacia, inserem-se na Constituição, enquanto esta própria, para lhes dar eficácia, marca-as com os elementos da Supralegalidade e da Imutabilidade Relativa.* (com grifos no original)

Lassalle, ao abrir uma conferência (que se tornou um livro), em 1863, para intelectuais e operários da antiga Prússia afirmou que “os fatores reais do poder que atuam no seio de cada sociedade são essa força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas vigentes, determinando que não possam ser, em substância, a não ser tal como elas são.”. (LASSALLE, 2001, p. 10-11, grifos no original)

No mesmo sentido, Ivo Dantas (2008, p. 34) afirma que muitos autores, dentre os quais Georges Burdeau, “consideram a Constituição como Estatuto do Poder”. (grifos no original) Isso se dá em virtude de sabermos que a noção de Constituição está atrelada ao conceito de Poder e ambos, por sua vez, ao de Estado.

Nesse ponto, cabe ressaltarmos, também, que, assim como a Constituição, a noção moderna de Estado em nada se parece com as organizações políticas primitivas. Nesse sentido, Ivo Dantas (2008, p. 55, nota de rodapé 57) faz a seguinte crítica:

² Aqui, o termo “evolução” é utilizado no sentido de mudanças temporais que levam a um aumento da complexidade social. Não se pretende com isso estabelecer uma ideia de progresso histórico, ou seja, de que as sociedades anteriores eram menos desenvolvidas, visto que a noção de “progresso” (ou retrocesso) depende do que tomamos como referencial. Assim, evolução é usada como processo histórico linear, independente das contingências que fazem parte do processo histórico, sem que isso signifique que houve um avanço histórico, que houve uma melhora; significa, apenas, que mudou.

[...] Interessante é notar-se que a Doutrina, em sua totalidade, afirma que “o Estado surgiu na Idade Moderna”. No entanto, logo em seguida, faz a *Evolução do Estado* desde o que chama de *Estado Antigo* e *Estado Medieval*, sem nenhuma coerência teórico-científica. Em nosso entender, e coerente com a posição que defendemos, correto seria fazer-se a *Evolução da Organização Política*, só se falando em Estado, a partir da Idade Moderna. (com grifos no original)

Coaduno com o entendimento esposado por Ivo Dantas, posto que não se trata de mera questão terminológica e, sim, de um significado que muda o entendimento sobre todo um instituto. Não é apenas um apego a formalismos, mas uma questão de “coerência teórico-científica”, conforme supracitado. A noção de Estado pressupõe a existência de três requisitos: território, população e poder político soberano. Sem algum desses elementos, não podemos falar em Estado de fato. (DANTAS, 2008, p. 55)

Voltando ao conceito de Constituição, Marcelo Neves (2009, p. 6-17), em sua obra “Transconstitucionalismo”, faz uma análise da formação social hierárquica pré-moderna, que passa pelo “Direito Sacro”, pelo “Estado³ Oriental teocrático”, pela “Grécia Antiga”, pelo “Estado⁴ Romano” e pela “Idade Média”, na qual ele analisa a crescente diferenciação entre o direito e a política para concluir que:

Em suma, **em todos os tipos de formação social hierárquica pré-moderna**, em cujo cume se encontram entrelaçadas a estrutura de dominação fundada na distinção “poder superior/ poder inferior” e a semântica moral religiosa baseada na diferença “bem/mal”, **não pode estar presente uma Constituição no sentido moderno**. Quando se utiliza o termo “Constituição” em relação a uma dessas experiências, aponta-se, descritivamente, para a estrutura social ou política que caracteriza uma dada sociedade, nos termos de um conceito empírico válido para toda e qualquer formação social. (NEVES, 2009, p. 16-17, grifos nossos)

Marcelo Neves (2009, p. 17; 23) afirma, ainda, que o início do Estado Moderno não implica no advento imediato do constitucionalismo, haja vista que no Absolutismo Monárquico ainda não havia a diferenciação funcional

3 Ressalte-se que, conforme exposição anterior, não concordamos com o emprego do termo “Estado” antes do surgimento do Estado Moderno.

4 No mesmo sentido da nota de rodapé 3.

entre direito e política. Apenas com o constitucionalismo revolucionário, no final do século XVIII, teve início o processo de diferenciação entre política e direito.

Com as transformações estruturais que ocorreram na sociedade moderna, houve um aumento da complexidade social e, com isso, a disputa entre os sistemas de comunicação diferenciados funcionalmente, com a pretensão de autonomia sistêmica.

Luhmann (2007, p. 21-22) destaca que a sociedade moderna trata-se de um sistema policontextual, o qual permite uma infinidade de descrições sobre a sua complexidade. E não podemos fixar uma explicação como a única correta, haja vista que não há como se descrever a sociedade de fora da mesma, já que sociedade, para Luhmann, é comunicação, e, ao fazer a descrição do seu objeto, a descrição se descreve também a si mesma. A descrição do que seria sociedade já é sociedade. Assim, ele afirma que “toda teoria da sociedade apresenta um componente autológico.”. (LUHMANN, 2007, p. 5)

Nesse contexto da sociedade moderna, em que há um conflito entre as diversas formas de se explicar as diferenças entre sistema e entorno, todas com pretensão de autonomia, existem várias formas de racionalidades parciais contrapostas, sem que haja algo que as unifique, que trace um ponto de convergência entre as mesmas, já que todas se pretendem universais. Em suma:

Falta, então, uma diferença última, suprema, que possa impor-se contra todas as outras diferenças. Ou seja, não há um centro da sociedade que possa ter uma posição privilegiada para sua observação e descrição; não há um sistema ou mecanismo social a partir do qual todos os outros possam ser compreendidos. (NEVES, 2009, p. 24)

3 ACOPLAMENTO ESTRUTURAL E RACIONALIDADE TRANSVERSAL: DEFINIÇÕES

Marcelo Neves (2009, p. 34-35) aduz que a sociedade multicêntrica, isto é, composta por diversas esferas de comunicação, as quais estariam em constante conflito e almejando autonomia, estaria fadada à autodestruição

se não criasse formas de aprendizado recíproco entre esses sistemas sociais. Daí a necessidade do conceito sociológico de “acoplamento estrutural”, formulado por Luhmann, inspirado em Humberto Maturana e Francisco Varela, o qual significa, em síntese, que os sistemas autopoieticos só se reproduzem através de suas próprias estruturas. Ou seja, o sistema está adaptado ao seu entorno, contudo, para que este possa interferir na operação daquele, é preciso que o sistema transforme a influência do entorno em um mecanismo que seja próprio do sistema. Luhmann diz que no caso da relação entre o sistema de comunicação com o sistema psíquico, quem faz esse acoplamento estrutural é a linguagem. (LUHMANN, 2007, p. 72-73)

Em outras palavras, o acoplamento estrutural seria uma espécie de conversão entre os sistemas, a fim de que um possa influenciar o outro, sem que haja um prejuízo no tocante à autonomia de cada sistema. Como as influências são antes “convertidas”, segundo mecanismos próprios do sistema, é como se este analisasse e, mais importante, autorizasse essa influência de outro sistema. A influência não teria sido imposta, mas aceita, permitida, segundo mecanismos estabelecidos pelo sistema receptor.

Nesse sentido:

[...] Os acoplamentos estruturais são filtros que excluem certas influências e facilitam outras. Há uma relação simultânea de independência e de dependência entre os sistemas acoplados estruturalmente. As estruturas de um sistema passam a ser, mediante os acoplamentos estruturais, relevantes e mesmo indispensáveis à reprodução das estruturas de um outro sistema e vice-versa. (NEVES, 2009, p. 35)

Contudo, essas interpenetrações permitem que apenas um sistema disponibilize as suas influências de maneira “bruta”, original, cabendo ao sistema receptor fazer a conversão segundo as suas próprias estruturas. Feita a conversão, esta não fica à disposição do sistema doador novamente, já que passa a fazer parte do outro sistema. É isso que possibilita a chamada “racionalidade transversal entre esferas autônomas de comunicação da sociedade mundial”, ou seja, “mecanismos estruturais que possibilitam o intercâmbio construtivo de experiências entre racionalidades parciais diversas”. (NEVES, 2009, p. 38)

Todavia, nem sempre essa racionalidade transversal ocorre adequada-

mente. Há casos em que um sistema não mais consegue se reproduzir segundo suas próprias estruturas, passando a ser contaminado pelos códigos dos outros sistemas, sem conseguir reagir a isso. Marcelo Neves traz o caso de suborno de um magistrado para que este profira uma sentença que lhe seja favorável como exemplo de corrupção sistêmica do direito pela economia, caso o direito não consiga opor resistência a isso. (NEVES, 2009, p. 43)

Fora a corrupção sistêmica, os entrelaçamentos que levam às racionalidades transversais podem trazer outros problemas, como o autismo e a expansão de uma racionalidade sobre a outra.

O autismo ocorre quando um sistema se fecha ao extremo, não se abrindo ao aprendizado com os outros sistemas. O excesso de fechamento normativo gera uma forma de irracionalidade, já que o sistema deixa de se adequar ao seu entorno. (NEVES, 2009, p. 45-46)

Já a imposição de uma racionalidade em face das outras se dá na medida em que um sistema impõe o seu código sobre os demais, sem limites, impossibilitando a heterorreferência. Além de as transições entre os sistemas não ocorrerem, os sistemas mais fracos ficam impossibilitados de atuar segundo as suas próprias estruturas. (NEVES, 2009, p. 47-48)

Marcelo Neves traz o conceito de “razão transversal” de Welsch, a fim de se estabelecer a coexistência harmônica entre os sistemas, sem que haja a corrupção sistêmica, o autismo ou a imposição de uma racionalidade sobre as outras. Assim ele dispõe:

Isso implica a presença de uma certa “razão moral” que, sem constituir um “supercódigo”, perpassa transversal e fragmentariamente as diversas racionalidades particulares e “ordena que se olhe adiante, que alternativas e dissensos sejam incluídos e que se reflita sobre sua relação” (WELSCH, apud NEVES, 2009, p. 48)

Nesse ponto, cabe trazeremos a observação de Marcelo Neves acerca da relação entre acoplamento estrutural e racionalidade transversal, visto que esta pressupõe aquele, mas aquele não é condição suficiente para a ocorrência desta. Ele afirma que os acoplamentos estruturais fazem as seleções, permitindo as influências recíprocas, mas garantindo a autonomia dos sistemas. Já os entrelaçamentos que ensejam a racionalidade transversal promovem o aprendizado através das experiências com as racionalidades diversas. Os

acoplamentos estruturais só conduzem à racionalidade transversal se influenciarem positivamente os sistemas, possibilitando uma aprendizagem e intercâmbio recíprocos. (NEVES, 2009, p. 49-50)

Dito de outra forma, para que possamos ter uma racionalidade transversal entre sistemas, antes é preciso que haja um acoplamento estrutural entre os mesmos. Entretanto, a ocorrência do acoplamento estrutural não gera, necessariamente, a construção de uma racionalidade transversal, já que pode haver uma corrupção sistêmica, um autismo ou uma prevalência de uma racionalidade sobre a outra, impedindo uma interação positiva entre os sistemas. E esse é um dos pontos principais deste trabalho: demonstrar os casos em que temos uma contaminação mútua entre os sistemas jurídico e político, isto é, casos em que o acoplamento estrutural dos mesmos leva a uma situação de confusão entre os sistemas, sem que um consiga distinguir claramente a influência nefasta que está causando ao outro. Iremos tratar melhor disso adiante.

3.1. A constituição como acoplamento estrutural entre os sistemas jurídico e político.

Para Luhmann (apud Neves, 2009, p. 37; 56-57), a Constituição faz o acoplamento estrutural entre Política e Direito.

Marcelo Neves (1994, p. 63) aduz que:

Através da Constituição como vínculo estrutural, as ingerências da política no Direito não mediatizadas por mecanismos especificamente jurídicos e vice-versa são excluídas. A autonomia operacional de ambos sistemas é condição e resultado da existência dessa 'acoplagem estrutural'.

Referido autor também explica como se dá esse acoplamento estrutural entre o Direito e a Política: a Constituição torna o código lícito/ilícito relevante para a Política, fazendo com que os detentores do Poder sejam obrigados a respeitar o Estado de Direito e os Direitos Fundamentais, o que permite que leis aprovadas majoritariamente e democraticamente sejam declaradas inconstitucionais, se não respeitarem os preceitos supracitados. Por outro lado, a mesma Constituição faz com que o código poder/não-poder seja rele-

vante para o Direito, de modo que as decisões dos conflitos jurídicos devem observar as normas elaboradas pela maioria democrática. (NEVES, 2009, p. 57)

E ele conclui dizendo que:

Dessa maneira, há uma legitimação política (democrática) do direito e uma legitimação jurídica (*rule of law*) da política. Evidentemente, a relação estabelecida pela Constituição enquanto acoplamento estrutural não é de harmonia, mas sim uma relação paradoxal de complementação e tensão recíprocas. (NEVES, 2009, p. 57, com grifos no original).

A complementaridade se dá na medida em que Estado de Direito e Direitos Fundamentais não existem sem Democracia; por outro lado, Democracia sem Estado de Direito e Direitos Fundamentais é Ditadura da Maioria. Já a tensão permanente ocorre quando temos a declaração de inconstitucionalidade de uma lei elaborada segundo os ditames majoritários, bem como quando temos um novo Poder Constituinte Originário com o intento de criar uma nova ordem jurídica. Assim, a Constituição permite que se mantenha uma relação horizontal entre os sistemas jurídico e político, sem que um se sobreponha ao outro. (NEVES, 2009, p. 58)

A Constituição atua tanto na abertura cognitiva quanto no fechamento operacional dos sistemas jurídico e político. Quanto à Política, a Constituição consagra os procedimentos a serem seguidos para que a Democracia seja respeitada. É a abertura cognitiva ao Direito. E o povo, como destinatário das normas e representante da vontade geral, fecha o sistema político. Já do ponto de vista do sistema jurídico, a Constituição, como norma superior do ordenamento jurídico, determina que todas as demais normas estejam de acordo com seus preceitos, sob pena de serem declaradas inconstitucionais e, com isso, saírem do sistema jurídico. Trata-se do fechamento do sistema jurídico em torno da norma maior, inclusive fixando o modo como a Política pode ingressar no Direito, através dos procedimentos legislativos (abertura cognitiva). (NEVES, 2009, p. 58-60)

A respeito dessa ligação entre Direito e Política, Lassalle (2001, p. 40) diz que:

Os problemas constitucionais não são problemas de direito, mas

do poder; a verdadeira Constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país vigem e as constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que expressem fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social: eis aí os critérios fundamentais que devemos sempre lembrar.

3.2. A constituição e a construção de uma racionalidade transversal

Além de a Constituição exercer o papel de filtro de interferências recíprocas entre o sistema jurídico e o político, caracterizando o acoplamento estrutural, ela deve atuar, também, como um meio de aprendizagem e troca de experiências entre as racionalidades de cada sistema, possibilitando os entrelaçamentos como “pontes de transição” entre os sistemas a fim de se construir uma racionalidade transversal específica. Trata-se do processo de ingresso de um sistema no outro. (NEVES, 2009, p. 62)

Essa transversalidade constitucional é alcançada quando as racionalidades específicas do sistema jurídico e do político, a saber, o princípio da igualdade e a democracia, respectivamente, conseguem se relacionar de maneira construtiva no âmbito constitucional.

Isso é possível porque a Constituição Moderna prevê a importância da igualdade para a Democracia, como forma de se evitar ações discriminatórias. No mesmo sentido, a garantia do princípio da igualdade se dá na medida em que a Constituição consagra os procedimentos democráticos de eleição e legislação. (NEVES, 2009, p. 74-75)

Contudo, nem sempre a Constituição consegue atuar, de fato, como “ponte de transição” entre a Política e o Direito, construindo a racionalidade transversal entre eles. A sobreposição da Democracia sobre o Estado de Direito, minimizando a igualdade, ou a prevalência do Estado de Direito sobre os ideais democráticos são hipóteses de não construção dessa racionalidade transversal, isto é, do não entendimento produtivo entre os sistemas. Iremos analisar esses casos mais detalhadamente no tópico seguinte.

4 CASOS DE ACOPLAMENTO ESTRUTURAL SEM CONSTRUÇÃO DE UMA RACIONALIDADE TRANSVERSAL

Nem sempre a relação entre os sistemas jurídico e político é assim tão amistosa e cordial. Em determinadas sociedades, como a brasileira, temos diversos casos de interferência de um sistema no outro sem que haja o acoplamento estrutural de fato e a construção de uma racionalidade transversal. Isso se dá quando um sistema passa a integrar o outro sem ser através do código-diferença próprio do receptor e quando as racionalidades específicas não confluem para produção de uma racionalidade transversal construtiva entre os sistemas.

4.1. Judicialização da política: ativismo judicial

Novamente, faz-se necessário estabelecermos algumas definições que serão úteis no desenrolar deste tópico.

O fenômeno da Judicialização da Política, que tem como exemplo mais forte o ativismo judicial, será aqui estudado sob dois marcos teóricos: o primeiro é a teoria dos sistemas de Luhmann, especialmente a noção de acoplamento estrutural entre os sistemas jurídico e político, analisada sob a ótica da racionalidade transversal por Marcelo Neves; o segundo é o neoconstitucionalismo, que tem como maior expoente brasileiro, Luís Roberto Barroso.

Para Barroso, Judicialização da Política⁵ e Ativismo Judicial⁶ são termos distintos, apesar de terem pontos em comum. A Judicialização seria decorrência do sistema constitucional brasileiro que trouxe para o âmbito constitucional diversos conteúdos políticos, fazendo com que o Judiciário fosse chamado a resolver tais questões quando da análise da Constituição. Seria, portanto, decorrência natural do Constitucionalismo que se instaurou na redemocratização do país, extremamente receoso com o legislador, que fez

5 Segundo o autor: “Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade”. BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: < <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf> > Acesso em: 10 jul. 2011, p.3. (com grifos no original)

6 “Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva”. (Idem. *Ibidem*, p.6)

com que os assuntos de interesse geral da sociedade fossem trazidos para a Constituição, ficando sob a guarda do Supremo Tribunal Federal. Já ativismo judicial seria uma postura dos magistrados no sentido de interpretar as normas de maneira mais criacionista e valendo-se da ponderação dos princípios, sem ficar adstritos à letra da lei, aplicando a Constituição a fatos não previstos expressamente na mesma, através de uma interpretação mais abrangente.

Fazendo-se uma relação entre os dois marcos teóricos, poderíamos afirmar que a Judicialização da Política em Barroso corresponderia ao acoplamento estrutural entre Direito e Política com a construção de uma racionalidade transversal, haja vista que ambos os sistemas teriam as suas racionalidades específicas, mas aprenderiam construtivamente um com o outro, visto que a Constituição teria conteúdos políticos nela inseridos mediante o código-diferença do direito e a sua interpretação pelo Judiciário não invadiria o âmbito de atuação da Política, já que os assuntos que seriam julgados pela Corte Constitucional também teriam conteúdo jurídico. Seria, portanto, uma relação saudável entre os sistemas, que tem a Constituição como ponto de convergência.

Já o ativismo judicial de Barroso corresponderia ao que Marcelo Neves chama de judicialização da política, ou seja, o caso de acoplamento estrutural que não resulta numa racionalidade transversal, visto que há uma interferência do sistema jurídico sobre o político, fazendo com que questões que deveriam ser solucionadas no plano político, por dizerem respeito aos aspectos democráticos, sejam abrangidos pelas decisões judiciais, numa total usurpação de competências do Poder Judiciário sobre o Poder Legislativo.

4.2. Politização do direito: A “constitucionalização simbólica” de Marcelo Neves

A expansão da Política sobre o Direito é demonstrada por Marcelo Neves no caso da chamada Constitucionalização Simbólica.

Isso se dá quando da concretização da Constituição, de modo que, em decorrência de fatores sociais, deixa de haver a reprodução autônoma do sistema jurídico. Tanto os direitos fundamentais quanto os procedimentos democráticos não são concretizados adequadamente nessa realidade em que a Constituição acaba sendo “um artefato de fachada simbólica da política re-

ferente ao direito, na medida em que são obstruídas as ‘pontes de transição’ que podem servir à racionalidade constitucional transversal.” (NEVES, 2009, 82)

Marcelo Neves (1994, p. 83) traz como elemento negativo da Constitucionalização Simbólica “o fato de que o texto constitucional não é suficientemente concretizado normativo-juridicamente de forma generalizada”. Em seguida, o autor afirma que:

O problema não se restringe à desconexão entre disposições constitucionais e comportamentos dos agentes públicos e privados, ou seja, não é uma questão simplesmente de eficácia como direcionamento normativo-constitucional da ação. Ele ganha sua relevância específica, no âmbito da Constitucionalização Simbólica, ao nível da vigência social das normas constitucionais escritas, caracterizando-se por uma ausência generalizada de orientação das expectativas normativas conforme as determinações dos dispositivos da Constituição. (NEVES, 1994, p. 84)

O que ocorre é que “os procedimentos e argumentos especificamente jurídicos não teriam relevância funcional em relação aos fatores do meio ambiente” (NEVES, 1994, p. 85). Ou seja, os demais códigos-diferença, que fazem parte do ambiente do sistema jurídico, acabam interferindo no Direito, sem passar pela filtragem do código lícito/ilícito.

Marcelo Neves explica que nas “constituições simbólicas” há uma “expansão da esfera do político em detrimento do desenvolvimento autônomo de um código específico de diferença entre lícito e ilícito” (NEVES, 1994, p. 130)

Ele prossegue afirmando que nos casos de Totalitarismo é como se os detentores do poder não ficassem submetidos às limitações constitucionais, o que representa uma supremacia do político sobre o jurídico, impedindo a autonomia deste. (NEVES, 1994, p. 130)

Contudo, é de se ressaltar que o fenômeno de invasão da política sobre o direito ocorre quando da aplicação da Constituição, haja vista que o texto constitucional em si dispõe sobre os mecanismos para se garantir a autonomia do direito, os quais não são seguidos na prática. Nesse sentido:

No caso de constitucionalização simbólica, a politização adiferenciante do sistema jurídico não resulta do conteúdo dos

próprios dispositivos constitucionais. Ao contrário, o texto constitucional proclama um modelo político-jurídico no qual estaria assegurada a autonomia operacional do Direito. Mas do sentido em que se orienta a atividade constituinte e a concretização do texto constitucional resulta o bloqueio político da reprodução operacionalmente autônoma do sistema jurídico. (NEVES, 1994, p. 131)

Também não é de se acreditar que o fato de a Política avançar sobre o direito no caso da “Constitucionalização Simbólica” faz com que a mesma garanta a sua autonomia, já que a Política acaba sofrendo influências do sistema econômico.

Nesse sentido, a constitucionalização simbólica também se apresenta como um mecanismo ideológico de encobrimento da falta de autonomia e da ineficiência do sistema político estatal, principalmente com relação a interesses econômicos particularistas. (NEVES, 1994, p. 133)

5 CONCLUSÃO: OS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS E O ENTRELAÇAMENTO CONSTITUCIONAL ENTRE A POLÍTICA E O DIREITO

Como alternativa para tentar solucionar esse impasse entre as racionalidades específicas dos sistemas, temos os Tribunais Constitucionais que, mesmo fazendo parte de um dos sistemas envolvidos, o jurídico, analisam de fato o acoplamento estrutural entre a Política e o Direito, já que o seu papel é interpretar a Constituição.

Mas Marcelo Neves ressalva que:

A Constituição apresenta-se como a instância básica de autofundamentação normativa do Estado como organização político-jurídica territorial. Enquanto critério básico de autocompreensão da ordem jurídica estatal, a Constituição não deve ser posta de lado pelos intérpretes-aplicadores do ordenamento constitucional, ou melhor, por aqueles incumbidos de concretizá-lo como ordem com força normativa, especialmente pelos juízes e tribunais constitucionais. (NEVES, 2009, p. 295)

E ele conclui que: “Esse é o paradoxo das hierarquias entrelaçadas: a sentença constitucional, subordinada normativamente à Constituição, afirma, ao concretizá-la, o que é constitucional” (NEVES, 2009, p. 295)

O que ele busca dizer é que a Constituição, como ponto de intersecção entre o sistema jurídico e o político acaba por gerar uma situação paradoxal, já que aqueles que interpretam a Constituição dizendo o que é constitucional estão subordinados à mesma.

Mesmo diante desse paradoxo, a Constituição não pode ser colocada de lado, já que é ela que garante o entrelaçamento construtivo entre os sistemas jurídico e político. E aos Tribunais Constitucionais cabe guardar e interpretar a Constituição, de modo a preservar o seu conteúdo e a manter a coexistência harmoniosa entre as racionalidades específicas de cada sistema, construindo, desse modo uma racionalidade transversal entre os mesmos.

As críticas que são feitas à prevalência do Poder Judiciário nos tempos atuais em muito se assemelham às feitas ao Estado Absolutista. Todas giram em torno da questão da busca pelo poder, senão, vejamos. O Estado Absolutista surgiu como uma forma de conter as guerras civis religiosas, numa tentativa de unificação da população em torno de algo em comum: a proteção do Estado. E o Estado nesse momento era representado pelo soberano, o qual deveria manter a ordem para se manter no poder. Nesse sentido:

Portanto, “moral” e “política” coincidem quando a razão está diante da alternativa histórica entre guerra civil e ordem estatal. O sistema de Hobbes só ganha coesão lógica quando se tem em vista a guerra civil e o supremo mandamento racional que dela resultou: a moral impõe a submissão ao monarca; **ao pôr fim à guerra civil, o monarca cumpre com o mais alto mandamento moral. A qualificação moral do soberano reside em suas funções políticas, isto é, em instaurar e manter a ordem.** (KOSEL-LECK, 1999, p. 33-34) Com grifos nossos.

Ocorre que, com o fim das guerras religiosas e a pacificação social, os cidadãos começam a questionar os poderes ilimitados do monarca. E isso é feito principalmente pelas pessoas mais instruídas da sociedade, as quais tinham a capacidade de ler, o que era algo quase mágico naquela época. Essas pessoas começaram a se questionar sobre a razão pela qual elas deviam obediência moral ilimitada ao monarca, se elas tinham um diferencial para a

época: sabiam ler e entender os textos.

Com um pensamento crítico, esses filósofos, então, se valem do argumento de que a moral não deveria mais ficar no íntimo das pessoas, já que a sociedade, como um todo, seria detentora de uma moral que deveria ser equiparada à moral do Estado. (KOSELLECK, 1999, p. 51)

Na verdade, o que os filósofos fizeram não foi diferente daquilo que os soberanos tinham feito: ambos se valeram das circunstâncias históricas para ascender ao poder. Os soberanos usaram o medo do povo como aliado e os filósofos utilizaram a sua razão e o seu conhecimento para manipular o povo. Digo isso em virtude do fato de que os iluministas defendiam que o povo, a sociedade deveria ter liberdade para se manifestar, para se expressar, mas, a verdade é que a grande massa, a maior parte da população nem tinha consciência de tudo isso; poucos eram os que tinham conhecimento e instrução suficientes para questionarem a realidade política. E foram esses poucos (a elite intelectual) que manobram o povo para conseguir derrubar o Absolutismo e fazer com que a burguesia chegasse ao Poder. Os burgueses detinham o poder econômico, mas não possuíam o poder político, que permanecia nas mãos dos monarcas. Através da Revolução Francesa esse cenário mudou: os burgueses passaram ao poder. Contudo, há algo que até hoje não mudou: a maioria da população continuou onde sempre esteve, isto é, na base da estrutura social.

E qual a relação dessa breve digressão histórica com a disputa entre os três poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) e a prevalência do Judiciário no cenário atual? A busca pelo poder! É isso que move a sociedade e, principalmente, a política. O Direito acaba sendo o instrumento para se obter e manter o poder.

Ora, já vivemos sob a égide do Poder Executivo quando do Estado Absolutista, em que o soberano tudo podia; depois, tivemos o Império da Lei, e com isso do Poder Legislativo, que veio com o falso argumento de limitação do poder soberano, já que os governantes deveriam também dever submissão à lei. Ocorre que quem elaborava as leis é que detinha o poder de fato e estes acabaram por se contaminar pelo excesso de poder e deixaram de garantir os direitos fundamentais mínimos à população. Além disso, a formalidade e o cumprimento das leis não impediu que ocorressem os horrores do Holocausto da Alemanha Nazista, já que Hitler chegou ao Poder seguindo os preceitos legais, embora os tenha corrompido em seguida.

Foi nesse contexto que tivemos uma reaproximação entre a Moral e a Política, através do Pós-Positivismo, a fim de garantir que os preceitos éticos mínimos fossem observados pelos Estados, haja vista que não bastava mais garantir os ideais democráticos; Era preciso garantir os direitos fundamentais dos cidadãos. Nesse sentido, tivemos a emergência dos Tribunais Constitucionais, como responsáveis por guardar e proteger as Constituições que iriam prever esses direitos mínimos.

Interessante a colocação de Torquato da Silva Castro Jr. (2009, p. 153):

Hoje em dia, quando a guerra entre lei e costume parece ter chegado a uma clara vitória da lei, eis que o conflito pode manter-se ainda disfarçado sob uma retórica que ao mesmo tempo a esconde e conserva, em meio às nada simples relações entre “direito dos juízes” e “vinculatividade da lei”.

Não somos ingênuos em acreditar que não há uma motivação política por trás disso tudo. O argumento de defesa dos direitos mínimos é bastante convincente e acalentador, mas a realidade é que o poder só mudou de mãos: agora está com o Judiciário, mais precisamente com as Cortes Constitucionais, que têm sido responsáveis por decidir as questões mais essenciais da sociedade, como o direito à liberdade (de ir e vir, de livre expressão, sobre o próprio corpo), à igualdade (independente de cor, raça, religião ou preferência sexual), dentre outros.

São os Tribunais Constitucionais que estão responsáveis por decidir tais questões e isso faz com que muitos defendam que vivemos sob uma Ditadura do Judiciário. Não iríamos tão longe, contudo, não é algo impossível de ocorrer, já que o processo histórico não é linear, mas marcado por várias contingências e já tivemos inúmeros exemplos de abusos de poder.

Aqui, é interessante ressaltar o modo de ver a História como mestre da vida (*Historia Magistra Vitae*), ou seja, de tentar aprender com os fatos históricos, a fim de não cometermos os mesmos “erros”, bem como para que possamos aprender com os ensinamentos daqueles que já passaram por tal situação. (KOSELLECK, 2006, p. 41-43)

Todavia, não podemos pretender que as experiências históricas se repitam sempre. Conforme falamos, a história não é escatológica, não tem um final determinado, de modo que não há como garantirmos que o fato de ter havido abusos por parte dos detentores de poder anteriormente, impõe,

determinantemente, que o Judiciário irá abusar do poder agora. Temos que viver o momento histórico sempre atentos às experiências anteriores, mas não aprisionados pelas mesmas.

Faz-se necessário, também, destacarmos o aspecto subjetivo de toda teoria, já que aquilo que vemos e que entendemos como tal trata-se de uma forma de ver as coisas, mas não a única. E o modo como vemos algo pode mudar de acordo com as circunstâncias.

Bastante pertinente a colocação de Marcelo Neves ao dizer que: “o ‘ponto cego’ de um observador pode ser visto pelo outro” (2009, p. 298).

No mesmo sentido, Alexandre da Maia expõe que:

Com isso, a teoria das imagens tenta argumentar que a distinção racional/irracional é a expressão de um sentir, muito embora a utilização de tal distinção não consiga perceber seus próprios pontos cegos quando da observação, ou seja, do sentir na percepção. Com isso, cria-se a cristalização de algo “racional”, quando a própria afirmação de uma racionalidade envolve o irracionalizável na compreensão. **Temos a imagem, portanto, como um paradoxo, na qual o sentir de onde ela brota pode ser entendido como um *dark side* daquilo que os modelos de racionalidade não gostam de tematizar**, isto é, como algo próprio de cada consciência e ao mesmo tempo contingente, sobretudo pelo paradoxo da auto-observação e da inacessibilidade recíproca das consciências. (2010, p. 142)

Ou seja, a imagem é uma parte da realidade que vemos e aquilo que vemos não corresponde, necessariamente, ao que o outro vê, já que o modo como percebemos algo é bastante subjetivo, depende de aspectos que não conseguimos racionalizar. Esse é um dos paradoxos do Direito: tentar racionalizar algo que é inerentemente irracionalizável, já que não há como impormos um conjunto de expectativas e esperar que todos respondam do mesmo modo àquilo. O código-diferença do Direito, proposto por Luhmann, demonstra bem isso, já que, para definirmos o que é conforme o direito, precisamos estabelecer também o que não é conforme o direito, mas aquilo que não é conforme o direito também é direito, já que o ilícito faz parte do sistema jurídico.

Desse modo, há uma enorme variedade de leituras que podemos fazer sobre determinadas situações e a tentativa do direito de limitar a subjetivi-

dade através de mecanismos disciplinadores nem sempre é garantia de que vai lograr êxito, posto que os instrumentos de controle de hoje podem não servir amanhã.

Assim, trazendo para o contexto do debate constitucional acerca da Judicialização da Política ou da Politização do Direito, temos que há um inevitável entrelaçamento entre Direito e Política, o qual resta consagrado pela Constituição. Esta, por sua vez, é objeto de interpretação pelos aplicadores do direito, os quais, como seres humanos que o são, possuem visões próprias de mundo que não podem ser completamente racionalizadas, a fim de se adequarem ao discurso de neutralidade e objetividade das decisões judiciais, como garantidoras dos direitos fundamentais essenciais.

O Direito continuará diante do paradoxo de tentar conter o subjetivismo, quando este é impossível de se conter, já que inerente aos seres humanos que são tanto os destinatários das normas, quanto os elaboradores e os aplicadores das mesmas. Não há como se pretender objetividade plena diante dessa realidade.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: < <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf> > Acesso em: 10 jul. 2011.

_____. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CASTRO JR., Torquato da Silva. *Metáforas de letras em culturas jurídicas da escrita: como se é fiel à vontade da lei?* BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco e ADEODATO, João Maurício (Coordenadores). **Princípio da Legalidade: Da Dogmática Jurídica à Teoria do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

DA MAIA, Alexandre. *O Direito Subjetivo como imagem: da invisibilização dos paradoxos na teoria dos sistemas à interação e às situações comunicativas na pragmática normativo-comunicacional de Tercio Sampaio*

Ferraz Jr.. ADEODATO, João Maurício; BITTAR, Eduardo C. B. (org.) – **Filosofia e Teoria Geral Do Direito**: estudos em homenagem a Tercio Sampaio Ferraz Junior por seu septuagésimo aniversário – São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 139-167.

DANTAS, Ivo. **Constituição & processo**. Curitiba: Juruá, 2008.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KOSELLECK, Reinhart. **Crítica e Crise**: uma contribuição à patogênese do mundo burguês. Trad. Luciana Villas-Boas Castelo-Branco. Rio de Janeiro: EDUERJ: Contraponto, 1999.

_____. **Futuro passado**: contribuição à semântica dos tempos históricos. Rio de Janeiro: Contraponto/PUC-Rio, 2006.

LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Herder/Universidad Iberoamericana, 2007.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.

_____. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

A Lei de *Compliance* e sua Configuração Enquanto Política Pública Regulatória para o Setor Privado Brasileiro

The Compliance Law and its configuration while a regulatory public policy for the brazilian private sector

Veruska Sayonara de Góis¹

RESUMO

No trabalho em comento, investiga-se a Lei de *Compliance* para o setor privado - também conhecida como Lei Anticorrupção. A corrupção é um fenômeno preocupante, e internacionalmente identificado como causa de grandes crises do mercado, devido a fraudes corporativas do setor financeiro. O Brasil assume o compromisso de combater a corrupção, e para o setor privado, tivemos a Lei 12.846/2013. A referida norma necessita de regulamentação, mas já vem inspirando uma série de indagações e adequações estruturais. Analisaram-se, no texto, a partir de pesquisa bibliográfica e documental, a origem das normas de *compliance*, as características da Lei 12.846/2013 e sua configuração enquanto política pública regulatória destinada a resolver um problema, o que faz a partir da regulação. A Lei Anticorrupção prevê a necessidade de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica. Assim, a ideia de *compliance* denota o conceito de cumprimento e obediência às normas. Discute-se a configuração da norma como marco regulatório inaugural de uma política pública específica para combate à corrupção no setor privado, e os desafios e indagações que tal política suscita.

Palavras-Chave: Lei de *Compliance*. Setor Privado. Política Pública Regulatória. Mecanismos de Integridade e Ética.

ABSTRACT

¹ Advogada, possui graduação em Direito (Universidade do Estado do Rio Grande do Norte, 2005) e Mestrado em Direito Constitucional (UFRN, 2009). Atualmente é professora adjunta III do curso de Direito da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte. E-mail: veruskasayonara@gmail.com

This work investigates the Compliance Act for the private sector - otherwise known as Anti-Corruption Law. The corruption is a worrying phenomenon, and internationally identified as a cause of great crises of the market, consequently to corporate fraud in the financial sector. Brazil assumes the commitment to fight against the corruption, and to the private sector, there is the Law 12.846/2013. That standard requires regulation, but already comes inspiring a series of questions and structural adjustments. Were analyzed, in the text, starting from bibliographic and documentary research, the origin of compliance standards, the characteristics of the Law 12.846/2013 and its configuration as a public regulatory policy intended to solve a problem, what make from the regulation. The Anti-Corruption Law provides for the need for mechanisms and internal integrity procedures, audit and encouragement of whistleblowing and effective application of codes of ethics and conduct within the juridical people. So, the idea of the compliance denotes the concept of enforcement and obedience to the rules. Discusses the configuration of the standard as inaugural regulatory mark of a specific public policy for combating corruption in the private sector, and the challenges and questions that this policy raises.

Keywords: Compliance Act. Private Sector. Public Regulatory Policy. Mechanisms of Integrity and Ethics.

1 INTRODUÇÃO

O Estado moderno estabelece-se sobre as liberdades amplas dos indivíduos, estando o fundamento dos “valores sociais do trabalho e da livre iniciativa” previsto na Constituição Federal de 1988 (art. 1º, IV), bem como a proteção do mercado, considerado como integrante do patrimônio nacional (CF, art. 219). Tem-se uma proteção constitucional da economia ou constituição econômica formal, sobre um pano de fundo de direitos aparentemente colidentes.

Com as transformações do mercado e do Estado, tem-se a previsão, através da Constituição Federal do Brasil (1988), de que a propriedade privada e a empresa devem ter função social, imbricando-se cada vez mais o público e o privado.

O Brasil editou a Lei Anticorrupção para o setor privado (Lei Nº 12.846, de 1º de agosto de 2013), estabelecendo, mesmo que de forma indireta, a

necessidade de *compliance* (art. 7º, VIII) e inaugurando um marco legal de governança corporativa.

Na pesquisa, objetiva-se definir o conceito de *compliance*, percebendo-se a norma como marco regulatório para o setor privado, tendo também caráter de política pública, de maneira a atender à necessidade de controlar a corrupção e satisfazer o requisito da função social da propriedade. A investigação foi feita com apoio das técnicas bibliográfica e documental.

2 DESENVOLVIMENTO: A COMPLIANCE E SEUS CONTORNOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.

O termo *compliance* designa uma política regulatória anticorrupção para o setor privado em suas relações com o Estado, concebendo um conjunto de procedimentos de fiscalização, ética corporativa e auditoria para as empresas enquanto setor econômico privado. De forma simples, significa cumprir, obedecer às normas, “estar de acordo”.

A Constituição Federal do Brasil, a par de normas especificamente ou substancialmente constitucionais, trouxe ainda matérias diversas, e entre elas, a economia, de maneira que:

Portanto, com o advento da Carta de Outubro, implantou-se, entre nós, uma autêntica constituição econômica formal, cujo conteúdo abarca: os princípios gerais da atividade econômica (arts. 170 a 181); a política urbana (arts. 182 e 183); a política agrícola, fundiária e a reforma agrária (arts. 184 a 191); e o sistema financeiro nacional (art. 192). (BULOS, 2014, p. 1515-1516).

A empresa, como atividade econômica organizada, integra teoria recentemente abarcada pelo Direito Civil brasileiro. Apesar disso, o conceito de empresa não é claro na legislação, confundindo-se com o de pessoa jurídica.

Segundo o Superior Tribunal de Justiça, pode-se “inferir o conceito jurídico de empresa como sendo ‘o exercício organizado ou profissional de atividade econômica para a produção ou circulação de bens e serviços’” (REsp 623.367/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 09.08.2004, p. 245). Pode ser exercida por empresário individual ou através da constituição

de pessoa jurídica coletiva (geralmente, de natureza privada, submetendo-se a um regime próprio trazido pelas normas civilistas).

A empresa se organiza como agente privado, em regra, e busca benefícios próprios, incorrendo no regime capitalista de liberdade de mercado e iniciativa. Mas, com isso, interfere amplamente no meio social, tendo direitos e obrigações. Atualmente, portanto, fala-se em constitucionalização do direito civil, pela exigência de a propriedade atender a sua função social (CF/88, art. 5º, XXIII).

Discute-se a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, ou seja, se haveria obrigações dos particulares com respeito a tais direitos; ou se essa eficácia seria apenas vertical, entre indivíduo e Estado. Através da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, tem-se a perspectiva de que os particulares estão vinculados aos direitos fundamentais; e não apenas o Estado, como é próprio da clássica teoria vertical.

A teoria da eficácia horizontal dos direitos e garantias fundamentais, também chamada de teoria da eficácia privada, teoria da eficácia externa, teoria da eficácia entre particulares ou, ainda, teoria da eficácia em relação a terceiros, surgiu na Alemanha sob o rótulo *Drittwirkung*, desenvolvendo-se de 1955 a 1960, como um aprimoramento da *state action* da Suprema Corte norte-americana. (...) Noutras palavras, os direitos fundamentais valem não só nas relações verticais entre indivíduo e Estado, mas também nas relações inter-privadas (particular com particular). Eficácia horizontal dos direitos e garantias fundamentais, portanto, é a aplicação das liberdades públicas nas relações travadas somente entre particulares (BULOS, 2014, p. 540).

O precedente judicial mais bem elaborado sobre a matéria foi o RE 201.819 (Supremo Tribunal Federal, Rel. p/acórdão Min. Gilmar Mendes, DJ de 27-10-2006), de acordo com Bulos (2014, p. 541), onde o STF teria concluído que a garantia da ampla defesa incide diretamente sobre as relações privadas.

No âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU), John Ruggie, Representante Especial sobre Empresas e Direitos Humanos das Nações Unidas, recomendou um marco normativo acerca da responsabilidade fundamental das empresas no tocante aos direitos humanos (BIICHITZ, 2010, p. 208).

A compreensão de governança corporativa liga-se à noção de *accountability*, esta referindo-se, por sua vez, “aos processos políticos e institucionais que configuram a prestação de contas como princípio fundamental para a publicidade da ação de agentes e instituições frente à cidadania” (FILGUEIRAS, 2013, p. 264).

O conceito de *accountability* teria surgido a partir da segunda metade da década de 1980 nos países de tradição anglo-saxã, e de acordo com Pascoal (2009), não existe uma tradução exata do termo para a língua portuguesa. Para o autor:

A propósito, no Ordenamento Jurídico Brasileiro, a *accountability* está refletida, por exemplo, na consagração dos princípios republicano e democrático (art. 1º da CF), no princípio da prestação de contas (artigo 70 da CF), no dever de eficiência e de transparência (artigo 37 da CF), na existência de mecanismos de controles técnicos de gestão (Tribunais de Contas, Ministério Público, (...) Ouvidorias etc) (PASCOAL, 2009, p.8).

Tal responsabilidade incorreria não apenas ao Estado de forma ampla, mas às empresas que se relacionam com o Estado bem como aos indivíduos que se relacionam com a empresa (empregados, parceiros (*stakeholders*), consumidores). Para Santos:

O Brasil atualmente está em um patamar que coloca *compliance* como um dos pilares da governança corporativa ao garantir a conformidade com normas, leis e políticas internas e externas à organização (2011, p. 187).

Para alguns autores como Santos, a origem histórica da *compliance* está nas instituições financeiras, com a criação do Banco Central Americano, em 1913, que objetivou a formação de um sistema financeiro mais flexível, seguro e estável, culminando com a Política Intervencionista New Deal (2011, p. 184). Outros situam a formação de um sistema normativo de governança corporativa específica a partir da Lei Sarbanes-Oxley (EUA, 2002).

A Lei Sarbanes-Oxley de 2002, doravante referida como SOX, é uma das mais importantes legislações a afetar as corporações com ações negociadas nas bolsas de valores desde a Securities

Act de 1933 e a Securities Exchange Act de 1934 (GORDON, et al., 2006). A SOX demandou uma série de mudanças nos relatórios financeiros e de governança corporativa das empresas, como resposta aos vários escândalos financeiros mencionados, caracterizando uma resposta legislativa destinada a reconstruir a confiança dos investidores no mercado de capitais (ENGEL, HAYES e WANG, 2007).

A lei enfatiza a restauração da credibilidade com um profundo compromisso ideológico para manutenção do sistema capitalista, inerente à estrutura da política americana (CUNHA *et al*; 2013, *passim*). A Lei Sarbanes-Oxley, oficialmente denominada como Public Company Accounting Reform and Investor Protection Act of 2002, é uma lei federal dos Estados Unidos da América em resposta aos inúmeros escândalos corporativos e contábeis.

A lei recebeu tal denominação com base nos nomes de seus patrocinadores legislativos, Senador Paul Sarbanes (democrata de Maryland) e Deputado Michael G. Oxley (republicano de Ohio) (CUNHA *et al*; 2013, p 1-2).

Em 2013, o Brasil editou a Lei Anticorrupção para o setor privado (Lei Nº 12.846, de 1º de agosto de 2013), estabelecendo a necessidade de *compliance*. A norma busca responsabilizar as pessoas jurídicas pela prática de atos lesivos à administração pública. De fato, o relacionamento entre empresas particulares (fala-se da empresa aqui de maneira subjetivada juridicamente) e Estado é contínuo.

Toda empresa é sujeita a pagamento de impostos e fiscalização por parte de órgãos públicos. Aqui residem as mais notórias oportunidades de violação de princípios éticos. (...) Da mesma forma, empresas são colocadas em contato com o mundo da política e da administração pública. Programas tecnológicos, financiamentos, licitações, contratos, alíquotas de impostos, subsídios, incentivos fiscais, regras de importação e exportação, contribuições em campanhas políticas, tudo isso exige relacionamentos mais ou menos constantes com órgãos públicos (ETHOS, 2000, p. 29).

Ao dispor sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, a Lei 12.846/2013 prevê que “a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia

de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica” será levada em consideração na aplicação das sanções (artigo 7º, VIII).

A norma prevê os atos lesivos à administração pública, conforme disposto abaixo.

Art. 5º. Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos:

I - prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada;

II - comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei;

III - comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados;

IV - no tocante a licitações e contratos:

a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;

b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público;

c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo;

d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente;

e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo;

f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou

g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública;

V - dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação,

inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional.

O advento da legislação anticorrupção e o fortalecimento dos institutos de seu controle são medidas incipientes, mas de forte valor simbólico no âmbito privado, denominados genericamente como *compliance*. O termo *compliance* também foi utilizado pelos ministros do STF no julgamento da Ação Penal 470 (mais conhecido como Mensalão) e pode ser explicado nos termos seguintes:

Compliance — do termo inglês *comply* — significa o ato ou procedimento para assegurar o cumprimento das normas reguladoras de determinado setor. Vogel descreve o *compliance* como um “conceito que provem da economia e que foi introduzido no direito empresarial, significando a posição, observância e cumprimento das normas, não necessariamente de natureza jurídica.” (...) O impulso inicial ao *compliance* partiu das instituições financeiras e tomou corpo após os mundialmente famosos escândalos de governança (Barings, Enron, World Com, Parmalat) e a crise financeira de 2008[1]. (...) Nessa linha, as empresas tem desenvolvido programas e políticas que agregam (i) a orientação, formação e reciclagem de empregados e diretores sobre políticas de combate à lavagem de dinheiro; (ii) a elaboração de Códigos internos de conduta, organizar a coleta, sistematização e checagem de informações sobre clientes, empregados, parceiros, representantes, fornecedores e operações praticadas com sua colaboração ou assistência; (iii) o desenvolvimento de sistemas de comunicação interna e externa que facilite o repasse de informações sobre atos suspeitos; (iv) a implementação de sistema de controle interno de atos imprudentes ou dolosos, com mecanismos de apuração e sanção disciplinar (BOTTINI, 2013, s/p).

A Lei 12.846/2013 tem sido chamada Lei Anticorrupção, e acredita-se que ela ajudará no estabelecimento de mecanismos de transparência e ética corporativa ou ética empresarial, compreendida como o “estudo do comportamento das pessoas nas organizações com base na cultura organizacional. Portanto, ela envolve a identificação dos valores praticados por toda a organização, a partir do topo, ou seja, da alta administração” (DAINEZE, s/d, p. 5).

Perceba-se, entretanto, que “os parâmetros de avaliação de mecanis-

mos e procedimentos previstos no inciso VIII do caput serão estabelecidos em regulamento do Poder Executivo federal”, de acordo com a Lei 12.846/2013, art. 7º, parágrafo único. Conforme a íntegra do artigo:

Art. 7º. Serão levados em consideração na aplicação das sanções:

I - a gravidade da infração;

II - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;

III - a consumação ou não da infração;

IV - o grau de lesão ou perigo de lesão;

V - o efeito negativo produzido pela infração;

VI - a situação econômica do infrator;

VII - a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações;

VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica;

IX - o valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou entidade pública lesados; e

X - (VETADO).

Parágrafo único. Os parâmetros de avaliação de mecanismos e procedimentos previstos no inciso VIII do caput serão estabelecidos em regulamento do Poder Executivo federal.

As sanções podem ser de natureza administrativa e judicial, e segundo a Lei 12.846/2013, artigo 21, nas ações de responsabilização judicial, será adotado o rito previsto na Lei Nº. 7.347/1985 (Ação Civil Pública). Nesse cenário, surgem desafios para o Judiciário e os Tribunais de Contas, quando da apreciação da *compliance* em casos concretos.

A definição de competências, bem como dos procedimentos cabíveis em relação à responsabilização de pessoas jurídicas não é muito clara na Lei 12.846/2013. A instauração e o julgamento de processo administrativo para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica cabem à autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, que agirá de ofício ou mediante provocação, observados o contraditório e a ampla defesa (Lei 12.846/2013, art. 8º).

Prevê-se que, na esfera administrativa, “a aplicação das sanções previstas neste artigo será precedida da manifestação jurídica elaborada pela Advoca-

cazia Pública ou pelo órgão de assistência jurídica, ou equivalente, do ente público” (art. 6º, § 2º). Assim, os Tribunais de Contas podem surgir como atores institucionais importantes no desenho do modelo processual aplicável à *compliance* no Brasil.

O Poder Judiciário, até mesmo pela cláusula jurisdicional aberta da Constituição, é um importante ator institucional na efetivação das responsabilidades às pessoas jurídicas. Segundo a referida cláusula constitucional (art. 5º, XXXV), “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

O direito à paz, ao desenvolvimento sustentável, à transparência e à confiabilidade das instituições ganha forma com as aspirações universais dos direitos humanos. Segundo Tamiozzo e Kempfer (2013), o Brasil, a partir de 2003, cria o Comitê Brasileiro do Pacto Global, integrando a rede que tutela os direitos humanos, proteção do trabalho humano, meio ambiente e corrupção. O Pacto Global foi promovido pela Organização das Nações Unidas (ONU), sendo anunciado como proposta no Fórum Econômico Mundial (Fórum de Davos), em 1999, pelo ex-secretário geral da Organização das Nações Unidas (ONU), Kofi Annan (TAMIOZZO, KEMPFER, 2013).

Foram selecionados para compor o Pacto Global, de modo alinhado com as políticas e práticas empresariais mais comuns, e os objetivos internacionalmente ansiados e aplicados, 10 valores principais ou princípios chave, com vistas a desenvolver um mercado global mais inclusivo e sustentável. Esta iniciativa conta com o apoio de cinco agências das Nações Unidas, sendo elas, o Escritório do Alto Comissariado dos Direitos Humanos (OHCHR), a Organização Internacional do Trabalho (OIT), o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA) e a Organização das Nações Unidas para o Desenvolvimento Industrial (UNIDO), lideradas pelo programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) (PACTO GLOBAL, 2013). Estes 10 valores principais foram escolhidos nas áreas de Direitos Humanos (1º e 2º princípios), Direito do Trabalho (3º ao 6º princípio), Proteção Ambiental (7º ao 9º princípio), e Combate à Corrupção (10º), sendo este último inserido somente em 24 de junho de 2004 (PACTO GLOBAL, 2013). Todos eles derivam de outras declarações, como a Declaração Universal de Direito Humanos, a Declaração da Organização Internacional do Trabalho sobre Princípios e Direitos Fundamentais do Trabalho, a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento e,

também, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção. (TAMIOZZO, KEMPFER, 2013, p. 160-161).

Assumidos a partir das grandes convenções internacionais, o combate à corrupção estabelece-se entre o desenvolvimento econômico e os direitos humanos, dois dos pilares da atuação da ONU (o terceiro seria a manutenção da paz e da segurança mundiais). Os direitos humanos são, contemporaneamente, importantes pautas axiológicas e normativas. Incorporados os direitos humanos pelos Estados, a partir de seus ordenamentos jurídicos internos e de suas práticas internacionais (norma costumeira), são exigíveis pelos sujeitos titulares desses direitos.

Temos, portanto, que a lei brasileira anticorrupção decorre de compromissos internacionais pactuados pelo Brasil no combate à corrupção, como por exemplo, (i) a Convenção das Nações Unidas contra a corrupção, promulgada pelo Decreto n. 5.687/2006, (ii) Convenção Interamericana contra a Corrupção, promulgada pelo Decreto 4.410/2002 e (iii) Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, chamada de convenção da OCDE, promulgada pelo Decreto n. 3678/2000 (CASTRO, ANTONIETTO, 2014).

No caso do Brasil, a CF/88 foi o marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no Brasil. A Constituição filia-se à dicção dos direitos humanos em seus artigos 4º, 5º, §§ 2º e 3º, bem como no art. 109, V-A (federalização dos crimes contra os direitos humanos).

Na política executiva dos direitos humanos, temos os Planos Nacionais de Direitos Humanos (PNDH I, II e III), e, como órgão interno especialmente pensado para essa agenda, o Conselho Nacional dos Direitos Humanos (CNDH, Lei 12.986/2014), que substituiu o Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana (CDDPH, Lei 4.319/1964). O Conselho Nacional dos Direitos Humanos está situado na Secretaria de Direitos Humanos, estrutura do Poder Executivo Federal.

Além da implementação de uma política de direitos humanos (por mais abrangente que seja a concepção de direitos humanos), percebe-se o Poder Judiciário brasileiro como ator institucional que participa da implementação das políticas públicas, muito embora, mormente, não participe da construção da agenda pública nem da tomada de decisões políticas em sentido estrito.

As políticas públicas são pensadas, na ótica tradicional, como uma

dinâmica interativa de decisões entre o Poder Executivo, o Poder Legislativo e a sociedade civil organizada, a partir de expressões como movimentos sociais e mecanismos legais. Assim, tais políticas públicas aparecem como um produto da “política”, visando, de forma instrumental, resolver problemas elaborados a partir da agenda pública formal.

O Judiciário, como ator inerte que é, necessita de provocação, agindo nos estreitos limites jurisdicionais. A partir da Constituição Federal de 1988, entretanto, temos a valorização do Poder Judiciário como guardião da Constituição. Essa vigilância da Constituição é ampla, e tem por escopo, também, a efetividade dos direitos da pessoa humana, o que situa o Judiciário na instância contramajoritária da política eletiva, e na circunstância de agente de veto e elo no entorno do Direito e da Política.

O fortalecimento do Judiciário e das demais instituições do sistema da justiça tornou-os mais visíveis, tanto para os agentes políticos como para a população. Os agentes políticos encontraram no Judiciário um novo interlocutor e uma nova arena, tanto para seus confrontos quanto para contestar políticas governamentais e decisões de maiorias legislativas (SADEK, 2013, p. 16-17).

As decisões judiciais constituem-se, em muitos casos, práticas implementadoras dos direitos humanos; direitos esses que, constando dos tratados internacionais, Constituição, normas internas e repertório de políticas públicas, são, na prática da *Realpolitik*, ignorados. Tem-se, portanto, a perspectiva do crescimento do Poder Judiciário na arena pública, em crescente intervenção na aplicação das normas de direitos humanos/fundamentais que se constituem objetos de políticas públicas.

As políticas públicas constituem uma categoria que ganha importância nos últimos 30 anos, especialmente na literatura da ciência política. Diferencia-se da política eleitoral (*politics*), aparecendo como instrumento de ação dos governos, técnicas de atuação envolvendo o planejamento, a programação e a decisão (*policies*). Sobre o conceito de políticas públicas:

Não existe uma única, nem melhor, definição sobre o que seja política pública. Mead (1995) a define como um campo dentro do estudo da política que analisa o governo à luz de grandes questões públicas e Lynn (1980), como um conjunto de ações do governo que irão produzir efeitos específicos. Peters (1986)

segue o mesmo veio: política pública é a soma das atividades dos governos, que agem diretamente ou através de delegação, e que influenciam a vida dos cidadãos. Dye (1984) sintetiza a definição de política pública como “o que o governo escolhe fazer ou não fazer”. A definição mais conhecida continua sendo a de Laswell, ou seja, decisões e análises sobre política pública implicam responder às seguintes questões: quem ganha o quê, por quê e que diferença faz (SOUZA, 2006, p. 24).

A política pública (*public policy*) tem um conteúdo concreto e um conteúdo simbólico de decisões políticas, expressando-se como uma diretriz elaborada para enfrentar um problema público, no entorno da Economia, Direito, Administração e Política, como matriz interdisciplinar e multidimensional (BUCCI, 1997). Assim, convém questionar:

As políticas públicas são uma categoria jurídica útil para a análise das funções do Estado? Como o direito racionaliza o tema? Qual a expressão jurídica das políticas públicas? Pode-se falar em um “regime jurídico das políticas públicas”? As políticas públicas, isto é, a coordenação dos meios à disposição do Estado, harmonizando as atividades estatais e privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados, são um problema de direito público, em sentido lato (BUCCI, 1997, p. 91).

Uma classificação ou tipologia de políticas públicas bastante aceita é a de Theodore J. Lowi, que descreve as políticas públicas como políticas regulatórias, políticas distributivas, políticas redistributivas e políticas constitutivas.

Theodor Lowi (1964; 1972) desenvolveu a talvez mais conhecida tipologia sobre política pública, elaborada através de uma máxima: a política pública faz a política. Com essa máxima Lowi quis dizer que cada tipo de política pública vai encontrar diferentes formas de apoio e de rejeição e que disputas em torno de sua decisão passam por arenas diferenciadas. Para Lowi, a política pública pode assumir quatro formatos. O primeiro é o das políticas distributivas, decisões tomadas pelo governo, que desconsideram a questão dos recursos limitados, gerando impactos mais individuais do que universais, ao privilegiar certos grupos sociais ou regiões, em detrimento do todo. O segundo

é o das políticas regulatórias, que são mais visíveis ao público, envolvendo burocracia, políticos e grupos de interesse. O terceiro é o das políticas redistributivas, que atinge maior número de pessoas e impõe perdas concretas e no curto prazo para certos grupos sociais, e ganhos incertos e futuro para outros; são, em geral, as políticas sociais universais, o sistema tributário, o sistema previdenciário e são as de mais difícil encaminhamento. O quarto é o das políticas constitutivas, que lidam com procedimentos. Cada uma dessas políticas públicas vai gerar pontos ou grupos de vetos e de apoios diferentes, processando-se, portanto, dentro do sistema político de forma também diferente (SOUZA, 2006, p. 28).

Tais políticas, embora possam ser instrumentos para efetivação de direitos fundamentais, não se confundem com os direitos e marcos regulatórios, tendo um ciclo próprio de existência (modelo teórico: identificação do problema, formação de agenda, formulação de alternativas, tomada de decisões, implementação, avaliação, extinção ou permanência).

A Constituição Federal de 1988 é o marco para a mudança estrutural e valorização do Poder Judiciário como guardião da Constituição e dos direitos fundamentais, tidos como cláusulas pétreas (CF, art. 60, §4º). Coloca-se o Judiciário como ator institucional com poder de veto na correção de disfunções políticas, podendo exercer a sindicabilidade judicial de políticas públicas, como ocorreu na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 45.

A implementação das políticas pode ser avaliada por diferentes modelos, devendo o Judiciário ser inserido na arquitetura institucional de efetivação e análise desse ciclo. No tocante à *compliance*, temos um modelo de política pública regulatória. Segundo Frey:

Políticas regulatórias trabalham com ordens e proibições, decretos e portarias. Os efeitos referentes aos custos e benefícios não são determináveis de antemão; dependem da configuração concreta das políticas. Custos e benefícios podem ser distribuídos de forma igual e equilibrada entre os grupos e setores da sociedade, do mesmo modo como as políticas também podem atender a interesses particulares e restritos. Os processos de conflito, de consenso e de coalizão podem se modificar conforme a configuração específica das políticas (2000, p. 224).

A política regulatória tem como ponto de partida e de chegada um contexto normativo, estabelecendo marcos regulatórios para determinados temas e instituições. No caso da *compliance*, o fator constitutivo tem a ver com a modificação das regras clássicas do jogo de deveres éticos, vistos costumeiramente como ônus público:

A corrupção, ao contrário do que muitos imaginam, não tem suas causas apenas no setor público. De fato, ela assola as estruturas estatais, mas é um mau produto dos mais diversos setores da sociedade, comumente visto no setor privado. A organização empresarial é um dos agentes mais dinâmicos da sociedade, e, portanto, não pode ficar de fora das ações que giram em torno do duelo contra a corrupção. Vale dizer que a Transparency International define corrupção como o “abuso do poder confiado para ganhos particulares” (TAMIOZZO, KEMPFER, 2013, p. 170).

A intervenção judicial ou “ativismo judicial” tem resultado em sanções expressivas quando do descumprimento de ordem ou decisão judicial no controle das políticas públicas, como multa diária, responsabilização por improbidade administrativa, intervenção no Estado ou Município, bem como a responsabilização criminal. Nos debates da Ação Penal 470 / STF, conhecida usualmente como “Mensalão”, os ministros discutiram o termo *comply*. Reproduz-se abaixo o trecho:

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Vossa Excelência conhece muito bem, Ministro Lewandowski, a palavra, o verbo, da língua inglesa, que consta do cargo exercido por ele. *Compliance*. *Compliance* vem de quê? Vem de *comply*. O que significa *comply* em inglês?

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (REVISOR) - O que significa?

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Fazer cumprir, cumprir normas.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (REVISOR) - Sim, fazer cumprir. Mas ele, como subordinado, não pode fazer com que a autoridade superior cumpra. (ACÓRDÃO AÇÃO PENAL 470 MINAS GERAIS, p. 2683).

Com o breve diálogo, pretende-se mostrar que a ideia de *compliance* tem a ver com a implantação de decisões do ponto de vista ético-concorrencial de cima para baixo, ou seja, é uma medida vertical e hierárquica a ser aplicada a partir da direção das empresas; foi estabelecida como política pública a partir de um marco regulatório legislativo e que será avaliada pelo Judiciário, em algumas situações previstas na Lei 12.846/2013.

Em matéria de direito comparado, trazemos algumas medidas da Lei Sarbanes-Oxley (lei federal americana), como: “*Public Company Accounting Oversight Board*” (Título I, formação do Comitê de Auditoria); “*Auditor Independence*” (regulamenta o comportamento do auditor, Título II); “*Corporate Responsibility*” (dispõe acerca da criação do comitê de auditoria composto por membros independentes, Título III); “*Enhanced Financial Disclosures*” (evidenciação contábil e o controle interno, Título IV); “*Corporate and Criminal Fraud Accountability*” (dispõe sobre fraudes contábeis; destruição, falsificação, alteração de documentos e as penalidades; Título VII); “*Corporate and Criminal Fraud Accountability*” (Título VIII); “*White-Collar Crime Penalty Enhancements*” (Título IX); “*Corporate Tax Returns*” (Título IX) segundo SANTOS e LEMES (2004).

Com a comparação, percebe-se que embora a corrupção não seja um problema específico da América Latina, configura-se, em nosso contexto sócio-político o fenômeno da corrupção estrutural. Diferentemente:

en ciertos contextos la corrupción no es una conducta esporádica o aislada, sino que una práctica generalizada que excede lo que Klitgaard ha llamado corrupción normal, esto es, los “niveles de corrupción que implican las compensaciones óptimas”. Aquí la corrupción, aunque ilegal, es una práctica que define el funcionamiento de ciertas instituciones y que opera a través de redes de poder, cuya principal función es proteger y mantener en la impunidad la corrupción funcional a su grupo. Una especie de corrupción estructural o sistemática que ha concentrado el foco de la literatura especializada es la llamada “captura del Estado”. En esta, los intereses corruptos inciden en la producción de las normas y políticas públicas de un Estado, generando un marco normativo que legaliza beneficios ilegítimos y la exclusión (ROJAS, BASCUÑAN, CAMPOS, 2014, p. 71).

Assim, pretende-se apontar a corrupção como problema não só estatal,

mas internacional, de direitos humanos; sendo necessária uma política que abranja os particulares em suas relações com os estados. No caso brasileiro, embora pendente de regulamentação, a Lei de *Compliance* é o marco inaugural dessa nova política pública regulatória de combate à corrupção.

3 CONCLUSÕES

A corrupção tem sido vista com preocupação no contexto nacional e internacional; tanto por países quanto por bloco internacionais e supranacionais, haja vista que ela desvirtua os princípios do mercado e foi, historicamente, causa de grandes crises econômicas. As constituições atuais têm feito deferência à economia, tratando do assunto com bastantes detalhes, a ponto de se nominar constituição econômica esse tratamento.

Aderindo a pactos e acordos internacionais, o Brasil assume o compromisso do combate à corrupção. Embora existam normas e leis para o setor público, faltava um instrumento específico para o setor privado. Lacuna essa que veio a ser sanada, em parte, com a Lei 12.846/2013, conhecida também como Lei Anticorrupção. A referida norma necessita de regulamentação, mas já vem inspirando uma série de indagações e adequações estruturais.

Voltada para as empresas privadas no relacionamento com o poder público, a Lei Anticorrupção prevê a necessidade de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica.

Analisaram-se, no presente trabalho, a origem das normas de *compliance*, as características da Lei 12.846/2013 e sua configuração enquanto política pública destinada a resolver um problema, o que faz a partir da regulação. Configura-se, portanto, a Lei 12.846/2013 como política pública regulatória, um marco inaugural, já que ainda deverão ser acrescentados outros documentos normativos. Assim, tem-se que o combate à corrupção, no setor privado brasileiro, começa por exigir que as pessoas jurídicas privadas se adequem às normas, *comply*, cumpram as normas, necessitando, para isso, de uma mudança estrutural significativa, com instalação de procedimentos internos e sindicalizáveis de ética e transparência.

REFERÊNCIAS

BILCHITZ, David. **O Marco Ruggie: Uma Proposta Adequada para as Obrigações de Direitos Humanos das Empresas?** In: SUR. Revista Internacional de Direitos Humanos (São Paulo). V. 7, n. 12, jun. 2010.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **O que é compliance no âmbito do Direito Penal?** In: Consultor Jurídico. Disponível na Internet: <http://www.conjur.com.br/2013-abr-30/direito-defesa-afinal-criminal-compliance> Acesso em: 09/05/2014.

BUCCI, MARIA PAULA DALLARI. **Políticas públicas e direito administrativo.** In: Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 34 n. 133 jan./mar. 1997.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional.** São Paulo, Saraiva, 2014.

CASTRO, Rafael Guedes de; ANTONIETTO, Caio Marcelo Cordeiro. **Criminal compliance: a política de cumprimento de normas penais e seus impactos na atividade econômica empresarial.** In: Direito e economia I, CONPEDI/UFSC; coordenadores: Gina Vidal Marcílio Pompeu, Felipe Chiarrello de Souza Pinto, Everton das Neves Gonçalves. Florianópolis: CONPEDI, 2014.

CUNHA, Paulo Roberto da Cunha; SILVA, Julio Orestes da; FERNANDES, Francisco Carlos. **Pesquisas sobre a lei Sarbanes-Oxley: uma análise dos journals em língua inglesa.** In: Revista Enfoque: Reflexão Contábil (Universidade Estadual de Maringá). Vol. 32, N. 2. 2013.

DAINEZE, Marina do Amaral. **Códigos de Ética Empresarial e as Relações da Organização com Seus Públicos.** In: Instituto Ethos de Empresas e Responsabilidade Social (ETHOS). Responsabilidade Social das Empresas – A Contribuição das Universidades. São Paulo, Ethos, 2010. Volume 3.

ENGEL, E.; HAYES, R. M.; WANG, X. **The Sarbanes–Oxley Act and fir-**

ms' going-private decisions. In: *Journal of Accounting and Economics*. Vol. 44, n. 1-2, 2007.

FILGUEIRAS, Fernando. **Accountability e Justiça.** In: AVRITZER, Leonardo et al. *Dimensões políticas da justiça.* Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2013.

FREY, Klaus. **Políticas públicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil.** In: planejamento e políticas públicas. Nº 21, jun. 2000. Disponível em: www.en.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/viewFile/89/158

INSTITUTO ETHOS DE EMPRESAS E RESPONSABILIDADE SOCIAL (ETHOS). **Formulação e Implantação de Código de Ética em Empresas.** São Paulo, Ethos, 2000.

PASCOAL, Valdecir. **Direito financeiro e controle externo.** Rio de Janeiro, Elsevier, 2009.

ROJAS, Claudio Nash; BASCUÑÁN, Pedro Aguiló; CAMPOS, María Luisa Bascur. **Corrupción y derechos humanos: una mirada desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.** Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2014.

SADEK, Maria Tereza. **Judiciário e arena pública: um olhar a partir da Ciência Política.** In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *O controle jurisdicional de políticas públicas.* Rio de Janeiro, Forense, 2013.

SANTOS, Luciana de Almeida Araújo; LEMES, Sirlei. **A Lei Sarbanes-Oxley: uma tentativa de recuperar a credibilidade do mercado de capitais norte-americano.** In: 1º Congresso USP de Iniciação Científica em Contabilidade, 2004, São Paulo. 1º Congresso USP de Iniciação Científica em Contabilidade e 4º Congresso USP Controladoria e Contabilidade - Demandas Sociais Emergentes e a Pesquisa Contábil, 2004.

SANTOS, Renato Almeida dos. **Compliance como ferramenta de mi-**

tigação e prevenção da fraude organizacional. In: Prevenção e combate à corrupção no Brasil: 6º Concurso de monografias: trabalhos premiados. (Coletânea de monografias). Presidência da República, Controladoria-Geral da União, Ano IV, n. 6. Brasília: CGU, 2011.

SOUZA, Celina. **Políticas Públicas:** uma revisão da literatura. In: Sociologias, Porto Alegre, ano 8, nº 16, jul/dez 2006, p. 20-45.

TAMIOZZO, Henrico César; KEMPFER, Marlene. **O pacto global de responsabilidade social empresarial e a contribuição normativa brasileira para o combate à corrupção no domínio econômico.** In: Revista de Direito Brasileira. Brazilian Journal of Law. Ano 3, vol. 6, set-dez./ 2013. Florianópolis/SC.

Consórcios Públicos em Saúde – Importância para Gestão Pública e a Melhoria do Acesso aos Serviços de Saúde

Public Health Consortiums - Importance for public administration in improvement of the access to health services

Luciene Alice da Silva¹
Luciana da Silva Borges de Oliveira²
Maria de Fátima Nepomuceno Nogueira³

RESUMO

O presente trabalho analisa o modelo de gestão consorciada interfederativa em saúde, que está sendo implantado de forma pioneira no Ceará, descreve as características, natureza jurídica, competências e áreas de atuação, prerrogativas e obrigações, processo de implantação, os aspectos mais relevantes da lei dos consórcios, impacto na saúde da população, mecanismos de controle, prestação de contas públicas e transparência da gestão.

Palavras-Chave: Regionalização. Organização e Administração. Gestão Pública. Saúde Pública. Consórcios em Saúde. Modelos de Gestão.

ABSTRACT

This paper analyzes a new health consortium management model, which is being implemented in a pioneer way into the state of Ceará. It describes the characteristics, legal, skills and areas of expertise, prerogatives and obligations, deployment process, the most relevant aspects of the law of the Consortia, the impact in the population health, control mechanisms, public accountability and transparency of management.

Keywords: Regionalization. Organization and Administration. Public Mana-

1 Farmacêutica/Controladoria Geral do Estado –CGE-CE. E-mail: luciene@multiplaybandalarga.com.br

2 Advogada/Secretaria de Finanças de Fortaleza-SEFIN. E-mail: lucianaau@gmail.com

3 Advogada /Coordenadora Jurídica da Secretaria da Saúde do Estado SESA-CE. E-mail: fatima.nogueira@sau-de.ce.gov.br

gement. Public Health. Consortia Health Management Models.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 dispõe, em seus artigos 197 e 198, que “As ações e os serviços de saúde, são de relevância pública, cabendo ao Poder Público dispor, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado. O art. 198 estabelece que “as ações e os serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: descentralização, com direção única em cada esfera de governo; atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais e participação da comunidade”.

A descentralização possibilitou a criação de diversos modelos jurídicos de gestão. Com os custos cada vez mais elevados na saúde pública, tecnologias avançadas, demandas cada vez mais crescentes, diversidade multiprofissional, recursos limitados, poucos resultados, se faz necessário investir na qualificação das pessoas, em instrumentos eficientes de gestão, busca de eficiência, eficácia e economicidade na gestão dos recursos financeiros para melhoria da qualidade dos serviços de saúde.

Dentre os vários modelos de gestão descentralizada vigentes: Autarquias Executivas, Autarquias Especiais, Organização Social (OS), Parceria Público Privada (PPP), Organização da Sociedade Civil de Interesse Público ou OSCIP, Convênios, entre outros, o Consórcio Público é o que mais atende aos princípios do Sistema Único de Saúde-SUS, fortalece a regionalização, a gestão solidária e possibilita aos gestores de saúde utilizar esse instrumento de gestão como apoio ao SUS em todos níveis de atenção à saúde (Atenção Primária, Especializada e Terciária).

O Ceará optou por estimular a formação de consórcios em saúde, tomando por base os municípios localizados numa mesma microrregião de saúde, por facilitar o processo de estruturação de redes de atenção à saúde e tendo como referência o Plano de Desenvolvimento Regional (PDR). O Estado participa com aquisição das estruturas (Policlínicas e Centros de Especialidades médicas - CEOS), aquisição de equipamentos, montagem das

unidades de saúde e com 40% (quarenta) de recursos financeiros para o custeio dos consórcios.

2 CONSÓRCIOS - CONCEITO, ORIGENS E CRIAÇÃO

2.1 Conceito

O Decreto Federal nº 6.017, de 17 de janeiro de 2007, que regulamenta a Lei dos Consórcios define Consórcio Público: “Pessoa jurídica formada exclusivamente por entes da Federação, para estabelecer relações de cooperação federativa, inclusive à realização de objetivos de interesse comum, constituída como associação pública, com personalidade jurídica de direito público e natureza autárquica, ou como pessoa jurídica de direito privado sem fins econômicos”.

2.2 Origens e criação dos consórcios na Saúde Pública do Brasil

As práticas de cooperação sempre estiveram presentes na gestão pública, por meio de convênios, transferências de recursos para diversas finalidades. Sempre houve interesse dos entes federados consorciarem-se. Mas os esforços esbarravam na ausência de previsão legal. Os consórcios eram de natureza jurídica privada. Associação civil sem fins lucrativos.

Na Constituição Federal os consórcios estão presentes os artigos 5º, incisos XVII e XXI (legislação das associações) e no artigo 30, inciso I (que dá poderes aos municípios para legislar sobre assuntos de interesse local) e na legislação estruturante do SUS – Lei nº 8.080/1990 e Lei nº 8.142/1990. Os consórcios concretizaram-se por meio da Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998, que alterou o artigo 241, no Capítulo VIII, Título IX, “Das Disposições Constitucionais Gerais”,

A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão, por meio de lei, os consórcios e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada

de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial dos encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

A Emenda Constitucional (EC 19, de 15 de junho de 1998), alterou a redação do artigo 241 da Constituição Federal, reconhecendo o consórcio como instrumento de cooperação federativa, estabelecendo:

Art. 241. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos (BRASIL, 1988).

Somente a partir da Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005, o consórcio público passa a ser um instrumento de cooperação solidária entre entes da mesma ou diferente natureza jurídica, estabelecida pela constituição federal de 1988.

Na área da saúde, a criação de consórcios intermunicipais teve o seu grande desenvolvimento nos anos 80, incentivados pela municipalização da saúde e com a evolução do processo de descentralização foram multiplicando-se.

A Lei nº 8.142/1990, estabelece que os municípios podem celebrar consórcio para execução de ações e serviços de saúde, remanejando, entre si, parcelas de recursos previstos no inciso IV do art. 2º desta lei.

A Lei nº 8.080/90, estabelece em seu art. 10, que os municípios poderão constituir consórcios para desenvolver em conjunto as ações e os serviços de saúde que lhes correspondam:

§1º Aplica-se aos consórcios administrativos intermunicipais o princípio da direção única e os respectivos atos constitutivos disporão sobre sua observância.

§2º No nível municipal, o Sistema Único de Saúde (SUS) poderá organizar-se em distritos de forma a integrar e articular recursos, técnicas e práticas voltadas para a cobertura total das ações de saúde.

A Legislação Estadual do Ceará também contempla o Consórcio. A Lei nº 13.165/2001 autoriza a criação de parceria do Estado com os municípios por meio de consórcio em todas as áreas da administração pública. O Decreto nº 26.604/2002 que regulamenta a Lei nº 13.165/2001.

3 LEI DOS CONSÓRCIOS - ASPECTOS RELEVANTES

A Lei dos Consórcios trouxe algumas controvérsias, mas também possibilitou uma série de vantagens:

- Regulamentação da natureza jurídica de consórcios públicos;
- Segurança Jurídica e estabilidade nos acordos de cooperação;
- Participação de todos os entes federados no consórcio público: União, Estados, Distrito Federal e Municípios;
- Subordinação do consórcio às normas de direito público para licitação, celebração de contratos, admissão de pessoal, execução de receitas e de despesas e prestação de contas.
- Segurança financeira e patrimonial. O imposto de renda retido na fonte por um consórcio de direito público não será creditado à União, permanece nos cofres dos entes consorciados (CF/88 art. 158). Os bens destinados ao consórcio público pelo consorciado que se retira somente serão revertidos ou retrocedidos no caso de expressa previsão no contrato de consórcio público ou no instrumento de transferência ou de alienação. Um consorciado não poderá, a seu bel-prazer, retirar um equipamento de saúde destinado ao consórcio, poderemos inferir a relevância dessa previsão legal.
- Cessão de servidores ao consórcio, o que permite recrutar profissionais mais qualificados para atender a melhor atendimento.
- Cumprimento das obrigações previstas no contrato de rateio, instrumento jurídico pelo qual os consórcios transferem recursos.

4 NATUREZA JURÍDICA DOS CONSÓRCIOS PÚBLICOS

Pessoa jurídica de direito público, quando se constituir numa Associação Pública, espécie de autarquia interfederativa. Pessoa jurídica de direito

privado, quando tomar a forma de Associação Civil sem fins econômicos.

5 COMPETÊNCIAS E ATUAÇÃO DOS CONSÓRCIOS

Os consórcios podem atuar em qualquer área de interesse público. Único impedimento são as atividades públicas indelegáveis, típicas de estado, que só podem ser executadas por meio de servidores de carreira, tais como: atividades regulatórias, fiscalização, poder de polícia, entre outras.

Na saúde, os entes podem consorciar-se em todas áreas de prestação de serviços, na compra de medicamentos e produtos para saúde para maior ganho de escala, equipamentos médicos, materiais, serviços de manutenção preventiva, tecnologia da informação, ações educativas e capacitação de recursos humanos, estudos e pesquisas, exames laboratoriais, esterilização de material, Gerenciamento de Resíduos, urgência e emergência, transporte sanitário, entre outros.

Os consórcios de direito privado não podem exercer todas as mesmas competências dos Consórcios públicos. Não podem impor obrigações ou tomar medidas que interferiram nos direitos individuais. (regulação de serviços públicos).

6 PRERROGATIVAS E OBRIGAÇÕES DOS CONSÓRCIOS

Os consórcios gozam de algumas prerrogativas que lhes garante uma maior flexibilidade no gerenciamento, em relação à Administração Direta, decorrente da Lei que os criou:

- I - adquirir e/ou receber em doação, destinação ou cessão do uso de bens móveis e imóveis e as transferências ou cessões de direitos por força de gestão associada de serviços públicos.
- II- contratar e ser contratado pela administração direta ou indireta dos entes consorciados, dispensada a licitação nos termos do art. 24, inciso XXVI, da Lei nº 8.666/93.
- III- firmar convênios, contratos de qualquer natureza, receber auxílios, contribuições e subvenções de outras entidades e órgãos governamentais ou da iniciativa privada no que couber;
- IV - prestar serviços a seus consorciados conforme previsto no

contrato

Os Consórcios podem ser desfeitos a qualquer tempo, mas os entes consorciados respondem pelos compromissos assumidos. Prestam contas dos recursos recebidos, por meio de fiscalização e auditoria a que são submetidas todas as instituições e pessoas jurídicas que recebem recursos públicos.

7 ETAPAS DO PROCESSO DE IMPLANTAÇÃO

A implantação dos consórcios envolve um conjunto de etapas de diversos aspectos: políticos, técnicos, regulatórios, organizacionais: Elaboração de Protocolos de Intenções, Ratificação do Protocolo de Intenção, Elaboração de Estatuto, Elaboração de Regimento Interno, Contrato de Rateio, Contrato de Programa, Estruturação e Organização do Consórcio.

A diferenciação no processo de implantação varia em função das condições de cada região, da vontade política do gestor, da condução à frente do processo, do nível de organização da saúde local, das pactuações, contratos de programa e de rateio.

7.1 Protocolo de Intenções (PI)

O processo que inicia o Consórcio, por meio de documento no qual são estabelecidas as condições, transforma-se em Contrato de Consórcio Público, após a devida ratificação (publicação de Lei aprovada pelo Legislativo de cada ente consorciado). A Conversão do Protocolo de Intenções em Contrato de Consórcio é automática (art. 6º do Decreto Federal nº 6.017, de 17/01/2007) e em seguida, convoca-se uma assembleia geral para escolher a Diretoria e aprovação do Estatuto.

Caso previsto no Protocolo, o consórcio pode ser constituído sem necessidade de ratificação de todos os entes ao mesmo tempo. A aprovação do protocolo de intenções ou do ato de retirada do consórcio Público deve ser aprovado pelo Poder Legislativo.

7.2 Estatuto

Documento que dispõe sobre a organização, estrutura administrativa, os cargos, as funções, atribuições e competências, forma de eleição, e demais regras. Todos os consórcios regem-se por seu Estatuto, observando-se as regras previstas no Contrato.

7.3 Contrato de Programa

Documento onde constam as obrigações, metas, transferência de pessoal e bens; transparência, responsabilidades e penalidades; rescisão e foro. O Contrato de Programa pode ser celebrado pelas entidades que integram a administração indireta de qualquer dos entes da Federação consorciados ou convênios, desde que previsto no contrato do consórcio. (Protocolo de Intenções).

7.4 Contrato de Rateio

As responsabilidades econômicas e financeiras e a forma de repasse de recursos de cada participante, para despesas do consórcio público. Faz-se necessário, portanto, garantir a programação orçamentária da LOA de cada ente consorciado, em conformidade com os Planos Plurianuais - PPA e os Contratos de Programa e observância das normas previstas na Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal).

Constitui ato de improbidade celebrar contrato ou outro instrumento que tenha por objeto a prestação de serviços públicos por meio de cooperação federativa sem a celebração de contrato de programa, ou sem que sejam observadas outras formalidades previstas em lei, nos termos do disposto no art. 10, inciso XIV, da Lei nº 8.429/1992.

8 ORGANIZAÇÃO E ESTRUTURAÇÃO

Um dos maiores problemas na gestão pública é o gerenciamento dos

serviços públicos de forma eficiente e eficaz. Não basta somente prestar serviços, mas executá-los com eficácia com economicidade. A operacionalização do consórcio deve seguir o que está previsto em legislação: estatutos, regimentos ou regulamentos específicos, contratos de programa e de rateio, padronizações e protocolos assistenciais de serviços.

A organização e estrutura de cada consórcio depende das atividades, da região, do volume de serviços, deve dispor de uma estrutura mínima: Assembleia Geral, Presidência–Representante legal do Consórcio, Diretoria Executiva, constituída por um Diretor Geral, Diretor Administrativo-Financeiro, recursos humanos técnicos e pessoal administrativo.

9 CONTROLE E FISCALIZAÇÃO NOS CONSÓRCIOS

O controle na administração pública decorre do princípio da legalidade (art. 37 da CF/88). O controle do Consórcio é realizado por cada ente consorciado, por meio dos seus mecanismos de controle, auditorias, Conselho fiscal dos entes consorciados. O controle externo e a fiscalização compete aos órgãos de Controle Externo (Tribunais de Contas), Conselhos de Saúde e os diversos segmentos representativos da sociedade e diretamente, pelo cidadão.

O objetivo do controle é avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas e dos orçamentos, bem como comprovar a legalidade e avaliação dos resultados, eficácia e eficiência da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos.

Os Consórcios obedecem aos controles internos e externos estabelecidos na Administração Pública e são obrigados a divulgar as informações sobre a execução orçamentária e financeira por meio de portal eletrônico, além de obedecer à lei da informação Federal e Estadual.

Quando o Consórcio estiver presidido por um prefeito, a gestão financeira de referida entidade será fiscalizada pelo Tribunal de Contas responsável pela fiscalização daquele Chefe de Executivo, enquanto gestor de sua municipalidade. Se a presidência do Consórcio for ocupada pelo representante do Estado (Governador), o tribunal de contas competente para fiscalizar a entidade, é o Tribunal de Contas do Estado (TCE).

10 IMPACTOS DOS CONSÓRCIOS NA GESTÃO PÚBLICA E PARA À POPULAÇÃO

A criação do Sistema Único de Saúde – SUS, a partir da Constituição Federal de 1988, foi um processo de luta resultante da união de diversos segmentos da sociedade, e fez com os três níveis de governo – federal, estadual e municipal – buscassem mecanismos gerenciais para por em prática uma nova forma de gestão. As complexidades e especificidades em saúde requerem estratégias e inovações gerenciais permanentes.

A descentralização possibilitou o desenvolvimento de consórcios. É um importante instrumento de gestão e alternativa de maior flexibilidade gerencial. A principal mudança com a implantação dos consórcios é a mudança de paradigma e práticas da gestão. Ou seja, mudança individualizada, municipal, para uma gestão consorciada, onde tudo é compartilhado: estrutura física, recursos humanos, recursos financeiros, equipamentos, transporte, sistemas de informação, aquisição de material e de produtos, e as decisões são colegiadas.

Para população, a melhoria do acesso a serviços de saúde especializados, de média e alta complexidade em várias especialidades médicas no âmbito local e ampliação da cobertura assistencial e serviços próximo ao cidadão.

Os consórcios em saúde possibilitaram aos municípios que não tinham condições de garantir aos seus habitantes, ofertar serviços de saúde com qualidade e em várias especialidades médicas, como tomografia computadorizada, no caso das policlínicas regionais tipo II, tratamento odontológicos, sem que os pacientes tenham que se deslocar a Fortaleza e economizar. É uma estratégia que une os municípios e permite aos gestores, o acompanhamento das ações e serviços prestados.

A melhoria da qualidade na prestação dos serviços de saúde e a consolidação da descentralização da saúde é uma alternativa imprescindível, somente possível, com a união, integração e a conjugação de esforços conjuntos dos entes públicos (Estados, Municípios, Distrito Federal e a União).

REFERÊNCIAS

BERTONE, A. A. **Consórcios Intermunicipais de Saúde:** uma Estratégia rumo à Regionalização. *Divulgação em Saúde para Debate*, Londrina, n. 16, p. 36-39, dez. 1996.

BRASIL. Secretaria da Saúde do Estado. **Consórcios Públicos em Saúde.** Oficinas de Trabalho realizada em junho de 2007, Fortaleza/CE, jun. 2007.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil>. Acesso em: 5 de julho de 2014.

_____ Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.

_____ Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências.

_____ Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005. Dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências.

_____ Lei Complementar nº. 101, de 04 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá A outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil>. Acesso em: 13 de julho de 2014.

_____ Lei Federal nº. 4.320, de 17 de março de 1964. Estabelece normas de Direito Financeiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4320.htm. Acesso em: Acesso em 13 de julho de 2014.

_____ Lei Federal nº 10.028/2000. Crimes contra a Administração Pública. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L10028.htm. Acesso em: 13 de julho de 2014

_____. Decreto Federal 6.017, de 17 de janeiro de 2007, regulamentada a Lei dos Consórcios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil>. Acesso em: 13 de julho de 2014

COELHO, J. R. G. P.; VELOSO, C. **Consórcios Intermunicipais de Saúde em Minas Gerais**. Divulgação em Saúde para Debate, n. 17, p. 36-38, mar. 1997.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

_____. Maria Sylvia Zanella. **Parceria na administração pública: concessão, permissão, franquias, terceirização e outras formas**. São Paulo: Atlas, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 11. São Paulo: Malheiros, 1999.

Responsabilidade Fiscal, Revista do Tesouro Nacional. 2 ed. Brasília: 2002. Disponível em: <http://www3.tesouro.gov.br/hp/downloads>. Acesso em: 13 de julho de 2014.

O Instituto da Preclusão Lógica como Limitação do Direito à Repactuação de Preços nos Contratos Administrativos de Prestação de Serviços Continuados

The logic preclusion institute as a restriction to price renegotiations of administrative contracts on continued service delivery

Maria Aurineide Moreira Carneiro¹

RESUMO

Os contratos administrativos prevêem a possibilidade de alteração de preços para garantir a manutenção do equilíbrio econômico financeiro, assim considerado como a manutenção das condições comutativas estabelecidas entre as partes ao tempo da apresentação da proposta, para a manutenção da proporcionalidade entre o tamanho do encargo do contratado e a remuneração por parte da contratante. Entre as formas de se buscar a manutenção do equilíbrio financeiro dos contratos administrativos encontra-se a repactuação de preços, espécie do gênero reajuste dos contratos administrativos. O Tribunal de Contas da União – TCU e a Advocacia Geral da União – AGU difundiram entendimento segundo o qual o exercício do direito à repactuação de preços apresenta limitação temporal, por imposição do instituto da preclusão lógica, elemento limitativo de imposição doutrinária e jurisprudencial. O presente estudo busca, sem a pretensão de esgotar o tema, abordar a utilização da preclusão lógica nos contratos administrativos de contratação de serviços continuados, como medida limitativa ao exercício do direito dos contratados à repactuação, para reivindicação e recebimento de diferenças de valores devidas em razão de superveniência de Convenções Coletivas de Trabalho – CCT's.

Palavras-Chave: Preclusão Lógica. Repactuação. Convenção Coletiva. Contratos Administrativos. Prestação de Serviços. Serviços Continuados. Equilíbrio Econômico Financeiro.

ABSTRACT

¹ Advogada – Faculdades Integradas Espírito-santenses – FAESA; Coordenadora da Assessoria Jurídica da Controladoria e Ouvidoria Geral do Estado – CGE/CE; Pós-graduanda em Direito Empresarial pela Fundação Escola Superior de Advocacia do Estado do Ceará – FESAC/OAB/CE. E-mail: aurineide.carneiro@cge.ce.gov.br

Administrative contracts predict the possibility of price changes to ensure the maintenance of the economic-financial balance, thus considered as the maintenance of commutative conditions established between the parties at the time of proposal submission, to maintain proportionality between the size of the incumbency and the remuneration of the contracted by the contracting. Among the ways to pursue the maintenance the financial balance of administrative contracts there is the “price renegotiation”, a genus species of readjustment of administrative contracts. The Federal Court of Accounts and the Federal General Advocacy promulgate understanding that the right to the renegotiation of prices presents temporal limitation, by imposition of the institute of “logic preclusion”, imposition of restrictive element doctrinal and jurisprudential. The present study aims, without claiming to exhaust the subject, address the use of logic preclusion in administrative contracts for hiring continued services, as a limiting measure to the exercise of the right of contract renegotiation, demand for and receipt of amounts due to differences in rate of occurrence of collective labor conventions.

Keywords: Logic Preclusion. Renegotiation. Collective Convention. Administrative Contracts. Service Delivery. Continued Services. Economic-Financial Balance.

1 INTRODUÇÃO

Os serviços que servem de apoio à realização das atividades essenciais ao cumprimento da missão institucional de um órgão ou entidade da administração pública podem ser objeto de contratação de serviços de terceiros².

Na administração pública, as contratações de serviços contínuos mediante a utilização de mão-de-obra representam contratos grandiosos, envolvendo serviços como conservação, limpeza, segurança, transporte, informática, manutenção predial e mesmo atividades de apoio administrativo, desde que as atividades desenvolvidas na prestação dos serviços não abranjam atividades inerentes a categorias funcionais ou constituam a missão institucio-

2 BRASIL. **Instrução Normativa MPOG nº 2**, de 30 de abril de 2008 – DOU de 23/05/2008 – alterado. Dispõe sobre regras e diretrizes para a contratação de serviços, continuados ou não. Disponível em: <<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/38/MPOG/2008/2.htm>>. Consulta realizada em: 01/10/2012.

nal de cada órgão ou entidade³.

A terceirização de serviços contínuos movimentam contratos milionários e representam uma realidade na administração pública de todas as esferas de governo, federal, estadual e municipal. Por se referir a serviços prestados de forma contínua, existe previsão legal para que sua prestação se prolongue no tempo, podendo alcançar até 60 (sessenta) meses.

Diante da possibilidade de prolongamento e, estando sujeitos a regras de natureza trabalhistas, por envolverem mão-de-obra, a composição dos custos destes contratos inclui despesas diversas, como salário-base, vale-transporte, vale-alimentação, horas-extras etc.

A remuneração paga pelas empresas prestadoras de serviços aos seus empregados sofre a influência legal e normativa dos acordos, convenções e dissídios coletivos que, por vezes, são firmados em períodos posteriores à data-base das categorias profissionais e, por isso, impõem a necessidade de pagamento retroativo. A obrigatoriedade do pagamento retroativo é facilmente verificada na maioria das Convenções Coletiva de Trabalho⁴.

As alterações salariais impostas pelas convenções coletivas de trabalho alteram a equação da formação dos preços (encargo x remuneração) resultando em desequilíbrio na relação contratual inicialmente ajustada. Visando a recuperação e compatibilização das condições contratuais, a Constituição da República e, na sua esteira, o Estatuto das Licitações e Contratos, prevêem a manutenção do equilíbrio econômico financeiro. Trata-se, no caso em tela, de uma espécie de reajuste de preços, cuja doutrina e jurisprudência convenionaram chamar de repactuação.

O presente estudo tem a finalidade de apresentar aos leitores e interessados em matérias de contratos administrativos de prestação de serviços contínuos, de modo simples e resumido, algumas observações teóricas e práticas que envolvem o emprego do instituto da preclusão lógica como limitação ao direito do contratado para pleitear a repactuação de preços, apresentando

3 *Idem.*

4 Para exemplificar, citamos a Convenção Coletiva de Trabalho – CCT nº CE000254/2012, referente aos trabalhadores em informática e processamento de dados com abrangência no estado do Ceará, registrada no Ministério do Trabalho – MTE em 07/03/2012: Parágrafo Terceiro da Cláusula Terceira: “Parágrafo Terceiro: Os salários e benefícios financeiros incluídos nesta Convenção, inclusive as férias e seus acréscimos legais e o vale alimentação estipulados são devidos aos empregados a partir do dia 01 de janeiro de 2012. Referidas diferenças devem ser pagas juntamente com a folha de março de 2012. Após referida data, o não cumprimento da obrigação será entendido como descumprimento da Convenção coletiva de Trabalho.” Disponível em: <<http://www3.mte.gov.br/internet/mediador/relatorios/lmpriimirl-CXML.asp?NRRequerimento=MR010820/2012>>. Acesso em: 1º-out-2012.

esclarecimentos sobre aspectos doutrinários e jurisprudenciais relativos aos prazos em que o direito deve ser reivindicado sem, contudo, ter a pretensão de esgotar o tema.

A limitação temporal para o exercício do direito de repactuação baseia-se em entendimentos do Tribunal de Contas da União – TCU e da Advocacia Geral da União – AGU, reiterados pelas Cortes de Contas de Estados e Municípios, não estando expressamente prevista no Estatuto das Licitações. Por se tratar de determinação doutrinária e jurisprudencial, requer fundamentação clara, capaz de justificar sua exigência sem perder o imprescindível amparo legal.

2 O EQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

O equilíbrio econômico financeiro dos contratos, na definição de Justen Filho (2009, p. 746), “significa a relação existente entre o conjunto dos encargos impostos ao particular e a remuneração correspondente”⁵.

Abrange todas as obrigações do contratado e toda a remuneração devida pelo contratante no momento inicial da contratação, no sentido de equivalência entre ambas, em relação aos parâmetros inicialmente contratados e, ressalte-se, não se confunde com a lucratividade da empresa.

A equação que delinea o equilíbrio econômico financeiro nasce com as estipulações apresentadas no edital, mas se fixa com a apresentação da proposta por parte do licitante interessado, pois neste momento estará determinando a contraprestação que entende necessária para o encargo definido no instrumento convocatório.

Antes de 1988 não havia previsão constitucional expressa para o equilíbrio econômico financeiro dos contratos administrativos, mas desde a

5 JUSTEN FILHO. Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 13 ed. São Paulo: Dialética, 2009. p. 746.

Constituição de 1934 havia essa previsão para as concessões (LIMA, 2010)⁶. Contudo, a Constituição Federal de 1988 traz de forma expressa, no art. 37, XXI⁷, garantindo aos contratados a manutenção das condições efetivadas na proposta.

O art. 37, XXI da Constituição Federal de 1988 foi regulamentado pela Lei Federal nº 8.666/93 conhecida como o Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos⁸. Nele também encontram-se expresso o direito ao equilíbrio econômico financeiro dos contratos, precisamente nos artigos 40, XI, 55, III e 65, II, “d”, que preveem, respectivamente, a obrigatoriedade de previsão editalícia sobre critério de reajuste; os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços; e a garantia de manutenção do equilíbrio nas hipóteses de sobrevirem fatos imprevisíveis. *In verbis*:

Art. 40. O edital conterá [...] e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

[...]

XI - critério de **reajuste**, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

[...]

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

[...]

III - o preço e as condições de pagamento, os critérios, **data-ba-**

6 LIMA, Solange Afonso de. **Função econômica e social do contrato administrativo: equilíbrio econômico-financeiro**. 2010. 139 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2010. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_arquivos/1/TDE-2010-05-14T152220Z-1417/Publico/Solange.pdf>. Consulta em: 02/10/2012; e, BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. [...] Art. 160 - A lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais, estabelecendo: I - obrigação de manter serviço adequado; II - tarifas que permitam a justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão dos serviços e assegurem o equilíbrio econômico e financeiro do contrato [...]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 02-out-2012.

7 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. [...] Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta [...]. Disponível em:

8 BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 02-out-2012.

se e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;

[...]

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

[...]

II - por acordo das partes:

[...]

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do **equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis**, ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual⁹. (Grifamos)

No art. 40, XI e art. 55, III temos a figura do reajustamento, na redação do art. 65, II, “d”, encontramos o elenco de eventos futuros, posteriores à contratação que poderão dar ensejo ao equilíbrio econômico financeiro, são eles: fatos imprevisíveis; fatos previsíveis, mas de consequências incalculáveis previamente; força maior; caso fortuito; ou fato do príncipe.

A doutrina, nas palavras de Kléber Martins de Araújo, citado por Renato Geraldo Mendes¹⁰ (2011, p. 653), entende que, não sendo o caso de eventos imprevisíveis, com consequências incalculáveis, que ensejaria a revisão de preços contratuais, ou seja, em se tratando de eventos previstos, ainda que pendentes de quantificação exata, mas dentro de padrões razoavelmente esperados, o enquadramento correto seria o do art. 40, inciso XI, combinado com art. 55, inciso III da Lei nº 8.666/93, *in verbis*:

[...] não obstante fundamentarem-se na cláusula *rebus sic stan-*

9 LIMA, Solange Afonso de. **Função econômica e social do contrato administrativo: equilíbrio econômico-financeiro**. *Op. Cit.* Como bem demonstra a dissertação de mestrado da Dra. Solange, não é exclusividade do Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos a guarda infraconstitucional do equilíbrio econômico financeiro, estando presente, também em leis, a exemplo das Leis 8.987/95; 9069/95; 9074/95; 10.192/01, bem como em Decretos Federais, como o D. 1.054/94 e 2.271/97 e outras normas, das quais a mais importante para o nosso trabalho: IN MP nº 02/08.

10 MENDES, Renato Geraldo. **Lei de Licitações e Contratos Anotada** – Notas e Comentários à Lei nº 8.666/93. 8.ed. Curitiba: Zênite, 2011.pp. 653-654.

tibus, tratam-se revisão e reajuste de medidas diferentes no que tange a contratos administrativos. A revisão é consequência da teoria da imprevisão, tendo lugar quando a interferência causadora da quebra do equilíbrio econômico-financeiro consista em um fato imprevisível ou previsível de consequências incalculáveis, anormal e extraordinário (geada no sertão nordestino, incêndios, enchentes etc.). Sendo imprevisível é lógico que tal fato não está previsto no contrato [...]. O Reajuste, por sua vez, tem lugar em decorrência da instabilidade econômica e da consequente variação de preços de bens, serviços ou salários [...]. Assim tendo em vista a previsibilidade da inflação e da elevação dos bens, serviços e salários, não se aplica, *in casu*, a teoria da imprevisão[...]. O Reajustamento, ao contrário, como disse o saudoso Hely Lopes Meirelles, 'é conduta contratual autorizada por lei para corrigir os efeitos ruinosos da inflação. Não é decorrência da imprevisão das partes, ao contrário, é previsão de uma outra realidade existente, diante da qual o legislador pátrio institucionalizou o reajustamento dos valores contratuais'. O fundamento legal da revisão contratual acha-se no art. 65, inc. II, alínea "d" e §§ 6º da Lei nº 8.666/93; ao passo que o do reajustamento encontra-se no art. 55, inc. III, e art. 65, § 8º do mesmo diploma legal.

Ao presente estudo interessa a elevação dos encargos trabalhistas decorrentes de acordo, convenções ou dissídios coletivos de trabalho, cujo equilíbrio se alcança através do reajustamento, na espécie repactuação de preços, como se demonstrará adiante.

3 A REPACTUAÇÃO DE PREÇOS COMO INSTRUMENTO DO REEQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE SERVIÇOS CONTINUADOS

Para instrumentalizar o equilíbrio entre encargo e remuneração e restabelecer o equilíbrio econômico financeiro dos contratos, foram criados os institutos da revisão, reajuste e da repactuação de preços.

A revisão se aplica a situações excepcionais e imprevisas que elevem ou diminuam consideravelmente os valores inicialmente pactuados. O reajuste é utilizado para atualizar automaticamente os valores contratuais, de acordo com índices setoriais, indexadores de preços relacionados à reposi-

ção de inflação em relação a prestações específicas. A repactuação de preços aplica-se especificamente aos contratos de prestação de serviços contínuos, para adaptar os encargos financeiros às imposições trabalhistas decorrentes de acordos e convenções de trabalho.

A figura da repactuação pode guardar semelhanças com a revisão e com o reajuste, no primeiro caso por considerar variações de custo efetivamente experimentadas pelo contratado; no segundo caso pela periodicidade anual.

Contudo, afasta-se da revisão por não se referir a evento extraordinário. É perfeitamente previsível a ocorrência de acordos e convenções de trabalho anualmente, apesar do impacto não poder ser previamente determinado.

Afasta-se da figura do reajuste porque este é automático, enquanto na repactuação os impactos são analisados particularmente em cada acordo ou convenção, através da avaliação analítica dos itens que compõem os custos e que, ao final, podem resultar em valores inferiores aos decorrentes de índices de indexadores.

De acordo com Justen Filho (2009, p. 763)¹¹, a repactuação de preços sagrou-se como instrumento exclusivo para os casos de prorrogação de contratos contínuos, previsto no art. 57, II da Lei nº 8.666/93¹² porque sua metodologia tende a evitar maior onerosidade aos cofres públicos, com a análise detalhada ao invés do automatismo dos indexadores.

Assim, como veremos adiante, verificada a ocorrência do evento futuro que ensejou da repactuação de preços, qual seja, acordo, convenção ou dissídio coletivo, o sujeito do direito deverá apresentar requerimento à Administração, instruído com cópia do instrumento coletivo definidor dos percentuais de alteração e de planilha de preços individualiza, demonstrando a onerosidade desequilibradora das condições estabelecida na contratação para que, confirmada pela Administração, gere a reposição das perdas mediante termo de apostilamento, em regra.

4 PRESSUPOSTOS E REQUISITOS PARA A REPACTUAÇÃO DE PREÇOS

11 JUSTEN FILHO. Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. Op. Cit. p. 763.

12 BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Op. cit. Art. 57. A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos: [...] II - à prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que poderão ter a sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração, limitada a sessenta meses.

Como visto acima, o direito à repactuação de preços para reequilibrar a equação econômico financeira dos contratos administrativos encontra embasamento legal de raiz constitucional, contudo, apresenta requisitos de ordem regulamentar imprescindíveis à sua obtenção, no âmbito federal, estes requisitos estão no Decreto Federal nº 2.271 de 7 de julho de 1997, que dispõe sobre a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, bem como na Instrução Normativa nº 02, do Ministério do Planejamento, de 30 de abril de 2008.

Ressalte-se que os efeitos jurídicos destas normas são obrigatórios apenas para os órgãos federais, cabendo aos Estados e Municípios editarem seu próprio regulamento. Contudo, são muito utilizados como fonte secundária do Direito em razão da omissão normativa naqueles entes.

Utilizando o critério cronológico apresentamos as determinações normativas, começando pelo Decreto 2.271/97. Pela leitura do art. 5º do referido Decreto, a repactuação, se apresenta como o instrumento adequado ao reequilíbrio dos preços nos contratos administrativos de serviços continuados com mão de obra exclusiva, acrescentando a necessidade de previsão editalícia e da observação ao princípio da anualidade, além da demonstração analítica da variação dos componentes dos custos dos contratos¹³.

Resumidamente, podemos considerar como elementos essenciais ao direito de repactuação, enquanto evento futuro de previsto no Edital e no contrato, a presença do evento modificador da equação econômico financeira, acordo, convenção ou dissídio, a apresentação de requerimento por parte do interessado, dirigido ao contratante, munido de cópia do instrumento alterador da equação, acompanhado de planilhas que demonstrem a variação analítica dos elementos que compõem o custo do contrato e o respeito o intervalo de um ano.

Imperioso esmiuçar-se sobre a questão da anualidade e sobre seus parâmetros e paradigmas para o seu cálculo.

13 BRASIL. **Decreto Federal nº 2.271**, de 07 de julho de 1997. Publicado no D.O.U. de 08/07/1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2271.htm>. Acesso em: 02-out-2010. [...] Art. 4º É vedada a inclusão de disposições nos instrumentos contratuais que permitam: I - indexação de preços por índices gerais, setoriais ou que reflitam a variação de custos; [...] Art. 5º Os contratos de que trata este Decreto, que tenham por objeto a prestação de serviços executados de forma contínua poderão, desde que previsto no edital, admitir repactuação visando a adequação aos novos preços de mercado, observados o interregno mínimo de um ano e a demonstração analítica da variação dos componentes dos custos do contrato, devidamente justificada.

5 O TERMO A QUO DO DIREITO À REPACTUAÇÃO

É muito comum encontrar na doutrina, confirmada pela jurisprudência, a indicação de que a contagem da anualidade para efeitos de concessão do direito de repactuação dos contratos administrativos não leva em consideração a data da assinatura do contrato, mas sim a data da apresentação da proposta, momento em que a contratada declarou a contraprestação atribuída para o encargo imposto pelo contratante, ou a “data do orçamento a que esta proposta se referir”¹⁴.

Contudo, para qualquer neófito, mesmo que egressos de outras áreas do direito, as indicações do parágrafo acima significam muito pouco. Daí a intenção clara do presente trabalho de tentar desanuviar a expressão para clarificar seu entendimento.

Assim, quando se deparar com a expressão “data do orçamento a que a proposta se referir”¹⁵ o leitor poderá considerar, nos contratos de prestação de serviços continuados com mão-de-obra exclusiva, a data a que a convenção, acordo ou dissídio remeter os efeitos financeiros referentes à respectiva categoria profissional empregada exclusivamente na execução dos serviços contínuos contratados.

Mas ainda restam questionamentos de ordem prática que merecem esclarecimentos. No dia-a-dia das atividades burocráticas administrativistas, apresentam-se as seguintes questões: em se tratando de primeiras repactuações, advindas, por exemplo, de convenções coletivas registradas a menos de um ano da data de apresentação da proposta, restaria afastado o direito à repactuação por não haver completado um ano da data de sua apresentação? Outra questão seria a seguinte, havendo a concretização de uma repactuação, mediante termo aditivo, estaria a repactuação seguinte condicionada à anualidade a contar da assinatura deste aditivo?

A resposta para a primeira questão é não. Havendo convenção registrada a menos de um ano da data da apresentação da proposta, considerar-se-á como termo *a quo*, não a data de sua apresentação ao contratante, ou do registro da mesma no MTE, mas sim a data que o instrumento atribui aos seus efeitos, para aludidos direitos, que pode ser, inclusive, retroativa à data-base

14 BRASIL. Decreto Federal nº 2.271, Op. Cit., Art. 38, II.

15 BRASIL. Decreto Federal nº 2.271, Op. Cit., Art. 38, II.

da categoria, será este o termo a *quo*.

A partir de então, respondendo o segundo questionamento, a verificação da anualidade, nas repactuações seguintes, passa a considerar não a data do aditivo que formalizou a repactuação de preços anterior, mas sim, mais uma vez, data que o instrumento atribui aos seus efeitos¹⁶.

Estas respostas encontram fundamento no anteriormente citado Decreto nº 2.271/97, art. 5º, e, primordialmente, na IN MP nº 02/2008, artigos 37 a 41¹⁷. O Decreto vem especificar de modo esclarecedor como se deve fazer a contagem do prazo para a verificação da anualidade.

A IN MP nº 02/2008, descreve no art. 38 que o interregno mínimo de uma ano, para os casos de primeiras repactuações, serão contados de dois modos, a partir da data limite para apresentação das propostas constante do instrumento convocatório (aplicável para contratos de prestação de serviços contínuos, mas sem mão de obra exclusiva); ou a data do acordo, convenção ou dissídio coletivo de trabalho ou equivalente, vigente à época da apresentação da proposta, quando a maior parcela do custo da contratação for decorrente de mão-de-obra e estiver vinculado às datas-base dos instrumentos¹⁸.

No artigo seguinte arremata determinando que, nas repactuações subsequentes à primeira, a anualidade será contada a partir da data do fato gerador que deu ensejo à última repactuação, assim entendido como a data a partir da qual os efeitos da última repactuação passaram a valer. Tal entendimento pode ser observado também no Parecer AGU-JT já citado, bem como

16 Este é o entendimento esposado pelo Tribunal de Contas da União – TCU e pela Advocacia Geral da União – AGU:

BRASIL. Advocacia Geral da União. **Parecer nº TJ 02**. Exarado no Processo nº 00400.010482/2008-69. Interessado: Tribunal de Contas da União. Assunto: Repactuação como espécie de reajustamento - Termo a quo do prazo de um ano para requerer a repactuação - efeitos financeiros da repactuação - termo final para requerer a repactuação. Autor: Juliana Helena Takaoka Bernardino. Brasília: 02 de outubro de 2008. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/sistemas/site/PaginasInternas/NormasInternas/AtoDetalhado.aspx?idAto=188318>>. Acesso em: 03-out-2012

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1563/2004 - Plenário**. Ministro Relator: Augusto Scherman Cavalcanti. 06 de outubro de 2004. Boletim TCU 40/2004. Sessão 06/10/2004. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=5&doc=1&dpp=20&p=0>>. Consulta em 04-out-2012.

17 BRASIL. Ministério do Planejamento. **IN nº 02**, de 30.04.2008. Dispõe sobre regras e diretrizes para a contratação de serviços, continuados ou não. Disponível em: <<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/38/MPOG/2008/2.htm>>. Consulta em 04-out-2012.

18 *Op.cit.* Art. 38.

em orientação normativas internas expedidas pelo mesmo órgão¹⁹.

Superada a determinação do termo a quo, impende passarmos ao ponto central deste trabalho, a imposição do TCU e AGU para a determinação do termo *ad quem* para exercício do direito à repactuação de preços através do emprego do instituto da preclusão lógica.

6 O INSTITUTO DA PRECLUSÃO LÓGICA - CONSTRUÇÃO DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL DO TCU E AGU

Após perpassarmos o caminho necessário para se chegar a uma compreensão razoável sobre o reequilíbrio dos contratos administrativos, na modalidade repactuação de preços, podemos finalmente compreender como se dá a preclusão lógica de tal direito, de acordo com o entendimento exarado pelo TCU, confirmado pela AGU, que servem de fundamento para tal exigência na prática contratual administrativista.

Para entendermos esta questão dois documentos apresentam fundamental importância, são eles o anteriormente citado Parecer AGU TJ 02 e Acórdão TCU- Plenário nº 1828/2008²⁰. Sem adentrarmos ao mister da prescrição ou decadência propriamente dita, abordaremos diretamente as razões apresentadas nos instrumentos supracitados.

O Tribunal de Contas da União analisou processo no qual a AGU se manifestou favorável à repactuação cujo direito nasceu em período anterior à vigência na qual fora requerido, a análise culminou no paradigmático Acórdão 1828, de 27 de agosto de 2008. Ali, pela primeira vez suscitou-se a limitação temporal do exercício de tal direito²¹.

Para o Ministro Relator, Benjamin Zymler, com escopo na fundamentação apresentada pelo Ministro Revisor, Aroldo Cedraz, apesar de expressar

19 _____ .Advocacia Geral da União. **Parecer nº TJ 02**. *Op. Cit.*

_____ .Advocacia Geral da União. **Orientação Normativa nº 23**, de 01 de abril de 2009.

_____ .Advocacia Geral da União. **Orientação Normativa nº 24**, de 01 de abril de 2009.

_____ .Advocacia Geral da União. **Orientação Normativa nº 25**, de 01 de abril de 2009.

_____ .Advocacia Geral da União. **Orientação Normativa nº 26**, de 01 de abril de 2009. Disponíveis

em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/PaginasInternas/NormasInternas/ListarAtos.aspx?TIPO_FILTRO=Orientacao>. Acesso em: 30-nov-2013.

20 BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1828/2004 - Plenário**. Ministro Relator: Benjamin Zymler. Ata 34/2008 – Plenário. Sessão 27/08/2008. Aprovação 28/08/2008. DOU 29/08/2008. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=3&doc=1&dpp=20&p=0>>. Consulta em 04-out-2012.

21 _____ .Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1828/2004 - Plenário**. *Op. Cit.*

direito previsto em lei, com fundamento constitucional, a repactuação é um direito disponível, passível de preclusão, devendo ser pleiteada por seu detentor até a data da prorrogação contratual subsequente, sob pena de precluir de seu direito de repactuar²².

Para o Ministro Cedraz, a definição de parâmetro objetivo para determinar o prazo razoável no qual se poderia pleitear o direito à repactuação se mostrava imprescindível para afastar distorções e tratamentos anti-isonômicos, com o emprego de prazos definidos por aspectos subjetivos, o parâmetro objetivo evitaria, inclusive, consequências danosas aos cofres públicos²³.

Assim, adotando a fundamentação do revisor, o relator concluiu que o direito de pleitear as repactuações havidas durante uma vigência contratual terá como prazo fatal a data do encerramento deste contrato ou, quando for o caso, data de prorrogação contratual²⁴.

Em seu parecer, a Advocacia Geral da União cita que, analisado de forma abstrata, vez que nascido o direito de repactuação apenas o decurso do prazo prescricional, poderia extinguir a pretensão do contratado e, este prazo seria de 5 (cinco) anos. Contudo, a seguir, colaciona a fundamentação do Ministro Zymler no Acórdão supracitado, e acrescenta que, ao se firmar termo aditivo de prorrogação, constitui-se novo contrato, ainda que com cláusulas e condições similares às constantes do contrato extinto²⁵.

Nesta linha de raciocínio o Parecer AGU expressa que todos os contratos, inclusive seus aditivos, possuem prazo de vigência determinada e “todos os efeitos deles decorrentes devem advir deste período em que se encontrava vigorando”, após o quê “conforme decidiu a Corte de Contas, houve preclusão lógica do direito consubstanciado na prática de ato incompatível com outro anteriormente praticado”²⁶.

Estes entendimentos foram incorporados à IN MP nº 02/08, expressa no parágrafo 7º, do art. 40, com redação incluída pela IN MP nº 3, de 15/11/2009, nos seguintes termos: “As repactuações a que o contratado fizer jus e não forem solicitadas durante a vigência do contrato, serão objeto de preclusão com a assinatura da prorrogação contratual ou com o encerramen-

22 *Idem*

23 BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1828/2004 - Plenário**. *Op. Cit.*

24 *Idem*

25 _____, Advocacia Geral da União. **Parecer nº TJ 02**. *Op. Cit.*

26 *Idem*

to do contrato”²⁷.

Por fim, colacionamos a fundamentação da nobre parecerista, utilizando-a como desfecho para a compreensão do emprego do instituto da preclusão lógica ao direito de repactuação: “A preclusão é a perda da faculdade de praticar ato em razão da prática de outro ato incompatível com aquele que se pretenda exercer. Trata-se de fenômeno processual, que acaba por interferir no direito material da parte”²⁸.

7 CONCLUSÃO

Embora seja ponto pacífico na doutrina e jurisprudência, o direito à repactuação de preços nos contratos administrativos de prestação de serviços continuados decorrentes de eventos que alterem a equivalência entre encargo e remuneração inicialmente estabelecidos, tal direito deve ser requerido dentro do prazo de vigência do contrato onde se deu seu fato gerador, assim compreendido entre a data do início da vigência das alterações apresentadas no acordo, convenção ou dissídio coletivo até a data final do período de vigência contratual correspondente.

Se, por acaso, o acordo, convenção ou dissídio atrasar a ponto de não ser registrado até a data do encerramento ou prorrogação do período em que se encontrar a vigência do contrato, o detentor do direito deverá resguardar este direito, manifestando expressamente, antes do encerramento ou renovação de sua vigência, mediante requerimento escrito, sua intenção de exercê-lo tão logo o instrumento coletivo seja formalizado, momento no qual apresentará sua cópia, bem como as planilhas demonstrativas das elevações de custo. Assim, seu direito restará assegurado.

De acordo com a fundamentação apresentada, ao deixar de manifestar, em requerimento formal e escrito, na mesma vigência em que se deu fato gerador da majoração de custos, o desejo de formalizar repactuação de preços para equilibrar a contraprestação apresentada na proposta, o contratado incorrerá, em preclusão lógica do seu direito de repactuação.

27 BRASIL. Ministério do Planejamento. **IN MPOG nº 03, de 15.10.2009**. Publicada no DOU de 16.10.2009. Altera a Instrução Normativa nº 02, de 30 de abril de 2008. Disponível em: <<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/38/MPOG/2009/3.htm>>. Acesso em 04-out-2012.

28 _____ . Advocacia Geral da União. **Parecer nº TJ 02**. *Op. Cit.*

REFERÊNCIAS

BRASIL. Advocacia Geral da União. **Orientação Normativa nº 23**, de 01 de abril de 2009. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/PaginasInternas/NormasInternas/ListarAtos.aspx?TIPO_FILTRO=Orientacao>. Acesso em: 30-nov-2013.

_____. Advocacia Geral da União. **Orientação Normativa nº 24**, de 01 de abril de 2009. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/PaginasInternas/NormasInternas/ListarAtos.aspx?TIPO_FILTRO=Orientacao>. Acesso em: 30-nov-2013.

_____. Advocacia Geral da União. **Orientação Normativa nº 25**, de 01 de abril de 2009. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/PaginasInternas/NormasInternas/ListarAtos.aspx?TIPO_FILTRO=Orientacao>. Acesso em: 30-nov-2013.

_____. Advocacia Geral da União. **Orientação Normativa nº 26**, de 01 de abril de 2009. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/PaginasInternas/NormasInternas/ListarAtos.aspx?TIPO_FILTRO=Orientacao>. Acesso em: 30-nov-2013.

_____. Advocacia Geral da União. **Parecer nº TJ 02**. Exarado no Processo nº 00400.010482/2008-69. Interessado: Tribunal de Contas da União. Assunto: Repactuação como espécie de reajustamento - Termo a quo do prazo de um ano para requerer a repactuação - efeitos financeiros da repactuação - termo final para requerer a repactuação. Autor: Juliana Helena Takaoka Bernardino. Brasília: 02 de outubro de 2008. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/sistemas/site/PaginasInternas/NormasInternas/Ato-Detalhado.aspx?idAto=188318>>. Acesso em: 03-out-2012

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Consulta em 02/10/2012>. Consulta em 02-out-2012.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Consulta em 02-out-2012.

_____. **Decreto Federal nº 2.271**, de 07 de julho de 1997. Publicado no D.O.U. de 08/07/1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2271.htm>. Acesso em: 02-out-2010.

_____. **Instrução Normativa MPOG nº 2**, de 30 de abril de 2008 – DOU de 23/05/2008 – alterado. Dispõe sobre regras e diretrizes para a contratação de serviços, continuados ou não. Disponível em: <<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/38/MPOG/2008/2.htm>>. Consulta realizada em: 01/10/2012.

_____. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 02-out-2012.

_____. **IN MPOG nº 03**, de 15.10.2009. Publicada no DOU de 16.10.2009. Altera a Instrução Normativa nº 02, de 30 de abril de 2008. Disponível em: <<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/38/MPOG/2009/3.htm>>. Acesso em 04-out-2012.

_____. **IN MPOG nº 02**, de 30.04.2008. Dispõe sobre regras e diretrizes para a contratação de serviços, continuados ou não. Disponível em: <<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/38/MPOG/2008/2.htm>>. Acesso em 04-out-2012.

_____. Ministério do Trabalho e Emprego. **Convenção Coletiva de Trabalho – CCT nº CE000254/2012**. Disponível em <<http://www3.mte.gov.br/internet/mediador/relatorios/ImprimirICXML.asp?NRRequerimento=MR010820/2012>>. Consulta realizada em 01-out-2012.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1563/2004**

- **Plenário.** Ministro Relator: Augusto Scherman Cavalcanti. 06 de outubro de 2004. Boletim TCU 40/2004. Sessão 06/10/2004. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=5&doc=1&dpp=20&p=0>>. Consulta em 04-out-2012.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1828/2004 - Plenário. Ministro Relator: Benjamin Zymler. Ata 34/2008 – Plenário. Sessão 27/08/2008. Aprovação 28/08/2008. DOU 29/08/2008. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=3&doc=1&dpp=20&p=0>>. Consulta em 04-out-2012.

JUSTEN FILHO. Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos.** 13 ed. São Paulo: Dialética, 2009.

LIMA, Solange Afonso de. **Função econômica e social do contrato administrativo: equilíbrio econômico-financeiro.** 2010. 139 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2010. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_arquivos/1/TDE-2010-05-14T152220Z-1417/Publico/Solange.pdf>. Consulta em: 02-out-2012.

MENDES. Renato Geraldo. **Lei de Licitações e Contratos Anotada – Notas e Comentários à Lei nº 8.666/93.** 8.ed. Curitiba: Zênite, 2011.

A Importância do Plano Plurianual Participativo na Gestão Pública

The importance of the Participatory Multi-Year Plan in Public Management

Wilson Rodrigues Ferreira Filho¹

RESUMO

A cada dia a sociedade brasileira vem ultrapassando antigos obstáculos no que tange à participação popular na administração da coisa pública, ganhando mais espaço nas decisões importantes dos governos, seja federal, estadual ou municipal. Como exemplo, temos as iniciativas dos três entes federados em implantarem em suas administrações o chamado Plano Plurianual Participativo (PPA-P), ideia já adotada em vários governos pelo País, que vem dando resultados positivos em busca de uma nova cara para a gestão pública.

Neste trabalho busca-se demonstrar a importância do PPA Participativo Brasileiro, mostrando como a União, os Estados e os municípios brasileiros estão trabalhando esse processo com a sociedade, partindo da premissa de que a população e os demais segmentos sociais devem colaborar para a construção de uma gestão pública eficiente, que esteja mais próxima dos anseios da coletividade.

Palavras-Chave: Orçamento Participativo. Planejamento Governamental. Plano Plurianual.

ABSTRACT

Every day, the Brazilian society is overcoming old obstacles with regard to public participation in the administration of public things, gaining more space in all the important decisions of governments: whether federal, state or municipal. In example, we have the initiatives of the three federated agencies, deploying in their administrations the called Participatory Multi-Year Plan (PPA-P), an idea already adopted in most of the governments through Country, which has given positive results in demand of a new face to public manage-

¹ Bacharel em Ciências Contábeis pela Universidade Federal do Maranhão. Especialista em Gestão Pública pela Universidade Federal do Maranhão. Servidor do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão – TJMA. E-mail: wil.ferreira.06@gmail.com

ment. This work seeks to demonstrate the importance of Brazilian Participatory PPA, showing how the Union, states and municipalities are developing this process with society, based on the premise that people and other social segments should work together to build an efficient public management, which is closer to the collectivity needs.

Keywords: Participatory Budgeting. Government Planning. Multi-Year Plan.

1 INTRODUÇÃO

A participação popular nas decisões políticas do País, há décadas negada ao povo brasileiro, sem direito legítimo a uma parcela de contribuição no que tange à construção das políticas públicas necessárias ao seu desenvolvimento, vem, gradativamente, galgando novos espaços, principalmente nos últimos anos, mais precisamente no planejamento governamental. O cidadão em geral necessitava ser ouvido, sobre quando, onde e como utilizar os recursos públicos, auxiliando os governos, independente da esfera, a fim de ter o seu direito respeitado, de participar ativamente do processo orçamentário brasileiro. Afinal de contas, todos somos cidadãos, e como contribuintes, temos o dever e o direito de fiscalizar os recursos públicos, onde as políticas públicas possam ser implementadas de forma eficiente, e para isso, a população deve opinar, para a construção de uma sociedade mais feliz.

Há algumas décadas, falou-se muito sobre Orçamento Participativo, um mecanismo governamental de democracia participativa que permite aos cidadãos decidir ou influenciar sobre os orçamentos públicos, com a participação da comunidade, retirando-se parte do poder de uma elite burocrática e repassando-o diretamente para a sociedade.

Hoje em dia, modernamente, fala-se muito em Plano Plurianual Participativo (PPP) ou PPA Participativo, o qual visa à melhoria da gestão participativa. Prova disso, é o que se vê em algumas administrações públicas pelo País.

Conhecendo bem sua eficácia, levanta-se a seguinte problematização: a União, os Estados e municípios brasileiros estão empenhados em implementar em suas gestões o chamado Plano Plurianual Participativo?

Neste artigo será feita uma análise sobre a origem do PPA - Plano Plu-

rianual, previsto na Carta Magna, além de aspectos importantes da LRF – Lei de Responsabilidade Fiscal, onde ambos os instrumentos legais serviram como base para o PPA Participativo. Na sequência, discute-se sobre a relação entre Orçamento Participativo e PPA Participativo (PPA-P) e sobre as experiências do PPA Participativo, no Governo Federal, e em alguns Estados da Região Nordeste, Sudeste e Sul do País, demonstrando de que forma estas administrações estão lidando com essa temática.

O objetivo deste artigo é chamar a atenção da sociedade para a importância da fiscalização popular sobre os gastos públicos e como a União, os Estados e os municípios brasileiros estão tratando o Plano Plurianual Participativo em suas gestões.

2 PLANO PLURIANUAL – CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Previsto no artigo 165 da Constituição Federal, e regulamentado pelo Decreto 2.829, de 29 de outubro de 1998, o Plano Plurianual, ou PPA, estabelece as medidas, gastos e objetivos a serem seguidos pelo Governo Federal, Estadual ou Municipal ao longo de um período de quatro anos. O PPA não avalia simplesmente o orçamento, importante frisar. Ele busca elencar as prioridades de cada região, que podem ser viabilizadas por meio de outros recursos, como repasses de outras esferas de governo ou até captações internacionais.

O Plano Plurianual ou PPA, é um plano aprovado por lei quadrienal, sujeita a prazos e ritos diferenciados de tramitação. Tem vigência do segundo ano de um mandato do Presidente da República, do Governador ou do Prefeito, até o final do primeiro ano do mandato seguinte respectivo. Tal plano prevê a atuação do governo durante o período mencionado, em programas de duração continuada já instituídos ou a instituir no médio prazo (BRASIL, 1988).

De acordo com o art. 165, § 1º da Constituição Federal de 1988:

A lei que instituir o plano plurianual estabelecerá, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada. (BRASIL, 1988).

Segundo Xavier (2001, p.22): “[...] o Plano Plurianual passa a ser o instrumento que irá verificar a compatibilidade com todas as Leis de Diretrizes Orçamentárias e Leis Orçamentárias Anuais.”

No que tange à participação popular, a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n.º 101/2000) estabelece regras que incluem os planos orçamentários, em seu artigo 48:

São instrumentos de transparência na gestão fiscal, aos quais será dada ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público: os planos, orçamentos e leis de diretrizes orçamentárias; as prestações de contas e o respectivo parecer prévio; o Relatório Resumido de Execução Orçamentária e o Relatório de Gestão Fiscal; e as versões simplificadas desses documentos.

Parágrafo único. A transparência será assegurada também mediante:

I – incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentárias; (...). (MARTINS; NASCIMENTO, 2012, P.394).

3 ORÇAMENTO PARTICIPATIVO E PPA PARTICIPATIVO (PPA-P)

O Orçamento Participativo (OP) é considerado uma ferramenta governamental de democracia participativa que tem por objetivo influenciar e estimular os cidadãos a apresentarem sugestões ou até mesmo decidirem sobre os orçamentos públicos.

A participação da comunidade costuma contar com assembleias abertas e periódicas e etapas de negociação direta com o governo. No Orçamento Participativo retira-se parte do poder de uma elite burocrática repassando-o diretamente para a sociedade, onde esta passou a ocupar espaços que antes lhe eram negados. Segundo estudo, a implementação do Orçamento Participativo surgiu com a redemocratização e a promulgação da Constituição de 1988, quando foi estimulada a participação popular na definição de políticas governamentais, por intermédio da criação dos Conselhos Setoriais

de Políticas Públicas como espaços de controle social.

A Constituição Federal de 1988 em parte atendeu aos anseios populares por maior democracia e participação, com a criação de fóruns e conselhos nas três esferas do Poder para discutir e deliberar sobre políticas públicas e os recursos orçamentários, antes fortemente concentrados no Executivo Federal, conforme observam Farah (2010) e Abrúcio e Franzese (s/d). Com a promulgação da Constituição de 1988 também houve avanços em relação aos instrumentos de planejamento.

Nossa literatura que trata de experiências de democracia participativa, particularmente do Orçamento Participativo, indica que as primeiras tentativas ocorreram em Lages (SC) e Piracicaba (SP), entre meados dos anos 1970 e o início da década seguinte (SOUZA, 2001). A experiência de Orçamento Participativo que se consagrou e que é considerada ponto de partida em relação às iniciativas posteriores, no entanto, é a de Porto Alegre, em função da prolongada duração e do êxito alcançado, conforme atesta a prolífica literatura produzida desde então (FEDOZZI, 1998; AVRITZER, 2002; LUCHMANN, 2002; BOSI, 2007).

A implantação do Orçamento Participativo em nosso País foi possível graças à vontade popular e política, aliada às mudanças constitucionais, onde possibilitaram a viabilização desse Plano originalmente na cidade de Porto Alegre (RS), em 1989. Com esse exemplo, algum tempo depois, muitas prefeituras do Brasil e até de outros países adotaram a participação popular baseando-se no modelo de Porto Alegre (RS), como é o caso de Belém (Pará), Santo André (SP), Aracaju (Sergipe), Blumenau (SC), Recife (PE), Olinda (PE), Belo Horizonte (MG) Atibaia (SP), Guarulhos (SP), Mundo Novo (MS), Saint-Denis (França), Rosário (Argentina), Barcelona (Espanha), Toronto (Canadá) e Bruxelas (Bélgica), dentre outras. Essa experiência de participação popular está também presente hoje em capitais como Buenos Aires e Montevidéu (GUGLIANO, 2010). A disseminação dessas experiências participativas gerou o registro de experiências em países como a Bolívia (ORTUSTE, 1999), Equador (OJEDA, 1988), além de outras nações.

Entende-se que o PPA Participativo é uma ferramenta do próprio Orçamento Participativo, tendo raízes dentro deste, para democratização dos orçamentos públicos, culminando com a abertura social nesse processo de planejamento. Ou seja, o Plano Plurianual Participativo (PPA-P) representa o planejamento das ações do governo para o período de 04 (quatro) anos, com

diretrizes, objetivos e metas, só que agora, com a participação da sociedade civil organizada, sendo esta legitimada pela Carta Magna na elaboração da proposta orçamentária anual, na construção e implementação das políticas públicas nacionais.

4 EXPERIÊNCIAS DO PPA PARTICIPATIVO

4.1 Na União

O Governo Federal tentou colocar em prática o PPA Participativo durante o período 2004/2007 e 2008/2011, ou seja, durante o primeiro e o segundo mandato do Governo Lula, mas que, infelizmente, não surtiu efeito esperado pela sociedade, que mais uma vez ficou sem participar efetivamente da elaboração orçamentária nesses períodos, com resultados satisfatórios.

Com relação ao PPA 2008/2011, segundo avaliação do INESC²:

(...) as oportunidades de participação da sociedade no processo foram muito aquém do esperado, indicando que, no segundo mandato do presidente Lula, permanece a necessidade de implementar e assegurar o funcionamento de mecanismos que garantam uma participação social efetiva no momento em que o Estado elabora suas metas e planos para os gastos públicos. (Brasília, 2007).

Segundo estudos, naquela época, no âmbito do Legislativo, a Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização (CMO) do Congresso teve a iniciativa de discutir o Plano Plurianual 2008/2011 com organizações da sociedade civil, prometendo acatar com prioridade as sugestões apresentadas. Tal processo teve a participação ativa do INESC. O INESC acompanhou a realização dos oito seminários regionais promovidos pela CMO e participou do Seminário Nacional realizado em Brasília, na Câmara dos Deputados, em outubro de 2007. Durante o seminário, o INESC e o Fórum Bra-

2 INESC (Instituto de Estudos Socioeconômicos) - Organização que, desde 1992, numa iniciativa pioneira, vem trabalhando a questão do orçamento público porque vê nesse instrumento um meio fundamental para concretizar políticas públicas que visem reduzir as desigualdades sociais e garantir a plena realização de direitos humanos.

sil de Orçamento – FBO³ encaminharam proposta à CMO para que fossem institucionalizados mecanismos de participação social no orçamento.

Percebeu-se com o estudo que, infelizmente, a realização de audiências públicas ainda não é garantia de que a sociedade será ouvida ou terá voz. Inclusive, na prática, o processo de consulta ao PPA 2008/2011 coordenado pelo Parlamento revelou-se um momento que suscitou muitas críticas. Nos seminários regionais, parlamentares aproveitaram o espaço para prolongados discursos, reduzindo o tempo destinado às vozes da sociedade civil, dos movimentos sociais, das universidades e dos representantes dos bairros.

O INESC (2007) defende a institucionalização da metodologia de participação social, onde reivindica a real garantia de participação e declara que o processo deve ter regras claras que empoderem de fato a sociedade. A necessidade de institucionalizar a participação social deve ser contemplada tanto no âmbito do Legislativo quanto do Executivo.

A sociedade civil organizada brasileira vem travando várias lutas há bastante tempo, para formalizar sua participação no orçamento em todas as suas etapas. No PPA da União (2004/2007), o esforço de participação não conseguiu influenciar efetivamente o orçamento relativo ao primeiro mandato do Governo Lula. A história registrou, assim, que a intenção desse governo de realizar uma “escuta forte” para ouvir a sociedade resultou apenas em um “sussurro rouco”. (INESC, 2007).

Entretanto, após pesquisa sobre o assunto, entende-se que existiu na gestão da Excelentíssima Senhora Presidenta da República, Dilma Roussef, em seu primeiro mandato, uma disposição em atender essa antiga reivindicação social. Tal interesse foi notado em seu discurso de posse, que já sinalizava sua intenção em desenvolver no Brasil, a nível federal, o planejamento governamental participativo:

“(…) É importante lembrar que o destino de um País não se resume à ação de seu governo. Ele é o resultado do trabalho e da ação transformadora de todos os brasileiros e brasileiras. O Brasil do futuro será exatamente do tamanho daquilo que, juntos, fizermos por ele hoje. Do tamanho da participação de todos e de cada um: dos movimentos sociais, dos que labutam no cam-

3 O FBO é uma articulação composta por 56 organizações da sociedade civil brasileira, que tem como objetivo defender e garantir a aplicação dos recursos públicos nas políticas sociais, através da análise, do monitoramento e da criação de mecanismos de democratização do orçamento público federal.

po, dos profissionais liberais, dos trabalhadores e dos pequenos empreendedores, dos intelectuais, dos servidores públicos, dos empresários, das mulheres, dos negros, dos índios e dos jovens, de todos aqueles que lutam para superar distintas formas de discriminação.” (BRASIL, 2011).

O Plano Plurianual - PPA 2012-2015, segundo o Governo Federal, terá um amplo processo participativo, desde a sua fase de elaboração, e terá continuidade ao longo de sua vigência por meio da sua gestão, seu monitoramento e sua avaliação. O objetivo do diálogo com a sociedade e com os governos estaduais e municipais é tornar o Plano um importante instrumento de interação entre o Estado e o cidadão com vistas à efetividade das políticas públicas. (BRASIL, 2013).

O PPA 2012/2015 – denominado Plano Mais Brasil foi construído a partir de 3 fontes:

- a) definição dos Programas Temáticos e realização de oficinas de trabalho com todos os órgãos e entidades da Administração Pública Federal;
- b) a realização do Fórum Interconselhos; e
- c) o diálogo por região com Estados e municípios. (BRASIL, 2013).

Através do presente estudo, observou-se que, com o objetivo de iniciar o processo de participação social no âmbito da esfera federal, a Secretaria de Planejamento e Investimentos Estratégicos do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (SPI/MP) e a Secretaria-Geral da Presidência da República (SG/PR) elaboraram, em conjunto, como estratégia, uma forma de diálogo social com a sociedade civil organizada, permitindo que esta apresentasse suas recomendações e sugestões para a construção de um País melhor. Surge então a criação de um grande Fórum Interconselhos, de caráter consultivo, que contaria com a participação de representantes dos conselhos nacionais e de entidades representativas da sociedade. (BRASIL, 2013).

Conforme a pesquisa, inicialmente foi realizada reunião para sensibilizar os secretários executivos de todos os conselhos nacionais sobre a importância do processo e esclarecer de que forma a participação social seria inserida no PPA 2012-2015. Na sequência, a SG/PR e a SPI/MP participaram de reuniões preparatórias em 19 conselhos nacionais e três comissões para

esclarecer as principais dúvidas acerca do diálogo com a sociedade e aquelas concernentes ao novo modelo do Plano, às orientações estratégicas de governo e à proposta programática.

4.2 Rio Grande do Sul

O Estado do Rio Grande do Sul tornou-se o pioneiro brasileiro na iniciativa da participação social no orçamento, mais precisamente em sua capital, Porto Alegre, em 1989, adotando em suas gestões o PPA Participativo com o auxílio da população.

Segundo a pesquisa, de acordo com o Portal do Governo do Rio Grande do Sul, em matéria publicada em março de 2011, um total de 534 pessoas, entre participantes e autoridades, estiveram no Auditório Central da Universidade Federal do Rio Grande (FURG) para o debate do Plano Plurianual (PPA) Participativo na Região Sul. Na oportunidade, foram discutidas a potencialização das atividades decorrentes dos investimentos no Porto do Rio Grande do Sul e a preparação da região para os efeitos do crescimento da indústria naval, temas que dominaram os pronunciamentos e as preocupações de autoridades e da sociedade civil. (RIO GRANDE DO SUL, 2011).

Conforme estudo, as propostas apresentadas pela população, realizadas através de pronunciamentos públicos e encaminhamentos por escrito, trataram sobre políticas públicas referentes ao desenvolvimento urbano; programas preventivos à expansão do tráfico de drogas, assim como melhoria da estrutura de atendimento e tratamento dos usuários de drogas; políticas de saneamento básico; políticas de habitação e transporte, além de investimentos e hidrovias, aeroportos e em energia eólica, dentre outras. (RIO GRANDE DO SUL, 2011).

4.3 Prefeitura de Santo André/SP

Seguindo o exemplo pioneiro em Porto Alegre/RS, outras administrações pelo País atualmente já despertaram para o Planejamento Plurianual Participativo, como é o caso da Prefeitura de Santo André/SP.

Através da pesquisa, observou-se que até mesmo as regras para a ela-

boração dos orçamentos municipais são mais explícitas do que o processo no Governo Federal, pois o Estatuto das Cidades já prevê a participação social como condição indispensável para a sua aprovação.

Conforme matéria veiculada pela Secretaria de Comunicação da Prefeitura de Santo André/SP, a administração municipal lançou em 27 de abril de 2013, o início de uma série de reuniões para consolidar o Plano Plurianual (PPA) Participativo, retomando o diálogo social em conjunto com a sociedade de um projeto único e democrático, elencando as prioridades de cada região, tendo como principal objetivo daquela Prefeitura. (SÃO PAULO, 2013).

O calendário das plenárias por região foi organizado conforme a Tabela I abaixo, segundo pesquisa:

Setor	Data	Horário	Local
Conselhos Gestores	18/04 - 5ª feira	18h30	Salão de eventos Burle Marx 9º andar do Prédio do Executivo
Religiosos	19/04 - 6ª feira	18h30	
Universidades, Institutos de Pesquisa e Escolas Particulares	22/04 - 2ª feira	9h	
Entidades de Classes e ONGs	23/04 - 3ª feira	18h30	
Empresários	24/04 - 4ª feira	9h	
Sindicatos	25/04 - 5ª feira	9h	

Tabela I: Ato de lançamento PPA Participativo. (Fonte: Prefeitura de Santo André/SP)

A Prefeitura de Santo André/SP, ao fazer um balanço dos primeiros 100 dias de governo, destacou a importância daquele momento para abrir o debate com as comunidades sobre as prioridades, e ainda enfatizou:

“(...) ao invés de realizar um PPA elaborado por técnicos, optamos por implementar um diálogo com a sociedade, democratizando o processo. Melhor dialogar com 10 mil moradores do que com apenas 21 vereadores.” (SÃO PAULO, 2013).

Conforme pesquisa, a Secretaria de Orçamento e Planejamento de

Santo André, explica como será o planejamento dos trabalhos para o PPA 2014-2017:

(...) Iniciaremos o debate com reuniões setoriais. Com a ajuda de cada segmento, conseguiremos compreender as necessidades e apontar as prioridades. Cada plenária vai eleger um representante e um suplente. Somado ao mesmo número de representantes da Administração irão compor o Conselho Municipal de Orçamento. (SÃO PAULO, 2013).

4.4 Bahia

O Estado da Bahia, conforme pesquisa, pode ser considerado como grande representante do PPA Participativo na Região Nordeste. Conforme pesquisa realizada, em maio de 2011, foi encerrado um ciclo de 26 (vinte e seis) plenárias, referentes às consultas públicas do PPA Participativo, realizadas na Região Metropolitana de Salvador, do qual faz parte (10) dez municípios, ocasião em que toda a população baiana passou a estar representada para a elaboração do PPA 2012-2015 do Estado da Bahia. Representantes da sociedade civil organizada e dos governos do Estado e municipais reuniram-se em evento com cerca de 300 pessoas. (BAHIA, 2011).

Observou-se com a pesquisa, em (BAHIA, 2011), que foram discutidos os principais temas de interesse da população, envolvendo dificuldades e sugestões de solução para áreas como: saúde, educação, segurança, juventude, infraestrutura, entre outras. Essas discussões foram realizadas em salas separadas por temas e como resultado cada uma delas apresentou um documento com 15 prioridades por segmento, a fim de orientar o planejamento do Governo do Estado na elaboração das diretrizes para o período 2012-2015, segundo o estudo.

Com essa iniciativa, percebeu-se que o Governo da Bahia inovou ainda mais na participação social no processo do PPA-P, pois mesmo após o encerramento das plenárias acima referidas, o Estado ainda disponibilizou ao cidadão baiano a oportunidade de continuar dando suas sugestões até o final do mês de junho/2011, pela internet, no site do PPA, pelo telefone da Ouvidoria (0800-284-0011), ou pelos Serviços de Atendimento ao Consumidor (SACs) ou Centros Digitais de Cidadania (CDCs) em todo o

Estado, conforme BAHIA (2011).

4.5 Maranhão

O Estado do Maranhão, também seguindo o exemplo da União e de outros Estados, já trabalha com o Plano Plurianual Participativo. Exemplo disso é o atual PPA 2012-2015, onde as lideranças políticas do Maranhão tiveram a oportunidade de constatar o início do resultado do 11.º Seminário Regional de Lideranças, realizado entre os meses de maio e agosto de 2011 em todo o Estado, de acordo com a Secretaria de Planejamento, Orçamento e Gestão – SEPLAN/MA. As demandas incluídas no PPA caracterizam-se sob uma nova ótica administrativa: a participação efetiva da sociedade na formulação das prioridades dos 217 municípios ouvidos durante os 11 Seminários.

Segundo a SEPLAN/MA, o PPA 2012-2015 do Estado do Maranhão foi elaborado a partir de 15 macrodiretrizes estabelecidas pelo governo, entre elas, a erradicação da pobreza, o ensino de qualidade, universalização da saúde, erradicação do analfabetismo, reestruturação da segurança pública (MARANHÃO, 2013).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo deste trabalho, buscou-se disseminar o entendimento sobre como a União, os Estados e os municípios brasileiros estão lidando com a participação popular no processo de planejamento de suas políticas públicas e suas prioridades de Governo, tema conhecido atualmente como Plano Plurianual Participativo, ou PPA Participativo.

Observou-se que nunca o Brasil deu tanto valor à participação popular no processo de planejamento governamental quanto nos últimos anos, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988. Mesmo que seja a passos lentos, percebe-se que o País começou a reconhecer que sem a participação popular nesse processo, as políticas públicas ficam difíceis de serem construídas e colocadas em prática, com eficácia e eficiência.

Conseguiu-se alcançar o objetivo deste trabalho, e responder a problematização levantada, ao se perceber ao longo deste artigo, que a União,

os Estados e os municípios brasileiros estão tratando o Plano Plurianual Participativo (PPP) em suas gestões para a melhoria da gestão pública, **de uma forma bem dinâmica**, como por exemplo, na União, ou seja, no Governo Federal, para a elaboração do PPA 2012-2015 (Plano Mais Brasil) foi criado o Fórum Interconselhos, além de ter uma grande contribuição da sociedade na construção desse Plano.

Soma-se a isso, o fato de que em alguns municípios brasileiros, já se implanta, há anos, a ideia do PPP em suas administrações, como na cidade de Santo André/SP, onde já se trabalha as propostas do PPA 2014-2017, com plenárias de discussão com Conselhos Gestores, religiosos, universidades, institutos de pesquisa e escolas particulares, entidades de classes e ONGs, empresários e sindicatos.

No Estado do Rio Grande do Sul, foram discutidas propostas importantes pela coletividade, tais como: desenvolvimento humano; programas preventivos à expansão do tráfico de drogas; melhorias do atendimento e tratamento do usuário de drogas; saneamento básico; habitação, transportes, etc.

Já no Estado da Bahia, o PPA 2012-2015 baiano teve como temas discutidos pela sociedade: saúde; educação; segurança; juventude; infraestrutura, etc., todos discutidos num ciclo de 26 (vinte e seis) palestras com o governo e a sociedade civil organizada. A Bahia também inovou, ao ampliar o processo de participação popular no planejamento governamental com a criação de canais de comunicação entre o governo e o povo, para ouvir as suas ideias, como mostrado anteriormente.

No Maranhão, o PPA 2012-2015, dividido em 15 macrodiretrizes, iniciativa inédita, foi discutido com a sociedade com diversos temas importantes, como: erradicação da pobreza, o ensino de qualidade, universalização da saúde, erradicação do analfabetismo, reestruturação da segurança pública, dentre vários outros temas. Todo esse trabalho foi discutido em 11 Seminários Regionais de Lideranças com representantes dos 217 municípios maranhenses, sendo catalogadas 2.377 demandas da sociedade.

Isso mostra que os entes federados estão tentando buscar uma integração maior com a sociedade no que tange ao planejamento governamental, aqui representado pelo PPP, respondendo-se o problema formulado neste artigo, e atingindo o seu objetivo.

Com o presente estudo, pode-se inferir que, ainda falta muito a ser feito em relação à participação popular no processo de elaboração e discussão dos

orçamentos públicos, apesar das iniciativas de alguns Estados e municípios e do próprio Governo Federal. Entende-se que é preciso criar novas ideias a serem discutidas pela sociedade e com os governos, como por exemplo, a título de sugestão, poderia ser a de se estabelecer, nas instâncias federal, estadual e municipal, mecanismos de consulta popular nas escolas, universidades, ONGs e demais representantes da sociedade civil organizada de todo o País. Outra ideia seria a de se criar um plebiscito nacional sobre o assunto, para se colocar o cidadão mais próximo da criação das políticas nacionais.

Com efeito, em discurso apelativo, faz-se um convite a toda a sociedade brasileira, para que faça uma reflexão sobre o tema, no intuito de se traçarem medidas de cooperação mútua, entre os diversos organismos da sociedade civil organizada, em prol de sua participação efetiva nos PPA's Participativos, nas três esferas de governo, para uma nova gestão pública, com maior controle social e transparência.

REFERÊNCIAS

ABRUCIO, Fernando; FRANZESE, Cibele. **Federalismo e políticas públicas**: o impacto das relações intergovernamentais no Brasil. Disponível em: <www.fgv.br/artigos>. Acesso em: 08 mar 2015.

ATA da 1a Reunião Ordinária do Conselho de Acompanhamento do Plano Plurianual. (CAPP). Secretaria do Planejamento, Salvador, 6 e 7 de julho de 2008a.

AVRITZER, Luciano. **O orçamento participativo e a teoria democrática: um balanço crítico**. 2002. Disponível em: <<http://www.democracia.org/files/LeonardoAvritzer-Oor%E7amentoparticipativoeateoriademocr%E1ticaumbalan%E7ocr%E1tico.pdf>> Acesso em: 03 mar 2015.

BAHIA, Secretaria do Planejamento. **Trinta e cinco anos de planejamento na Bahia**. Salvador: SEPLAN, 2006b. 148 p.

BAHIA. Secretaria de Planejamento. **PPA PARTICIPATIVO tem mais de oito mil sugestões** Salvador, 19 jun. 2007. Disponível em: <http://www.ppaparticipativo.ba.gov.br/noticias/19_06_2007.asp>. Acesso em: 15 mar

2015.

_____. Secretaria de Planejamento. **Caderno do PPA Participativo 2008-2011**. Salvador; SEPLAN, 2007b. 30p. Disponível em: < http://www.redereparte.org.br/arquivos/reparte08-10-2008_163525.pdf > >. Acesso em: 17 mar 2015.

BRASIL. Congresso Nacional. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1998**. Brasília: Senado Federal, 1998.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. **Plano Plurianual 2012-2015 – Plano Mais Brasil**. Disponível em: < <http://www.planejamento.gov.br> > >. Acesso em: 10 mar 2015.

BRASIL. **Lei n.º 4.320/64**, que estatui normas de Direito Financeiro para elaboração e controle dos Orçamentos e Balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br> > >. Acesso em: 02 mar 2015

BRASIL. **Lei Complementar n.º 101/2000**, que estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal. Disponível em: < <http://www.senado.gov.br> > >. Acesso em: 09 mar 2015

BOSI, José Alfredo. **Democracia participativa**: uma alternativa para novos desenhos institucionais. A experiência da área orçamentária. 2007. 114 p. Dissertação (Mestrado em Administração). Programa de Estudos Pós-Graduados em Administração, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.

DELGADO, Nelson; LEITE, Sérgio. **Gestão social e novas institucionalidades no âmbito da política de desenvolvimento territorial**. In: MIRANDA, Carlos; TIBÚRCIO, Breno. Políticas públicas, atores sociais e desenvolvimento territorial no Brasil. Brasília: IICA, 2011 (Série desenvolvimento rural sustentável; v. 14).

FARAH, Marta Ferreira Santos. Gestão Pública Municipal e Inovação

no Brasil. In: **Administração Pública no Brasil: breve história política**. Christina Andrews e Edison Bariani (Orgs). São Paulo: Editora Unifesp, 2010.

FEDOZZI, Luciano. **Esfera pública e cidadania: a experiência do Orçamento Participativo de Porto Alegre**. Ensaios FEE, Porto Alegre, v. 19, n. 2, p.236-271, 1998.

FIALHO, Rogério Correa. **O PPA no Rio Grande do Sul: da exigência legal ao instrumento de gestão**. Porto Alegre: Secretaria do Planejamento e Gestão, 2007. Disponível em: <http://www.seplag.rs.gov.br/conteudoPuro_lista.asp?ta=1&modo_exibicao=LISTA&cod_menu=455>. Acesso em: 10 mar 2015.

GOHN, Maria da Glória. **Teorias dos Movimentos Sociais: Paradigmas Clássicos e Contemporâneos**. São Paulo: Loyola, 2006.

FORTES, João. **A Lei de Responsabilidade Fiscal e seus impactos no Orçamento e na Contabilidade dos Estados e Municípios**. Brasília: Franco & Fortes, 2001.

GIACOMONI, James. **Orçamento Público**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1998;

GUGLIANO, Alfredo Alejandro. **Trajetórias dos orçamentos participativos: notas sobre os processos de Porto Alegre, Montevideú e Buenos Aires**. Ensaios FEE, Porto Alegre, v. 31, n. 1, p.187-208, ago. 2010. Disponível em: revistas.fee.tche.br/index.php/ensaios/article/download/2227/2756. Acessado em: 22 fev 2015.

INESC – Instituto de Estudos Socioeconômicos. **PPA 2008/2011: as prioridades do governo Lula** - Brasília, novembro 2007 - Ano VII - nº 13 – Disponível em: <<http://www.inesc.org.br/biblioteca/publicacoes/artigos/ARTIGO%20PPA%202008%202011.pdf>>. Acesso em: 20 fev 2015.

KOHAMA, Heilio. **Contabilidade Pública: teoria e prática**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2006;

LUCHMANN, Lígia. **Possibilidades e limites da democracia deliberativa**. A experiência do orçamento participativo de Porto Alegre. 2002. 863 p. Tese (Doutorado em Ciências Sociais). Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2002.

MARANHÃO. Secretaria de Planejamento, Orçamento e Gestão. **PPA 2012-2015**. Disponível em: <<http://www.seplan.ma.gov.br>>. Acesso em: 06 mar 2015.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Org.). **Comentários à Lei de responsabilidade fiscal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MOTTA, Carlos Pinto. **Responsabilidade Fiscal. Lei Complementar n.º 101/2000, de 04/05/2000**. ed. Revista e atualizada. São Paulo: Del Rey, 2000.

NASCIMENTO, Edson Ronaldo. **Entendendo a Lei de Responsabilidade Fiscal**. 2.ª ed. Atualizada. Tesouro Nacional, 2001;

NETO, João Régis. **Plano Plurianual Participativo**. Salvador: 4 ago. 2011. Informações verbais concedidas a André Silva Pomponet.

ORTUSTE, Gonzalo. La participación popular em Bolivia: hacia el desarrollo rural y ciudadano. **Cuadernos del CENDES** 16(40) enero-abril 1999 : 199-207. Disponível em: <http://biblioteca.cepal.org/search*spl>. Acesso em: 12 fev 2015.

OJEDA, Lautaro. **Políticas de bienestar social y participación popular en el Ecuador**. Quito: ILDIS, 1988. Disponível em: <http://biblioteca.cepal.org/search*spl>. Acesso em: 02 mar 2015.

POMPONET, André Silva. **Obstáculos institucionais à participação popular na administração Pública na Bahia**. V CONSAD - Congresso de Gestão Pública - Centro de Convenções Ulysses Guimarães Brasília/DF Disponível em: <<http://www.escoladegoverno.rn.gov.br/content/aplicacao/se>>

arh_eg/imprensa/pdf/153.pdf> .Acesso em: 05 mar 2015

RIO GRANDE DO SUL, Sistema Estadual de Participação Popular e Cidadã. Governo do Rio Grande do Sul. Disponível em: < <http://www.participa.rs.gov.br/>> .Acesso em: 09 mar 2015

SÃO PAULO, **Secretaria de Comunicação da Prefeitura de Santo André**. Disponível em <<http://www2.santoandre.sp.gov.br/>> .Acesso em: 15 mar 2015

SOBOTTKA, Emil. **Orçamento participativo conciliando direitos sociais de cidadania e legitimidade do governo**. Civitas, Porto Alegre, v. 4, n.1, p. 95-110, jan./jun. 2004.

SOUZA, Celina. **Construção e consolidação de instituições democráticas: papel do orçamento participativo**. São Paulo em Perspectiva, v.15, n. 4, São Paulo, 2001.

_____. **Orçamento participativo: as análises das experiências de Porto Alegre e Belo Horizonte**. In: Administração Pública no Brasil. Breve História Política. Christina W. Andrews e Edison Bariani (Orgs). São Paulo: Unifesp, 2010.

XAVIER, Zuleika Serafim. **Lei de Responsabilidade fiscal: uma administração consciente**. São Paulo. ed. CD, 2001.

WAINWRIGHT, Hillary. **Poder popular no século XXI**. São Paulo, Xamã, 2005.

Gerenciamento de Projetos no Âmbito do Controle Externo: Estudo de Caso no Tribunal de Contas do Estado do Ceará

Project management in the External Control scope: a case study at the Court of Accounts of the State of Ceará

José Auriço Oliveira¹
Erbia Freitas do Nascimento²

RESUMO

O gerenciamento de projetos exerce um papel imprescindível na transformação dos objetivos estratégicos das organizações em resultados. Gerenciar projetos corresponde a utilização de conhecimento, habilidades, ferramentas e técnicas para que seja possível o atendimento das expectativas das partes interessadas. O objetivo desse trabalho é caracterizar o gerenciamento de projetos no âmbito do controle externo. Para tanto, realizou-se no Tribunal de Contas do Estado do Ceará uma pesquisa exploratória, por meio de um estudo de caso, com abordagem qualitativa dos dados. Os resultados da pesquisa mostram que a gestão de projetos, aliada a uma metodologia de gerenciamento de projetos, proporciona a instituição um conjunto de padrões e práticas necessário para o alcance da efetividade na gestão de seus projetos e consequentemente para o atingimento dos resultados almejados, garantindo assim a excelência no exercício do Controle Externo.

Palavras-Chave: Gestão de Projetos. Metodologia. Controle Externo.

ABSTRACT

1 Mestre em Informática Aplicada pela Universidade de Fortaleza. Certificado Project Management Profissional (PMP). Certified Information Systems Auditor (CISA) pela ISACA. Certificado de Auditor Líder em Sistema de Gestão de Segurança da Informação ISO/IEC 27001. Professor Universitário na área de Tecnologia da Informação. Analista de Controle Externo e Assessor de Planejamento e Gestão do Tribunal de Contas do Estado do Ceará (TCE). E-mail: auricio@tce.ce.gov.br

2 Graduanda em Ciências Contábeis pela Faculdade Ateneu. Tecnóloga em Gestão Financeira pela Faculdade Ateneu. Estagiária da Assessoria de Planejamento e Gestão do Tribunal de Contas do Estado do Ceará. E-mail: erbiainrussas@hotmail.com

Project management plays an essential role in the transformation of the strategic objectives of the organizations results. Manage projects corresponds to the use of knowledge, skills, tools and techniques to be possible meet the expectations of stakeholders. The aim of this work is to characterize the project management in the external control area. Therefore, it was held at the Court of Accounts of the State of Ceará an exploratory research through a case study, with a data qualitative approach. The survey results show that the project management, combined with a project management methodology provides to the institution a set of standards and practices necessary to achieve effectiveness in the management of their projects and consequently for the attainment of the desired results, ensuring so excellence in the exercise of external control.

Keywords: Project Management. Methodology. External Control.

1 INTRODUÇÃO

O gerenciamento de projetos começou a ser tratado como área de conhecimento entre as décadas de 1950 e 1960, no entanto, sua utilização ocorre desde a antiguidade.

A utilização do gerenciamento de projetos em diversos setores da economia se deu a partir dos anos 70 e até hoje é usado por organizações de diferentes ramos de atividades, dentre elas as organizações públicas, exercendo um papel fundamental e de suma importância para transformar os objetivos dessas organizações em resultados, assim como adquirir a eficiência na gestão de projetos.

O uso das boas práticas em gerenciamento de projetos no setor público e em especial no âmbito do controle externo é recente, no entanto a exigência crescente dos cidadãos por serviços públicos de qualidade reforçam a importância desta prática em todas as esferas do poder público.

2 GERENCIAMENTO DE PROJETOS

O PMI, através do guia PMBOK (2013, p.03), apresenta projeto como sendo um “esforço temporário empreendido para criar um produto, serviço

ou resultado exclusivo.”

Para Maximiano (2009, p.04) “projeto é empreendimento temporário ou sequência temporária de atividades com começo, meio e fim programados; que tem por objetivo fornecer um produto singular; dentro de restrições orçamentárias.”

De acordo com Vargas (2005, p.07) podemos definir projeto como:

um empreendimento não repetitivo, caracterizado por uma sequência clara e lógica de eventos, com início, meio e fim, que se destina a atingir um objetivo claro e definido, sendo conduzido por pessoas dentro de parâmetros predefinidos de tempo, custo, recursos envolvidos e qualidade.

Kerzner (2006, p.15) define projeto como “um empreendimento com objetivo bem definido, que consome recursos e opera sob pressões de prazo, custos e qualidade”, ressaltando o fato de que cada projeto possui suas particularidades e restrições.

Tomando como base tais definições, o fato dos projetos serem temporários não significa dizer que eles tenham curta duração e sim que eles tem início e fim determinados, não se aplicando aos produtos ou serviços resultantes destes, tendo em vista que a maioria dos projetos criam resultados duradouros.

Um projeto de grande porte por mais complexo que seja, poderá ser subdividido em subprojetos que podem ser entendidos como divisões do projeto em componentes mais facilmente gerenciáveis (PMBOK, 2013).

Os subprojetos são responsáveis por uma pequena parte do projeto total ou por fases extremamente específicas do projeto. Um subprojeto não tem sentido se tratado isoladamente, ou seja, desvinculado do projeto.(VARGAS, 2005)

Um ponto muito relevante quando tratamos de projetos é conseguir diferenciá-los das atividades operacionais inerentes ao dia a dia de cada organização.

Para melhor compreensão deve ser levado em consideração que os projetos são temporários e exclusivos pois possuem como finalidade atingir seus objetivos específicos para que chegue ao seu fim, enquanto as operações são repetitivas e contínuas e tem como objetivo principal manter o negócio. (PMBOK, 2013).

Nôcera (2009, p.32) os diferenciam tendo como base que “o projeto tem seu propósito de definir e atingir metas e, em seguida ser concluído. O trabalho operacional tem o propósito de manter a organização funcionando, e nem sempre tem início ou fim definidos.”

As partes interessadas no projeto (*Stakeholders*) são todas as pessoas, ou grupos de pessoas, departamentos ou organizações que estão ativamente envolvidas no projeto, incluindo aquelas cujos interesses possam ser afetados de forma positiva ou negativa com o resultado da execução ou da conclusão do projeto. Em geral exercem, influência sobre o projeto, sua execução e seus possíveis resultados. Patrocinadores, clientes/ usuários, parceiros de negócios, grupos organizacionais, gerentes funcionais e outras partes interessadas são os *Stakeholders* principais de um projeto. (PMBOK, 2013)

Um projeto desde o seu início passa por diversas fases que compõem o seu ciclo de vida, segundo PMBOK (2013, p.38),

o ciclo de vida do projeto é a série de fases pelas quais um projeto passa, do início ao término. As fases são geralmente sequenciais e os seus nomes e números são determinados pelas necessidades de gerenciamento e controle da(s) organização(ões) envolvida(s) no projeto, a natureza do projeto em si e sua área de aplicação.

De acordo com Maximiano (2009, p.12) o ciclo de vida “é a sequência de fases que vão do começo ao fim de um projeto.”

Os projetos variam de acordo com sua complexidade e tamanho. Conforme o PMBOK (2013) os projetos podem ser mapeados com a estrutura genérica de ciclo de vida a seguir:

- Início do projeto;
- Organização e preparação;
- Execução do trabalho do projeto;
- Encerramento do projeto.

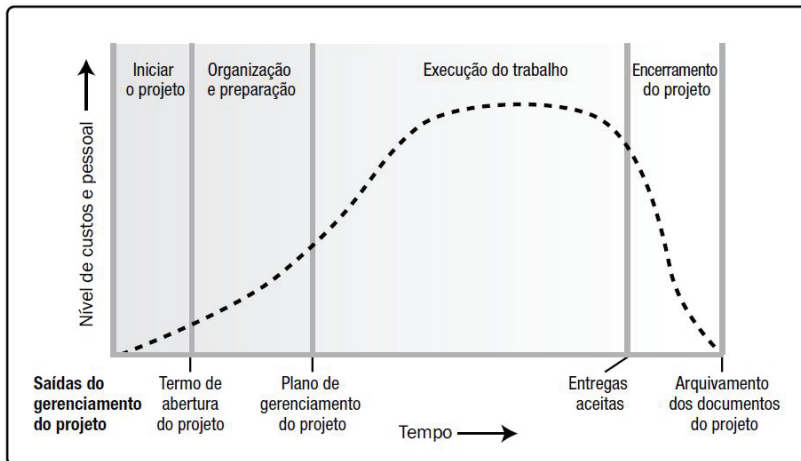


Figura 1: Estrutura genérica do ciclo de vida de um projeto - Adaptado de PMBOK (2013)

Essas fases ou etapas que compõem o ciclo de vida são contínuas garantindo assim um planejamento, controle e gerenciamento efetivo dos projetos para que se alcance o objetivo de cada projeto que é obter um produto ou serviço desejado.

O PMBOK(2013) enfatiza ainda que um ciclo de vida pode ser documentado com uma metodologia e poderá ser definido ou moldado de acordo com aspectos exclusivos da organização.

O Gerenciamento de projetos de acordo com o PMBOK (2013, p.47), é “a aplicação de conhecimento, habilidades, ferramentas e técnicas às atividades do projeto a fim de atender aos seus requisitos.”

Para Kerzner (2006), gerenciar projetos é planejar, organizar, direcionar e controlar recursos organizacionais de um empreendimento, considerando tempo, custo e desempenho estimados.

Segundo Vargas (2005, p.07) o gerenciamento de projetos é:

um conjunto de ferramentas gerenciais que permitem que a empresa desenvolva um conjunto de habilidades, incluindo conhecimento e capacidade individuais, destinados ao controle de eventos não repetitivos, únicos e complexos, dentro de um cenário de tempo, custo e qualidade predeterminados.

Conforme o PMBOK (2013) o gerenciamento de projetos é realizado

através da aplicação e integração apropriadas de 5 (cinco) grupos de processos, que estão agrupados em:

- **Grupos de processos de iniciação:** são os processos realizados para definir um novo projeto ou uma nova fase de um projeto existente;
- **Grupos de processos de planejamento:** são os processos realizados para definir o escopo do projeto, refinar os objetivos e desenvolver o curso das ações necessárias para alcançar os objetivos para os quais o projeto foi criado;
- **Grupos de processos de execução:** são os processos realizados para executar o trabalho definido no plano de gerenciamento do projeto a fim de atender as especificações do mesmo;
- **Grupos de processos de monitoramento e controle:** são os processos necessários para acompanhar, revisar e regular o progresso e o desempenho do projeto; e
- **Grupos de processos de encerramento:** são os processos executados para finalizar todas as atividades dos demais grupos de processos, visando encerramento formal do projeto ou fase.

Estes 5 (cinco) grupos de processos, estão distribuído em 9 (nove) áreas de conhecimento:

- **Gerenciamento de Integração do Projeto:** inclui os processos necessários à integração efetiva de todos os processos requeridos para realizar o objetivo do projeto dentro dos procedimentos definidos da organização.
- **Gerenciamento do Escopo do Projeto:** trata principalmente do que está ou não incluído no projeto como também os processos necessários para que seja realizado todo o trabalho necessário, garantindo o término do projeto com sucesso.
- **Gerenciamento de Tempo:** inclui os processos necessários para realizar o término do projeto no prazo definido.
- **Gerenciamento de Custos do Projeto:** inclui os processos necessários para terminar o projeto dentro do orçamento aprovado.
- **Gerenciamento de aquisições do projeto,** descreve os processos que compram ou adquirem produtos, serviços ou resultados, além dos processos de gerenciamento de contratos.

- **Gerenciamento das comunicações do projeto**, descreve os processos relativos à geração, coleta, disseminação, armazenamento e destinação final das informações do projeto de forma oportuna e adequada.

- **Gerenciamento da qualidade do projeto**, descreve os processos envolvidos na garantia de que o projeto satisfará os objetivos para os quais foi realizado.

- **Gerenciamento de recursos humanos do projeto**, descreve os processos que organizam e gerenciam a equipe do projeto.

- **Gerenciamento de riscos do projeto**, descreve os processos relativos à realização do gerenciamento de riscos em um projeto.

A figura abaixo mostra a interação e pertinência das áreas de conhecimento com os grupos de processos:

ÁREAS DE CONHECIMENTO	GRUPOS DE PROCESSOS				
	INICIAÇÃO	PLANEJAMENTO	EXECUÇÃO	MONITORAMENTO E CONTROLE	ENCERRAMENTO
INTEGRAÇÃO	✓	✓	✓	✓	✓
ESCOPO		✓		✓	
TEMPO		✓		✓	
CUSTO		✓		✓	
AQUISIÇÃO		✓	✓	✓	✓
COMUNICAÇÃO	✓	✓	✓	✓	
QUALIDADE		✓	✓	✓	
RECURSOS HUMANOS		✓	✓		
RISCOS		✓		✓	

Figura 2: Interação entre os grupos de processos e as áreas de conhecimento – Adaptado de NOCÊRA (2009).

Na gestão de projetos existe uma característica forte de interação. Uma ação, ou a falta de ação em determinada área, geralmente afeta também outras áreas e suas interações, exigindo frequentemente balanceamento entre os objetivos do projeto.

3 CONTROLE EXTERNO E O GERENCIAMENTO DE PROJETOS

O Tribunal de Contas do Estado do Ceará é a instituição pública que auxilia a Assembleia Legislativa do Estado no exercício do controle externo promovendo a ética na gestão pública, visando garantir o exercício pleno da cidadania da população cearense.

De acordo com o Art.76 da Constituição Estadual de 1989, o Tribunal de Contas do Estado do Ceará possui a competência de fiscalizar e julgar a boa e regular aplicação dos recursos públicos pelos administradores e demais responsáveis, primando pelo combate e prevenção à ilegalidade, à corrupção, ao descaso, ao desperdício, a falhas não intencionais e ao uso pessoal da máquina estatal.

Para o atendimento da demanda e dos anseios da população, o TCE Ceará vêm adotando as modernas técnicas de gestão estratégica já consagradas no setor privado, como a implementação das boas práticas de gestão, dentre elas a utilização de uma metodologia de gestão de projetos.

Os projetos no âmbito do Tribunal de contas do Estado do Ceará na grande maioria são definidos em seu Planejamento Estratégico e são essenciais para o alcance dos objetivos e metas propostos na Missão e Visão deste Tribunal.

Além dos projetos estratégicos originados no Planejamento Estratégico do TCE Ceará, a rotina diária também demanda os projetos funcionais/setoriais (projetos não estratégicos). Esses projetos, relacionam-se principalmente com as solicitações dos usuários internos de diversos setores, bem como de usuários externos do TCE Ceará.

Vale destacar que a metodologia de gestão de projetos adotada pelo TCE Ceará não se restringe apenas aos projetos estratégicos e aos projetos funcionais/setoriais, podendo ainda ser utilizada na atividade-fim deste tribunal a cargo da Secretaria de Controle Externo e suas Inspetorias.

A atividade-fim do Tribunal de Contas do estado do Ceará poderá fazer

uso da Metodologia de Gerenciamento de Projetos em suas Auditorias e Fiscalizações (Especiais). Estas podem ser gerenciadas como projetos tendo em vista que são temporárias, com início e fim definidos, utilizam-se de recursos com o objetivo de entregar um produto final.

Observou-se ainda que, o Controle Externo necessita constantemente adaptar-se as alterações e padronizações ocorridas nas normas e procedimentos inerentes as auditorias, e ao exercício de suas atividades, tendo assim, que executar planos de ações para adapta-se a esses normativos. Nesse entendimento verificou-se que poderá tratar os esforços para se manter em conformidade com os normativos, como projetos, e os conduzir tomando como base a metodologia de gerenciamentos de projetos já utilizada pelo TCE Ceará.

4 METODOLOGIA DE GERENCIAMENTO DE PROJETOS DO TCE CEARÁ

Ao implantar uma metodologia de gestão de projetos, o TCE Ceará busca prover ferramentas necessárias para alcançarem os objetivos declarados em suas Missões e Visões Estratégicas.

Uma metodologia de gerenciamento de projetos representa um conjunto de padrões e práticas a serem utilizadas para um maior controle durante a realização de um projeto sendo necessária para que a instituição alcance a excelência na gestão de seus projetos e obtenha os resultados almejados.

A metodologia utilizada na gestão de projetos do TCE Ceará:

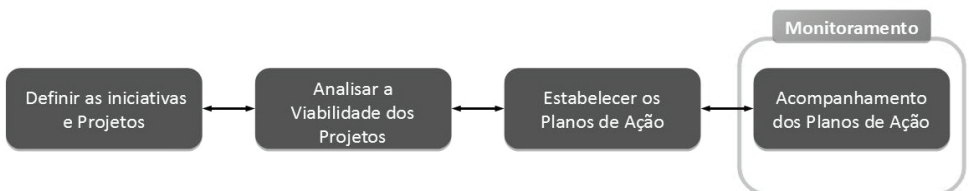


Figura 3: Metodologia de gerenciamento de projetos do TCE Ceará – Assessoria de Planejamento e Gestão do TCE Ceará (2014).

4.1 Etapas da metodologia utilizada na gestão de projetos do TCE Ceará:

a) Definir as iniciativas e projetos

No TCE Ceará quando surge uma nova demanda (problema ou oportunidade) para projetos, uma proposta é criada pelo setor interessado e encaminhada à Assessoria de Planejamento e Gestão. As áreas documentam as necessidades ou a razão do projeto, determinam os objetivos e restrições para aprovação e concepção destes. Nesta fase, também ocorre a nomeação do gestor do projeto e equipe, assim como, a identificação das partes interessadas.

Essas informações são registradas na **Ficha de Proposta de Projetos**, que contém os seguintes itens:

- **Nome do projeto; Área responsável; Gerente do Projeto; Justificativa; Objetivos; Alinhamento; Previsão de conclusão e Escopo.**

A área envia a proposta de um novo projeto para Assessoria de Planejamento e Gestão, setor responsável pelo processo de gerenciamento de projetos do TCE Ceará, que realiza a análise de viabilidade desta nova demanda.

b) Analisar a viabilidade dos projetos

O estudo da viabilidade dos projetos é essencial, pois identifica se tais solicitações podem se tornar em novos projetos, ou não, e se serão atendidos por projetos já em execução.

A Assessoria de Planejamento e Gestão faz a análise de viabilidade baseada, na proposta de projeto emitida pelo setor interessado. A ficha de proposta de projeto é o documento que contém todas as informações necessárias à avaliação da proposta, inclusive com as justificativas para o projeto.

Ao ser aceita uma solicitação, segue para as fases do Gerenciamento de Projetos e caso não seja aceita, sua inviabilidade será comunicada.

Os Projetos Estratégicos que são originados a partir do P.E. têm sua análise de viabilidade definidos nas Oficinas Anuais de Revisão do Planejamento Estratégico, sendo encaminhados para as fases do Gerenciamento de Projetos.

c) Estabelecer os Planos de Ação

Nesta etapa as equipes e responsáveis pelos projetos realizam a construção dos Planos de Ação, onde os responsáveis registram na Ficha de Projetos e Planos de Ação, as ações realizadas em relação aos projetos que lhe competem, bem como o Cronograma Base de cada projeto.

d) Acompanhamento dos Planos de Ação

Nesta etapa, a Assessoria de Planejamento e Gestão realiza o monitoramento através da Ficha de Acompanhamento dos Projetos, que é enviada periodicamente pelos gerentes dos projetos. Os responsáveis realizam o registro das Ações e os resultados esperados. Detalhamento das datas de entregas e metas para controle, permitindo o acompanhamento e a análise do progresso do projeto.

A Assessoria de Planejamento e Gestão consolida as informações contidas nas fichas de acompanhamento e realiza a análise do andamento e progresso dos Projetos, elaborando periodicamente relatórios para serem apresentados a Alta Administração.

Os relatórios apresentam de forma gerencial o andamento dos projetos, explicitando seu *status*: **Não Iniciado (NI); Em andamento (EA); Atrasado (A), Concluído (C), Não Informado, Cancelado e Subprojeto**, atribuídos aos projetos mediante a análise da Ficha de Acompanhamento de Projetos realizada pela Assessoria de Planejamento e Gestão, observando o *status* atribuído a cada ação individualmente, da seguinte forma:

Não Iniciado (NI)	Projeto cuja ação de acordo com seu cronograma ainda não atingiu sua data de início.
Em Andamento (EA)	Projeto que contiver pelo menos uma ação em seu período de execução e que esteja de acordo com seu cronograma.
Atrasado (A)	Projeto que contiver pelo menos uma ação que já deveria ter iniciado, ou que já deveria estar concluída, mas está em desacordo com o seu cronograma.
Concluído (C)	Projeto que contém todas as ações concluídas.
Não Informado	Considerado um “ <i>Status especial</i> ” atribuído aos projetos cujos gerentes não apresentarem em tempo hábil as fichas de acompanhamento.

Cancelado	Quando de fato ocorre o cancelamento do projeto.
Subprojeto	Quando ocorre a incorporação de um projeto a outro projeto.

Figura 4: Status projetos do TCE Ceará – Assessoria de Planejamento e Gestão do TCE Ceará (2014).

É analisado ainda as informações relacionadas a execução das ações e o nível de prioridade destas, obtidas também na Ficha de Acompanhamento de Projetos, conforme tabela a seguir:

Percentual de execução da ação	
Valor de 0%	Para ações não iniciadas
Valor de 100%	Para ações concluídas
Percentual Estimado	Para as ações em andamento
Nível de prioridade da ação	
Muito Alta	
Alta	
Normal	
Baixa	
Muito Baixa	

Figura 5: Percentual de execução e nível de prioridade das ações dos projetos do TCE Ceará – Assessoria de Planejamento e Gestão do TCE Ceará (2014).

Todas essas informações produzidas são posteriormente consolidadas no software (GPWeb) a fim de integrar e automatizar todo o processo de gerenciamento de Projetos do Tribunal.

4.2 Ferramenta de gerenciamento de projetos utilizada pelo TCE Ceará

4.2.1 GPWeb

O GPWeb é o software de gerenciamento de Projetos adotado pelo Tribunal de Contas do Estado do Ceará, o qual pode gerenciar todo o ciclo de vida dos projetos. Sua plataforma integra a gestão estratégica e gerenciamento de projetos, adaptados às necessidades deste Tribunal.

No gerenciamento de projetos o sistema GPWeb se propõe a ser uma solução completa e integrada permitindo que as organizações públicas ou privadas gerenciem suas iniciativas de forma sistematizada e organizada.



Figura 6: Tela de Atualização das tarefas. Adaptado do sistema GPWeb (2014).

Projetado para se adaptar aos processos de negócios de diversos tipos de organizações, o GPWeb oferece uma flexibilidade ímpar, permitindo uma variedade de recursos adequados para apoio de grandes equipes variadas, tanto de gerenciamento de projetos, quanto de gestão.

5 CONCLUSÃO

A gestão de projetos é um fator importante para se consolidar novos padrões de gestão de negócio, principalmente os relacionados à adequação a novas demandas, bem como melhorar a utilização do potencial dos servidores e a responsabilidade de cada profissional pela realização de seu trabalho.

A gestão de projetos aliados a adoção de uma metodologia de gerenciamento de projetos, permite ao Tribunal de contas do Ceará, manter um conjunto de padrões e práticas necessários para que a instituição alcance a sublimidade na gestão de seus projetos e conseqüentemente atinja os resultados almejados, assim garantindo a excelência no exercício do Controle Externo.

Observou-se que a metodologia de gestão de projetos utilizada pelo Tribunal de Contas do Estado do Ceará não se limita apenas aos projetos estratégicos e aos projetos funcionais/setoriais, podendo ainda ser utilizada na

atividade-fim, o exercício do controle externo.

Conclui-se ainda que a prática da Gestão de Projetos produz resultados expressivos para a melhoria do desempenho das organizações, sejam elas públicas ou privadas.

REFERÊNCIAS

Ceará, Tribunal de Contas do Estado do. **Planejamento Estratégico 2010/2015**. 3ed. Fortaleza: TCE-CE, 2010.

Ceará, Tribunal de Contas do Estado do. **Metodologia de Gerenciamento de Projetos**. Fortaleza: TCE-CE, 2014.

Ceará, Tribunal de Contas do Estado do. **Metodologia de Planejamento Estratégico**. Fortaleza: TCE-CE, 2014.

KERZNER, Harold. **Gerenciamento de Projetos- uma abordagem sistêmica para planejamento, programação e controle**. 10ed. São Paulo: Edgar Blucher, 2011.

KERZNER, Harold. **Gestão de Projetos: as melhores práticas**. 2 ed. Porto Alegre: Bookman, 2006.

Maximiano, Anônio Cesar Amaru. **Administração de Projetos – Como transformar Ideias em Resultados**, 3ed. 2reimpr. Atlas, São Paulo, 2009.

NOCÊRA, Rosaldo de Jesus. **Gerenciamento de projetos: teoria e prática**. São Paulo: Ed. do Autor, 2009.

PROJECT MANAGEMENT INSTITUTE. **A guide to the project management body of knowledge (PMBOK Guide)**. 5 ed. Project Management Institute Inc. Newtown Square, 2013.

VARGAS, Ricardo Viana. **Gerenciamento de Projetos: estabelecendo diferenciais competitivos**. 6ed. atual, Rio de Janeiro: Brasport, 2005.

Gestão de Riscos no Setor Público

Risk management in the public sector

Marta Dulcélia Gurgel Ávila¹

RESUMO

O Processo gerencial no setor público precisa de ferramentas de controle que auxiliem na tomada de decisões. Cada vez mais, o serviço público tem sido forçado a tomar decisões difíceis sobre riscos de saúde, riscos ambientais, riscos ao bem-estar econômico e riscos envolvidos na prestação de serviços, entre vários outros. As responsabilidades e deveres do governo em relação ao bem público exigem a adoção de práticas e estratégias eficazes de gestão de riscos. A gestão eficaz de riscos é crucial para o serviço público; a capacidade de tomar decisões corretas em relação a políticas, programas e serviços públicos, em ambiente caracterizado por incertezas, torna-se fundamental. A gestão de riscos já é uma realidade no Governo Federal, todavia é preciso estimular essas práticas nas células da federação: os governos municipais.

Palavras-Chave: Gerenciamento de Risco. Gestão Pública. Controle de Gestão. Políticas Públicas. Municípios. Governança.

ABSTRACT

The management process in the public sector needs of control tools to help in decision making. The public service has increasingly been forced to make difficult decisions about health and environmental risks, risks to the economic well-being and risks involved in providing services, among many others. The responsibilities and duties of the government in relation to the public wealth requires the adoption of practical and effective strategies for risk management. Effective management of risks is crucial to the ability of making correct decisions on public policies, programs and services. In an environment characterized by uncertainty, that becomes critical. Risk management is already a reality

¹ Economista e Especialista em Gestão Municipal pela Universidade de Fortaleza e Especialista em Gestão Pública, com foco em Auditoria e Controle Externo no setor público pela Faculdade de Tecnologia Darcy Ribeiro. E-mail: martadbgurgel@hotmail.com

in the Federal Government. However this practice is necessary to stimulate the cells of the federation: the municipal governments.

Keywords: Risk Management. Public Management. Management Control. Public Policy. Municipalities. Corporate Governance.

1 INTRODUÇÃO

Em um ambiente cada vez mais complexo e em constante mutação temos como um dos grandes desafios para a Gestão Pública melhorar continuamente a forma como administramos os bens públicos. Imprevisibilidade existe quando e onde as decisões são tomadas, quer de caráter administrativo, operacional, legal, científico ou de natureza política. Uma abordagem de gestão de riscos é uma importante ferramenta para responder a este desafio contínuo.

Na verdade, o sucesso na implementação do gerenciamento de risco deverá resultar em melhorias na qualidade dos serviços públicos e a eficácia das políticas públicas, também para os Municípios brasileiros. Deverá igualmente apoiar um diálogo entre cidadãos e o Serviço Público sobre a natureza do risco e como podemos melhor operar em um ambiente de incerteza e de recursos limitados.

A base fundamental deste trabalho são os estudos sobre gestão pública e gerenciamento do risco do Centro Canadense para o Desenvolvimento da Gestão (*Canadian Centre for Management Development – CCMD*), órgão do Governo Canadense que tem apresentado esforços notáveis para modernizar e aumentar a transparência do processo decisório do setor público.

A evolução cada vez mais rápida do serviço público do Canadá impulsionou a realização de pesquisas voltadas para a superação dos problemas e desafios enfrentados diariamente pelos servidores, não somente no Canadá, mais de várias partes do mundo. O CCMD identificou quatro áreas de preocupação imediata e vital, dentre elas a Gestão de Riscos, e organizou mesas redondas² para a discussão desses assuntos.

² Essas mesas-redondas reúnem profissionais, acadêmicos e especialistas para discutir temas gerenciais de importância imediata e vital. Essa abordagem facilita o desenvolvimento de pesquisas aplicadas e a investigação de aspectos contemporâneos do serviço público.

O *Risk Management for Canada and Canadians: Report of the ADM Working Group on Risk Management* (Gestão de Risco para o Canadá e os canadenses: Relatório do Grupo de Trabalho sobre a ADM de Gestão de Risco) é o relatório elaborado pela Mesa-Redonda de Pesquisa-Ação sobre Gestão de Riscos.

Esse documento, o qual tomamos como referência para este estudo, teve como objetivos, entre outros, avaliar as várias iniciativas e estudos realizados até o momento nesta área, identificar princípios básicos e práticas positivas e, em última análise, definir mecanismos para estimular a divulgação de estudos teóricos e medidas práticas no campo do gerenciamento de riscos).

A ideia central desse artigo é estimular o debate sobre o risco no setor público, tendo como elemento norteador os estudos do Governo Canadense nessa área.

São objetivos gerais desse estudo, apresentar o conceito de risco e sua relação com a administração pública, expor de forma sucinta às etapas básicas de um processo decisório baseado na gestão de riscos e conscientizar a importância da gestão de riscos nos Municípios.

A pesquisa bibliográfica foi usada como metodologia no desenvolvimento desse trabalho, a partir da leitura e análise dos relatórios, documentos, publicações e livros relacionados ao objeto estudado, desta forma, procuramos sintetizar as opiniões acerca da Gestão de Riscos no setor público.

Para tanto dividimos em três tópicos principais: no primeiro definimos o conceito de risco, no segundo como o gerenciamento desses eventos podem ajudar na implementação e execução de políticas públicas; no terceiro, analisamos a viabilidade do uso dessa tecnologia de gestão nos Municípios brasileiros através da implantação de setores de risco em suas Controladorias.

Assim, esse estudo procura sensibilizar os gestores públicos para a questão do gerenciamento dos riscos como uma questão de política pública. Desta forma, buscamos incentivar o avanço das discussões destas questões, visto que, a gestão eficaz de risco se apresenta como um processo para melhor administrar às incertezas inerentes as decisões que cercam a formulação de políticas públicas.

2 O RISCO

2.1 Definições

Peter L. Bernstein (1997, p.1) relata em sua premiada obra “Desafio aos Deuses, a fascinante história do risco”, a notável aventura intelectual que libertou a humanidade dos oráculos e adivinhos, mediante as ferramentas poderosas da administração do risco disponíveis nos dias de hoje.

A ideia revolucionária que define a fronteira entre os tempos modernos e o passado é o domínio do risco: a noção que o futuro é mais que um capricho dos deuses e de que homens e mulheres não são passivos ante a natureza. Até os seres humanos descobrirem como transpor essa fronteira, o futuro era um espelho do passado ou o domínio obscuro de oráculos e adivinhos que detinham o monopólio sobre o conhecimento dos eventos previstos.

Para este Economista de Harvard o risco não significa perigo, ele simplesmente significa não saber o que o futuro reserva. Atualmente, essa percepção reside o cerne da gestão de risco para as empresas. O Professor Bernstein, deixa claro que a melhor expectativa de gerenciamento de risco é que uma abordagem sistemática irá recompensá-lo com um conjunto de cenários e oportunidade de refletir sobre os possíveis resultados. Como identificar e lidar com o risco é um sinal de maturidade tanto para o mundo empresarial como em cenários políticos.

Na mesma linha de pensamento de Peter Bernstein , Stephen Hill, no Guia sobre a gestão de riscos no serviço público, publicado pela Escola Nacional de Administração Pública- ENAP, em parceria com a CCMD, define o risco como a probabilidade de que um evento, seja ele bom ou mau, ocorra no futuro. “Frequentemente enfocamos o aspecto negativo do risco (por exemplo, ser morto, perder dinheiro, ser humilhado, etc.), mas é importante lembrar que o risco inclui tanto eventos positivos como negativos.” (2006, p.37).

O Risco normalmente tem uma conotação negativa, mas também existem oportunidades positivas decorrentes da assunção de riscos - a inovação e o risco coexistem com frequência. Ou seja, a exposição ao risco é necessária

para o crescimento tanto na esfera privada como na pública.

Conviver com o risco é um velho axioma da humanidade, “Proteger-se contra todos os riscos é impossível, porque qualquer oportunidade invariavelmente acarreta riscos.” É o que nos afirma Aaron Wildavsky (1079, p.32)³:

O risco é uma precondição essencial para o desenvolvimento humano; se parássemos de assumir riscos, inovações técnicas e sociais necessárias para solucionar muitos dos problemas mundiais desapareceriam. De fato, muitos dos riscos existentes na sociedade moderna resultam de benefícios gerados por inovações sociais e tecnológicas. Por outro lado, a imprudência insensata também não é uma boa ideia. Em vez disso, precisamos definir um caminho intermediário no qual o acaso – com suas incertezas e ambiguidades inerentes – seja levado em consideração de maneira objetiva, racional e eficiente.

O risco é a possibilidade de que aquilo que é esperado não aconteça, o risco não implicará necessariamente em algo indesejável, já que os resultados em torno do esperado podem apresentar tanto benefícios como malefícios, dependendo se resultado estiver abaixo ou acima do esperado. Assim então, podemos reconhecer o risco como a probabilidade (chance) do indesejado acontecer ou de um evento adverso ao esperado se realizar.

2.2 Gerenciando Riscos no Setor Público

Com as mudanças que vêm sendo introduzidas na administração pública, nas duas últimas décadas, em vários países do mundo, a qualidade da gestão dos gestores públicos torna-se fundamental para a melhoria dos resultados alcançados pelo setor público.

Como as atividades públicas têm características específicas, pois visam produzir resultados e valores essenciais a população, o apoio ao desenvolvimento dos dirigentes públicos requer conteúdos e metodologias específicas; requer também um alinhamento de ações entre as esferas administrativas (federal, estadual e municipal) e as instituições de capacitação de políticas

3 Acadêmico conhecido, que caracterizou o dilema “inovação x risco” em artigo publicado na revista *American Scientist*, intitulado “No risk is the highest risk of all”. (NT: O maior risco é não correr riscos)

para a melhoria da gestão governamental.

No setor público, uma preocupação central na gestão de riscos é o dever de cuidar do bem público – os riscos sempre devem ser gerenciados mantendo-se, em primeiro plano, o interesse público. Nesse contexto, a decisão acerca de como equacionar os benefícios e perdas potenciais é o principal aspecto da gestão de riscos.

Essa difícil tarefa de estimar os riscos e avaliar alternativas tecnicamente válidas e socialmente aceitáveis recai sobre os formuladores de políticas públicas, que devem estar preparados para tomar decisões: “A capacidade do governo gerenciar riscos depende das habilidades dos seus funcionários” (2000. PCO⁴).

Nenhum servidor público inovador pode evitar decisões que envolvam riscos; portanto, todos devem possuir as habilidades e competências necessárias para gerenciar esses riscos. Mas como os servidores públicos podem aprender a gerenciar riscos decorrentes da inovação?

Stephen Hill imaginou três maneiras de fazer isso no trabalho, a primeira tomando por base a experiência pessoal e comunitária; a segunda nas áreas onde não se possui experiência, através da técnica de tentativa e erro e a terceira forma seria da teoria para a observação e desta para a ação.

Na primeira dessas alternativas de aprendizagem, os estudos de casos são ferramenta útil para dotar os servidores de conhecimentos provenientes de ampla variedade de experiências passadas. Na segunda abordagem, é importante permitir que os gerentes de serviços públicos participem ativamente de experimentos gerenciais baseados em tentativa e erro – também conhecidos como “gestão adaptativa”. No terceiro caso, é recomendável ajudar os gerentes a perceber como os seus modelos mentais afetam a sua compreensão dos riscos – talvez por meio do desenvolvimento de cenários, esforços interdisciplinares ou diálogos públicos.

A abordagem sistemática mencionada anteriormente foi desenvolvida para ajudar os servidores a reconhecer e atacar riscos potenciais; facilitar a tomada de decisões, orientar a administração dos riscos; identificar e monito-

4 PCO – Privy Council Office. Escritório do Conselho Privado: Grupo de Trabalho de Secretários Executivos Adjuntos para a Gestão de Riscos. Órgão equivalente à Casa Civil da Presidência da República no Brasil.

rar a gestão desses riscos e ensinar a melhor maneira de lidar com os riscos.

A intenção da gestão de riscos é diminuir os custos de atividades incertas e aumentar os benefícios sociais e econômicos. O governo lida com os riscos por meio de diversas funções, como por exemplo, a função de assistência social, da saúde e da educação, criar condições para a estabilidade e prosperidade econômica, proteger o meio ambiente, os direitos, dentre outros serviços públicos prestados.

Quanto a essa questão, os riscos intrínsecos à tomada de decisões, o Professor Emérito da escola John Kennedy de Governo, da Universidade de Havard, Mark H. Moore (2002,p.426) comenta:

É claro que pode haver muitas visões estratégicas possíveis – muitos meios de criar valor público. Na escolha entre estes, os gerentes inevitavelmente enfrentam difíceis opções morais. Com frequência, a difícil opção moral é quanto risco substantivo os gerentes podem impor a sociedade na busca das estratégias adotadas. (...) nessa adivinhação acarretam riscos para a sociedade e suas organizações. Quanto maiores os riscos substantivos e operacionais impostos à sociedade, maior a responsabilidade pessoal do gerente. (...) ao fazer tais opções, os gerentes se expõe a correr riscos.

Em quase todos os casos, a gestão de riscos exige que os gestores públicos ponderem e avaliem entre os interesses conflitantes até identificarem uma solução ótima e aceitável, essas soluções quase sempre envolvem opções políticas e não técnicas.

2.3 O ciclo contínuo da gestão de riscos

A gestão de riscos foi definida pela Organização Internacional de Padronização (*International Organization for Standardization – ISO*) como a identificação, a análise, a avaliação, o tratamento (controle), o monitoramento, a avaliação e a comunicação de riscos. Essas atividades podem ser desen-

volvidas em base sistemáticas ou *ad hoc*⁵.

A presunção é que o desenvolvimento sistemático dessas atividades gere melhores processos decisórios e, mais provavelmente, melhores resultados.

A implementação de um programa de gestão de riscos exige um esforço interdisciplinar, pessoas de diferentes setores e áreas devem trabalhar em conjunto para desenvolver uma perspectiva holística e sistemática de fatores de risco existentes em cada caso.

Gerenciar adequadamente os riscos envolve decisões que poderão gerar perdas e ganhos: a eliminação ou redução de um tipo de risco variavelmente acarretará na criação de outros, potencialmente imprevistos.

A razão da gestão integrada de riscos é o “processo contínuo, proativo e sistemático de compreensão, gerenciamento e comunicação de riscos a partir da perspectiva da organização como um todo. Sua meta é permitir a tomada de decisões estratégicas que contribuam para a realização dos objetivos corporativos gerais da organização” (TBS, 2001)⁶.

Todos os riscos devem ser levados em conta no processo de tomada de decisões, para tanto é essencial avaliar e incluir perspectivas diferentes deve-se analisar não somente uma área específica de forma isolada, mas o olhar a questão a partir do todo.

Para facilitar o processo de reconhecimento e administração do risco estruturas e modelos foram criados para servirem de base nesse processo, também utiliza-se modelos integrados que orientam e reforçam a importância de se adotar um processo comum para o gerenciamento de riscos nas corporações privadas e nas entidades públicas.

Nesses modelos a gestão de riscos é representada como um ciclo de quatro fases: identificação, avaliação, resposta e monitoramento com aprendizagem (Figura 1). Dentro de cada fase do processo, as comunicações regulares e significativas tendem a aumentar a probabilidade de sucesso.

Hill observa que a representação desse ciclo básico é relativamente simples, demonstrando que “a gestão eficaz de riscos depende fundamen-

5 *Ad hoc* é uma expressão latina cuja tradução literal é “para isto” ou “para esta finalidade”. Em ciência e filosofia, *ad hoc* significa a adição de hipótese(s) estranha(s) a uma teoria para salvá-la de ser falseada. Hipóteses *ad hoc* compensam anomalias não previstas pelas teorias em sua forma original, ainda não modificada. (Fonte: http://pt.wikipedia.org/wiki/ad_hoc)

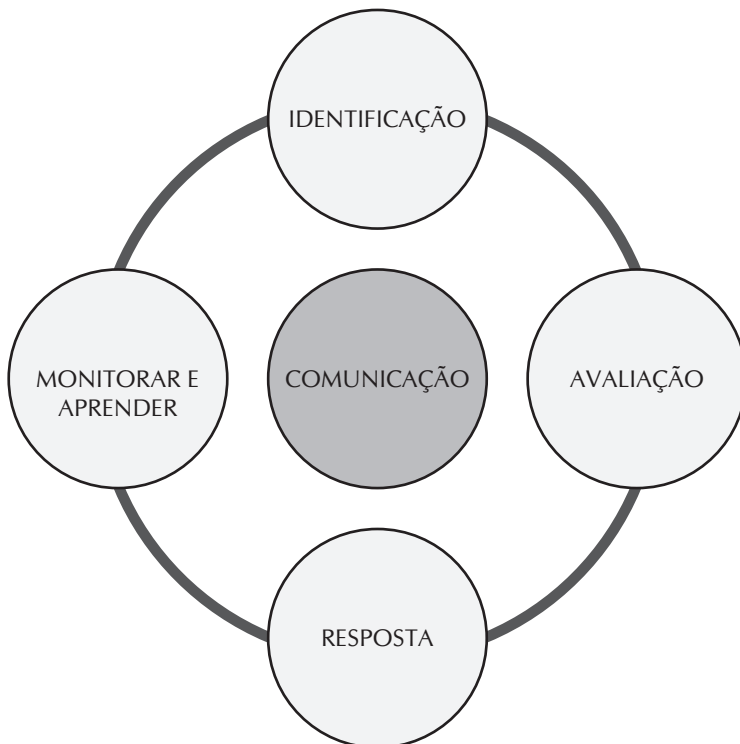
6 TBS – Treasury Board of Canada Secretariat (Secretaria da Junta de Tesouro do Canadá) equivalente a Secretaria do Tesouro Nacional – STN do Governo Federal.

talmente da manutenção de um processo regular e equilibrado de *feedback* aprendizagem e introdução de melhorias” (2006, p.40)

Utilizando modelos de caráter simples olhamos sistematicamente para problemas eventuais e os efeitos danosos são minimizados através da utilização de ferramentas adequadas. Também é possível ver claramente os estágios para a administração de riscos:

- Identificar o risco;
- Medir o impacto do risco identificado;
- Decidir como cada risco relevante pode ser minimizado;
- Responder ao risco.

Figura 1: O ciclo básico da gestão de riscos



Fonte: Adaptado de Hill e Dinsdale (Caderno ENAP nº 23, p.19)

Relatório do Grupo de Trabalho sobre a ADM de Gestão de Risco (2000,p.3) descreve o processo de Comunicação como:

A troca interativa de informações e pareceres sobre os riscos e os fatores de risco relacionados (incluindo a existência, natureza, forma, intensidade ou aceitabilidade do risco e como eles devem ser gerenciados) entre os avaliadores de risco, gerentes de risco, os consumidores e outras partes interessadas, ordenados para alcançar uma melhor compreensão da gestão de riscos e as questões relativas ao risco e suas decisões.⁷

2.3.1 Identificando riscos

Identificar e reconhecer um risco é o primeiro passo para gerenciá-lo. É uma das etapas cruciais no processo de gestão do risco. É importante assegurar que o risco está cuidadosamente definido e explicado para facilitar as futuras análises.

De acordo com Padovesi “A acurada definição do risco é um elemento crítico para o sucesso da gestão de risco” (2008, p.199)

É necessário ter em mente, portanto, que para uma gestão eficaz de riscos se exige um esforço constante de vigília para detectar novas situações de risco ou alterações nos riscos já existentes. Para uma gestão efetiva e eficiente a percepção e a previsão de riscos iminentes são requisitos fundamentais.

No Guia sobre a gestão de riscos no serviço público, Stephen Hill (2006,p.40) lembra que, para uma boa gestão de riscos “exige-se esforço holístico, interdisciplinar e interministerial, que nos permita identificar uma ampla gama de riscos. Exige, também, um esforço permanente de sondagem do ambiente que nos permita detectar e transformar condições de risco”.

Os riscos podem ser identificados e classificados de acordo com sua área de risco (saúde, segurança, meio ambiente, economia, política externa, tecnologia, educação) ou por setores estratégicos (combustíveis, bioenergia, biodiversidade, minérios, indústria bélica, energias renováveis, tecnologia da informação e inovação)

⁷ NT: The interactive (two way) exchange of information and opinions on risk and risk-related factors (including the existence, nature, form, severity, or acceptability of risk and how they should be managed) among risk assessors, risk managers, consumers and other interested parties (stakeholders) in order to achieve a better understanding of risk, risk management, risk-related issues and decisions.

2.3.2 Avaliando Riscos

Identificados os riscos devemos estimá-los e mensurá-los. Uma vez que um risco pode colocar em perigo os objetivos do planejamento estratégico, duas perguntas devem ser feitas: O que pode dar errado (o que pode não dar certo)? O que fazer para enfrentar (ou se proteger) dos riscos?

Assim, para cada risco identificado deve haver uma avaliação do seu possível impacto e correspondente probabilidade de ocorrência, usando parâmetros consistentes que deverão possibilitar o desenvolvimento de um mapa de risco priorizado. A incerteza de Riscos potenciais é avaliada a partir de duas perspectivas: probabilidade e impacto, segundo Padoveze (2008, p.233) “Probabilidade representa a possibilidade de um dado evento ocorrer, enquanto impacto representa seu efeito”.

As estimativas para probabilidade e impacto são geralmente determinadas a partir da observação de eventos passados (Quadro I), que pode oferecer uma base mais objetiva do que estimativas inteiramente subjetivas. A avaliação de riscos pode acontecer tanto através de informações qualitativas como através da utilização de dados quantitativos.

Quadro 1 – Avaliação da probabilidade de ocorrência

AVALIAÇÃO	DESCRIÇÃO	INDICADORES
Alta	Provável Possibilidade de ocorrer, por exemplo, uma vez por ano, ou uma chance de acontecer de 25%.	Potencial para ocorrer várias vezes nos próximos dez anos. Ocorreu nos últimos dois anos. Típicos em operações dessa natureza por causa de influências externas.
Moderada	Possível Possibilidade de ocorrer, em um período de dez anos ou uma chance de acontecer menor que 25% e maior que 2%.	Poderia ocorrer mais de uma vez nos próximos dez anos. Pode ser difícil controle em razão de algumas influências externas Existe histórico de ocorrência.
Baixa	Remota Improvável de ocorrer em um período de dez anos ou com chance de acontecer menor que 2%.	Nunca aconteceu no país. Uma ocorrência seria surpreendente.

Fonte: Adaptado de Ifac.⁸ (2002, p.52)

2.3.3. Respondendo ao Risco

Após uma avaliação dos riscos pertinentes devemos determinar a resposta aos riscos. As respostas incluem “EVITAR”, “REDUZIR” ou “COMPARTILHAR” ou “ACEITAR” os riscos. Conforme o detalha o Informe COSO⁹ II Gerenciamento de Riscos Corporativos - Estrutura Integrada observamos:

“EVITAR” sugere que nenhuma opção de resposta tenha sido identificada para reduzir o impacto e a probabilidade a um nível aceitável. “REDUZIR” ou “COMPARTILHAR” reduzem o risco residual a um nível compatível com as tolerâncias desejadas ao risco, enquanto “ACEITAR” indica que o risco inerente já esteja dentro das tolerâncias ao risco.

Assim, podemos concluir que “EVITAR” determinado fator de risco consiste em desvincular a entidade da atividade sujeita a tal fator.

“REDUZIR” significa usar ferramentas de controle, em políticas públicas, por exemplo, através do monitoramento de cenários, buscando antecipando-se a eventuais mudanças no panorama político para a tomada de ações conforme necessário, ou, com a utilização de planos de contingência, evidenciando a forma de reação corporativa caso um determinado cenário previsto venha ocorrer.

A forma mais usual de compartilhamento de risco são os seguros, a melhor forma de prevenir prejuízos. No mercado financeiro operações de *hedging*¹⁰ e o uso de derivativos são as respostas ao risco mais comuns. Outra forma bastante utilizada de “COMPARTILHAR” o risco no mundo corporativo é a terceirização, desta forma há a transferência da probabilidade de ocorrência do risco.

“ACEITAR” indica que o risco inerente já está alinhado com as tolerâncias ao risco. Quando o risco é aceito significa que, após uma avaliação custo-benefício, conclui-se que não vale apenas financeiramente bancar as mediadas de redução ou compartilhamento do fator de risco.

⁹ *Committee of Sponsoring Organizations of the Tread way Commission - COSO*. O COSO é uma entidade sem fins lucrativos dedicada a melhoria dos resultados e relatórios financeiros por meio da ética, efetividade dos controles internos e governança corporativa.

¹⁰ Em finanças, chama-se “cobertura” (*hedge*, em inglês) ao instrumento que visa proteger operações financeiras contra o risco de grandes variações de preço de determinado ativo. Fonte: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Cobertura>.

3 GESTÃO DE RISCOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E SUA IMPORTÂNCIA PARA OS MUNICÍPIOS

Na elaboração deste documento, primeiramente apresentamos os conceitos de riscos sua aplicabilidade e avaliação, neste item abordaremos a questão do gerenciamento de riscos no contexto público de forma mais direta.

Ressaltamos também, que o objetivo do gerenciamento de risco na Administração Pública é, em última análise, o interesse coletivo e deve resultar em melhorias na qualidade dos serviços ofertados pelo governo e a eficácia de suas políticas públicas.

Um dos desafios do Serviço Público é melhorar continuamente a forma de governar frente a cenários cada vez mais complexos e mutáveis. A capacidade dos governos de planejar, formular e implementar políticas e cumprir funções é avaliada constantemente pelos envolvidos no processo governamental e pelos beneficiados das políticas públicas.

Por isso, quando tratamos do tema Administração Pública o principal item a ser discutido, de acordo como os princípios da Governança Corporativa¹¹, é o dever de todos os que administram os recursos públicos prestarem contas, além da necessidade da existência de controles, internos e externos, que supervisionem os atos e fatos administrativos.

A partir da Emenda Constitucional nº 19 de 1998, conhecida como a Emenda da Reforma Administrativa, começamos a seguir a tendência mundial, no sentido de propor alterações formais nas normas que regulamentam o Setor Público. O princípio da eficiência, no ordenamento jurídico constitucional, teve origem na EC 19/98, que o incorporou ao texto da Constituição de 1988, no caput do artigo nº. 37:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos

11 O termo Governança surgiu na década de 90 na Europa e nos Estados Unidos e culminou com a publicação da Lei Sarbanes-Oxley, em 2002, após os escândalos corporativos de manipulação de dados contábeis nas empresas norte-americanas. Essa lei ampliou a exigência de controles internos, procurando dar maior transparência e confiabilidade aos resultados das empresas. O Instituto de Governança Corporativa do Brasil assim define o termo: sistema pelo qual as organizações são dirigidas, monitoradas e incentivadas às boas práticas administrativas, com ênfase nos controle e trabalhando de forma coordenada. São quatro os seus pilares: transparência, equidade, prestação de contas e responsabilidade corporativa no cumprimento das normas e leis.

Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

A Emenda nº 19/98 juntamente com a Lei Complementar nº 101/2000, a Lei de Responsabilidade Fiscal, introduziram um novo modelo administrativo de gestão: a administração gerencial. A reforma gerencial tem aproximado o modelo de gestão pública ao modelo de Governança Corporativa aplicados nas organizações privadas, observa-se uma mudança cultural no cenário nacional, quanto à transparência, a responsabilização e prestação de contas.

A Governança no setor público atende as mesmas premissas da governança empresarial, sendo que na Administração Pública destaca-se a importância da prestação de contas (*Accountability*¹²) quanto à aplicação e o gerenciamento dos recursos públicos. A aplicação do *Accountability* na esfera pública é mais complexa e difícil que na administração privada, pois no setor público deve respeitar normas e legislações próprias e todo um sistema delegação de poderes.

É neste contexto que surgem as Entidades de Fiscalização Superiores - EFS do Brasil, representados pelos Tribunais de Contas e Controladorias Gerais (da União, dos Estados e Municípios). Um dos objetivos dessas entidades é adotar um conjunto de normas de Auditoria Governamental, na sua grande maioria, são usadas as normas de auditoria publicadas pela Organização Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores - INTOSAI¹³

De acordo com Mourão e Viana Filho (2009, p. 63) a ferramenta adequada à persecução dos objetivos de qualquer entidade é o controle interno:

Dessa maneira, para alcançar seus fins institucionais, que nesse caso é o exercício da fiscalização das contas públicas, as EFS devem valer-se dos trabalhos realizados pelos sistemas de controle interno de seus jurisdicionados e também dos seus próprios

12 *Accountability* é um termo da língua inglesa, sem tradução exata para o português, que remete à obrigação de membros de um órgão administrativo ou representativo de prestar contas a instâncias controladoras ou a seus representados. Outro termo usado numa possível versão portuguesa é responsabilização. (Fonte: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Accountability>).

13 *International Organisation of Supreme Audit Institutions* - Organismo internacional independente que tem por objeto fomentar o intercâmbio de idéias e experiências entre Entidades Fiscalizadoras Superiores no que se refere ao controle das finanças públicas. Dos trabalhos desenvolvidos pela INTOSAI surgiu a “Declaração de Lima sobre Preceitos de Auditoria”, adotada no Congresso Internacional de 1977 e reconhecida como a Magna Carta da auditoria governamental.

sistemas de controle como uma ferramenta para minimizar os riscos de sua atuação e atingir, de forma mais eficiente, seus objetivos institucionais. A Matriz de risco é uma das ferramentas utilizadas pelos controles internos das corporações e consagrada no gerenciamento de risco.

Logo observamos que, auditoria governamental, controle e gerenciamento de risco são elos de uma mesma corrente, pois são atividades correlatas que, quando executadas a tempo e maneira adequadas, permitem a redução ou administração dos riscos, podendo ser de duas maneiras de prevenção ou detecção.

Nas atividades de controle as políticas e os procedimentos são definidos e implementados para ajudar que o tratamento do risco seja corretamente realizado, de forma que os objetivos estratégicos possam ser efetivamente alcançados. O ambiente de controle se configura como base onde o risco é percebido e tratado. É função típica do sistema de controle interno implementar o ambiente de controle, pois é nesse setor que os riscos serão identificados e avaliados.

No Guia sobre a gestão de riscos no serviço público, publicado pela Escola Nacional de Administração Pública (2006, p.45) Stephen Hill faz um resumo acerca dos elementos necessários para a implementação dos sistemas de acompanhamento, avaliação e resposta ao risco no setor público:

A implementação de um sistema de gestão de riscos exige um conjunto de responsabilidades e mecanismos de *accountability* para que um programa possa ser determinado e designado. A estrutura organizacional e o sistema de incentivos devem estar alinhados com as metas e os objetivos do programa de gestão de riscos. Os responsáveis pela implementação do programa devem ter as capacidades necessárias para essa tarefa, e cursos de capacitação e educação formal podem ser necessários para promover o desenvolvimento de competências específicas. Os programas e procedimentos devem ser escritos para garantir que as experiências e as expectativas fiquem bem claras para todos os envolvidos, particularmente para os que se estão envolvendo no processo pela primeira vez. Os documentos relacionados ao sistema de gestão de riscos devem ser disponibilizados ao maior número possível de pessoas.

Com a obrigação legal¹⁴, para que cada esfera e ente da federação mantenham de forma integrada sistemas de controles internos para a fiscalização do cumprimento das normas de gestão fiscal e atingimento de metas estabelecidas, as controladorias tornaram-se setores estratégicos de capital importância. É nesse contexto, que observamos a necessidade da implantação de setores de gerenciamento de risco nas Controladorias Gerais dos Municípios.

As Controladorias Gerais são incumbidas da orientação normativa e da supervisão técnica dos órgãos que compõe o sistema de controle interno. Também são os órgãos responsáveis pela avaliação e cumprimento das metas estabelecidas nos planejamentos estratégicos (Plano Plurianual e Leis Orçamentárias), fiscalização e monitoramento da execução dos programas e dos orçamentos do governo, avaliação da gestão dos administradores públicos, utilizando instrumentos de auditoria e fiscalização.

Esta estrutura, naturalmente, por suas características e funções, também deve monitorar a eficácia da gestão de riscos, como parte de suas atividades de controle interno. Para tanto, é essencial à implantação e a aprendizagem das ferramentas de gestão de riscos, para as melhorias desse processo, como também, a introdução de parâmetros a fim de avaliar como estão tomadas de decisões no setor público e os seus resultados.

Os resultados são medidos caso a caso através de indicadores estabelecidos por critérios contidos no seguinte ciclo: identificação do problema; análise e avaliação da questão; desenvolvimento de opções; decisão; implementação da decisão e, avaliação e revisão da decisão.

Criadas as equipes, os ambientes de controle, os critérios para a identificação e análise de risco, em seguida deverão ser implementadas as rotinas e os processos para assim, o setor de gerenciamento de risco monitorar de forma prévia e concomitante os atos de gestão. (2003. P,36):

Um sistema de gestão de riscos não surge magicamente. Ele exige esforços contínuos em muitos níveis para permitir que as pessoas que compõem uma organização prevejam, avaliem, gerenciem, busquem feedback adequado e aprendam coisas sobre riscos. No centro desses esforços estão os dirigentes, gerentes e servidores públicos responsáveis pela gestão de riscos. Essas pessoas devem ter as competências e habilidades necessárias

14 Legislação Federal Relacionada: Lei nº 4320/1964; Decreto-Lei nº 200/1967; Constituição Federal de 1988(art. 74); Lei Complementar 101/2000 – LRF; Decreto nº 3.591/2000; Lei nº 1.180/2001.

para modificar a abordagem adotada pela sua organização em relação a riscos. Sem as habilidades adequadas, a gestão de riscos continuará a ser uma preocupação periférica.

No entanto, para os gerentes que desejem melhorar o nível da gestão de riscos dentro de seu grupo ou de sua organização, apresentamos abaixo uma lista de sugestões, elaboradas pelo CCMD e publicadas pela ENAP, com alguns procedimentos que podem ser adotados no sentido de melhorar a gestão de riscos dentro das entidades públicas.

Primeiro deve-se avaliar até que ponto a entidade administra riscos eficazmente. Quais são os pontos fortes e fracos? O que precisa ser melhorado? É importante uma autoavaliação dos programas de gestão de riscos (avaliada pelo controle interno) ou paralelamente a uma análise externa de deficiências (realizada por outro setor ou pelo controle externo).

O segundo ponto é avaliar o nível de conhecimento dos funcionários sobre os conceitos da gestão de riscos. Existe uma cultura acerca da análise de riscos? Existem analistas em riscos? Se sim, eles compreendem adequadamente conceitos fundamentais do risco? Há oportunidade desses profissionais se manterem informados?

Em terceiro deve-se determinar os conhecimentos especializados necessários para identificar e avaliar os riscos, desenvolver respostas gerenciais e políticas adequadas e estabelecer uma comunicação eficiente sobre questões que envolvam riscos.

Desenvolver uma estratégia para corrigir deficiências detectadas é o quarto item. Essa estratégia inclui um currículo de estudos sobre a gestão de riscos; consultas a especialistas; aprendizagem autoconduzida, treinamento externo e “prática” de gestão de riscos por meio de estudos de casos.

O outro ponto é estabelecer as metas e os objetivos para que a sua estratégia de aprendizagem monitore o sucesso da entidade, ou setor, na implementação desse projeto. Quando os objetivos perderem relevância, atualize-os. Se eles não forem alcançados, modifique a estratégia.

Desta forma, podemos observar que com um esforço concentrado e racional, poderemos ampliar a visão dos gestores municipais a partir dos conceitos de gerenciamento de risco. Com treinamento, baixo custo e um pouco de boa vontade, um ambiente de análise de risco rapidamente será criado, matrizes serão implementadas e critérios serão estipulados.

Paulatinamente, como acontece nas organizações privadas, esses setores estratégicos, aperfeiçoarão os trabalhos, recursos serão otimizados, riscos minimizados, contribuindo para assegurar comunicação eficaz e o cumprimento das leis e regulamentos, bem como evitando danos à reputação das entidades e suas amargas consequências.

4 CONCLUSÃO

Este artigo procurou avaliar alguns dos conceitos básicos da gestão de riscos, particularmente no contexto do serviço público, através da análise dos estudos produzidos pelo Centro Canadense para o Desenvolvimento da Gestão. Após uma breve introdução, apresentamos às etapas básicas de um processo decisório de gestão de riscos: a identificação de riscos, a avaliação de riscos, a resposta a riscos e a sua gestão e monitoramento.

Em um segundo momento abordamos que no processo de implementar um sistema de gestão de riscos, os gerentes devem ter em mente que se deve correr riscos, porém riscos inteligentes, como requisito essencial para um serviço público dinâmico e inovador.

Contudo, como já comentado, o estabelecimento de um sistema eficaz de gestão de riscos tende a estimular inovações, porque as decisões de risco tomadas nesse contexto tendem a ser mais eficazes.

Neste documento também buscamos evidenciar a necessidade de mais controle na administração pública, principalmente no que tange a tomadas de decisões acerca das políticas públicas e a forma os como riscos estão sendo administrados.

Procuramos apresentar, a partir daí uma visão de que é possível e viável criar setores de gerenciamento de risco nos Municípios, e assim, provocar mudanças culturais, que elevem o nível de conhecimentos e competências, que serão úteis para melhorar a forma pela qual os governos de forma geral gerenciam riscos.

Em suma, a partir das conclusões aqui expostas, recomendamos para o serviço público municipal, suas secretarias e demais órgãos governamentais, o gerenciamento de risco que ajudará o Município a atingir seus objetivos e a evitar os perigos e surpresas em seu percurso, bem como, trarão maior eficiência às gestões municipais.

REFERÊNCIAS

_____. **A framework for the application of precaution in science-based decision making about risk.** Ottawa. Government of Canada, 2003.

AVALOS, José Miguel Aguilera. **Auditoria e Gestão de Riscos.** São Paulo. Editora: Saraiva, 2009.

BERNSTEIN, Peter L. **Desafio aos Deuses: A Fascinante História do Risco.** Rio de Janeiro. Editora: Campus, 1997.

_____. **Building Trust: A Foundation of Risk Management.** Action-Research Roundtable on Risk Management. Ottawa: Canadian Centre for Management Development (CCMD), 2001.

Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission (COSO). Internal Control – Integrated Framework. New York: AICPA, 1992.

HILL, Stephen. **Uma Base para o Desenvolvimento de Estratégias de Aprendizagem para a Gestão de Riscos no Serviço Público;** traduzido por Luís Marcos B. L. de Vasconcelos. Brasília. Escola Nacional de Administração Pública - ENAP, 2003. Cadernos ENAP, 23)

HILL, Stephen. **Guia sobre a Gestão de Riscos no Serviço Público.** Traduzido por Luís Marcos B. L. de Vasconcelos Brasília: Escola Nacional de Administração Pública, 2006. (Cadernos ENAP, 30)

LIMA, Luiz Henrique. **Controle Externo.** Rio de Janeiro, Editora: Elsevier, 2007.

MOORE, Mark Harrison. **Valor Público: Gestão Estratégica no Governo;** Tradução de P.G. Vilas-Bôas Castro e Paula Vilas-Bôas Castro. Rio de Janeiro; Uniletras; Brasília. ENAP, 2002.

MOURÃO, Ligurgo. VIANA, Gélzio Filho. **Matriz de Risco, Seletividade e Materialidade**. Revista do Tribunal de Contas da União. Ano 41, nº 116. Setembro/Dezembro. Brasília, Editora do TCU, 2009.

PADOVESE, Clóvis Luis. BERTOLICCI, Ricardo Galinari. **Gerenciamento de Risco Cooperativo em Controladoria Enterprise Risk Management (ERM)**. São Paulo. Editora: Cengage Learning, 2008.

PETER, Maria da glória Arrais. MACHADO, Marcus Vinícios Veras. **Manual de Auditoria Governamental**. São Paulo. Editora: Atlas, 2008.

_____. **Risk management for Canada and Canadians: Report of the Adm Working Group on Risk Management**. Privy Council Office (PCO). Ottawa. Government of Canada, 2000.

ZORZO, Cláudio. **Auditoria Pública e Contabilidade**. Brasília, 2010.

WILDAVSKY, Aaron. **No Risk is the Highest Risk of all**. American Scientist nº.67. P.32-37. 1979.

Exceções à Politização na Administração Pública

Exceptions to the Politicization of Public Administration

Eloilson Augusto da Silva Landim¹

RESUMO

Intervenção política de um poder em outro. Mecanismos administrativos que dependem da estrutura democrática observada. O sistema político escolhido pode constituir-se em uma exceção à politização da administração pública. Poder legitimado pelo voto direto. A população que legitima o legislativo é a mesma que de igual modo legitima o executivo. Vantagens para esse último. O fenômeno da partidarização e sua influência na administração pública. Fortalecimento dos partidos. Equilíbrio de poderes. Maior autonomia política para formação do Judiciário. Participação popular via referendo e iniciativa legislativa.

Palavras-Chave: Politização. Intervenção de um Poder em Outro. Fenômeno da Partidarização. Equilíbrio de Poder. Participação Popular.

ABSTRACT

Political intervention of a power in another. Administrative mechanisms depend on the existent democratic structure. The chosen political system can be set up into an exception to the politicization of public administration. The Power must be legitimized by direct vote. The people that legitimize the legislature are the same that legitimize the Executive branch. The last one takes advantage on the first one. The phenomenon of party politics and its influence on public administration. Strengthening of political parties. Balance of powers. Greater political autonomy for the composition of the judiciary. Popular participation via referendum and legislative initiative.

Keywords: Politicization. Intervention of a Power in Another. The Phenomenon of Party Politics. Balance of Powers. Popular Participation.

1 INTRODUÇÃO

Contextualizando a politização como um fenômeno que está intrínseco à vida política administrativa, podemos afirmar que sua presença é mais constante que ausente em estados democráticos, mormente quando estamos diante de sistemas políticos onde há divisão de poderes e limites reais na atividade de comandar. Resultado da demonstração de força ou até de domínio de um poder sobre o outro, a atividade politizadora revela o dinamismo político, que é circunstancial e episódico, sem que isso venha a representar uma quebra na harmonia ou interferência direta de um poder sobre outro, no caso em geral, sobre quem esteja no momento com a possibilidade de decidir algo relevante e de interesse de todos os personagens que protagonizam a cena política. Não conseguimos identificar em rápidos levantamentos feitos, conceitos específicos e diretos sobre o tema, não sei se por ineficiência da pesquisa levada a efeito ou pela dificuldade de fato assente a matéria. Verdade é que ousamos lançar conceituação própria fundada em entendimento a respeito do assunto, que é encantador e consentâneo com a realidade, nos remove do pensar a fugaz desventura que é compreender como se estabelecem as estruturas de decisões políticas que permeiam as relações desse gênero. Buscamos, igualmente, levantar suspeitas, se é que estamos no caminho certo, sobre alguns elementos históricos e teóricos já descritos em autores clássicos sobre o intrigante relacionamento sócio político, observando-se que sua prática faz parte do mecanismo de ação e reação recíproca dos que estão à frente do poder político, na incessante disputa de espaço e imposição de seus interesses grupais ou partidários, malgrado essa dimensão não seja alçada a detalhes, por não ser esse o objetivo imediato desse trabalho. Apercebemo-nos da necessidade de apontar o que imaginamos serem limites à politização. Estes limites que já estariam dispostos nas ordenações positivas são analisados sob a ótica da pré-concebida prevenção que se estabeleceu nas relações políticas a partir do conhecimento sobre a necessidade de impor “reservas de defesa” quanto à atuação de grupos opostos. Embrenhamo-nos também pela complexa estrutura da partidarização e seus efeitos, maléficos ou não, sobre a administração pública, a depender da esfera de visão de cada interessado com relação ao fato exposto ou ao

contexto analisado. Por último, apreciaremos um aspecto particular da problemática sugerida – exceções à politização – no contexto específico de um balizador clássico dos interesses ou quiçá o que mais interesse desperta nos detentores do poder político: o orçamento público do estado, verificando-o no viés da politização e governabilidade, termo sugerido posto que em uso pelos diversos participantes da cadeia política brasileira, que poderia ser trazido para o português “luso” como, estado de governança ou até ambiente favorável ao desempenho dos planos de governo.

2 CONCEITUANDO ÀS EXCEÇÕES À POLITIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Afetado pelo tema “Exceções à Politização da Administração Pública”, introduzimos em mente a ideia de que primeiro seria mais prudente e consciencioso se buscássemos entender o que seria “politização” e obviamente a partir daí pensarmos em suas exceções. Não obstante a pretensão, essa tarefa de contextualização e conceituação não é nada fácil e confessamos ainda restarem dúvidas com alguma razão de ser, se de fato estamos a considerar a dificuldade em si ou é apenas a nossa limitação pessoal. O fato é que arriscamos a dizer que a politização seria a disputa pela primazia da influencia que um determinado poder político exerce sobre outro, protagonizando um conflito de interesses dentro da Administração Pública. Neste azo gostaríamos de frisar que estaremos distinguindo uma análise prática dentro de limites específicos ou de sistemas de governos específicos (presidencialismo puro ou presidencialismo-parlamentar ou parlamentarismo), mas tão somente refletindo sobre a ideia geral do tema politização.

Seguindo na dimensão do pensar esboçado, a exceção à politização seria a possibilidade de um Poder de Estado exercer diretamente sua atividade própria de governo com interferência ou influência de outro poder, porém agindo de forma discricionária e legal, sem que lhe possa ser imputado ou sequer insinuar-se que suas decisões estejam permeadas de politização, em sentido pejorativo. Ou em outras palavras seria a maneira encontrada pelo ator político através da lei por este aposta de tornar independente sua atuação nos meandros das práticas administrativas, ao arrepio das vontades discordantes dos demais poderes ou até mesmo contra eles, que nesse caso,

nada poderiam fazer, apesar de sua insatisfação com o modelo ou modo de fazer escolhido, seria o popular “manda quem pode, obedece quem tem juízo”. Exemplo clássico foi a recente imposição ao executivo da chamada lei das emendas parlamentares ao orçamento Geral da União por parte do Congresso Nacional, que influem diretamente sobre o orçamento através de alocação de recursos público nas bases eleitorais dos congressistas.²

Desta forma, agir dentro de limites próprios e ou alternativos distinguidos pelo ator político, especificamente não seria algo contrário à lei, mas por vezes segundo a lei e com razão quando for interessado o poder que legislou traçando as diretrizes que tornou possível a sua prática. Com um exemplo tentarei ser mais explícito quanto ao que escrevo. Ao dispor em proposta de lei sobre o procedimento de atuação funcional de seus servidores e a divisão de suas funções, estaria o poder executivo tratando de matéria concernente e tão somente de seu interesse direto e privativo, independentemente do consentimento ou opinião de outros poderes. Qualquer inconveniência sentida ou reclamada pelos utentes desse serviço nos moldes propostos e executados recairia por vezes sobre a responsabilidade da chefia executiva, a quem caberia adotar as providências indispensáveis para uma solução ao problema, sob pena de sofrer a chefia executiva o desgaste resultante dessas dissensões.

2.1. Alguns antecedentes históricos e teóricos

Se a atividade política é tão antiga quanto à vivência do homem em sociedade, é possível que a tentativa de se exercer interferência de um poder estabelecido sobre outro seja uma prática também antiga. Por dedução, se os fenômenos políticos foram alvo de análises pelos antigos e novos mestres, mais lógica ainda, é a conclusão de que existem sinais da presença da politização e seus efeitos sobre a administração pública.³

Nesse diapasão, aqueles pensadores professaram a ideia de que ha-

2 Fonte: <http://www12.senado.leg.br/noticias/entenda-o-assunto/emendas-ao-orcamento>.

3 O professor Paulo Otero, Doutor e estudioso do tema, em seu opúsculo *A dimensão política da Administração Pública: a quebra do mito da separação de poderes entre política e administração*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda, IV, Coimbra, 2012, PP. 713ss.*, poupa-nos com a tarefa de nos determos sobre manuais, quando mostra que as duas concepções (a que Ele denomina de tradicional e alternativa) sobre a politização da Administração Pública já encontraram em pensadores como o grego Aristóteles, o italiano Marcílio de Pádua, o inglês John Locke, os franceses Montesquieu e Rousseau, e finalmente entre os alemães Kant e Hegel, postulações que mencionam as limitações de um poder ao outro e a participação de um poder em outro.

vendo uma margem de liberalidade ou de ação deixada pela incompletude da lei, pela sua impossibilidade de abrigar todas as eventuais circunstâncias das atividades sociais sob o manto da normatividade, abria-se caminho para a intervenção do executivo, face ao espaço que o legislador não preencheu. Vê-se isso mesmo nos pensamentos dos que idealizam uma administração pública voltada ou subordinada à vontade política do legislador, como o foi em John Locke, na sua prerrogativa ao executivo; Montesquieu, quando deferiu ao executivo o poder de intervir na formação da lei, vetando-a; e Rousseau, quando estimula a prática de atos diretos e isolados pelo magistrado do executivo, que teria uma postura ditatorial, pela conveniência circunstancial ou momentânea (Otero, 2012, p. 719). Verifica-se claramente que a ideia de participação direta do executivo intervindo nos mecanismos de formulação da lei apresenta-se como uma realidade insofismável. Não que isso se compare propriamente à politização da administração pública, com respeito aos que entendem de modo diverso, contrariamente penso que essa participação seja sadia em um governo democrático e representativo. Digo isso por duas razões que considero básicas: a uma porque em muitas democracias ocidentais a figura do chefe de governo - principalmente no presidencialismo puro - é escolhida diretamente pelos cidadãos (sem questionarmos aqui as formas do sistema político vigente, obviamente por não ser esse o ponto da questão); a duas porque, sendo um só o líder, ou pessoal e identificável o detentor desse poder, ainda que rodeado de influenciadores e partidários, estaria o eleito mais sujeito às pressões populares - e até externas por parte de organismos internacionais - a ceder em determinado ponto de vista, em nome do interesse do 'bem estar geral'.

Observando a interessante análise do clássico autor Francês Montesquieu formulada pelo Dr. José Levi Mello do Amaral Júnior (2008, p. 169) sobre a obra do dito pensador, podemos observar que em determinado instante, salta a afirmação de que "a experiência eterna mostra que todo homem que tem poder é tentado a abusar dele; vai até onde encontra limites." Ora, a politização, penso que é o desejo do detentor de ir além da linha limítrofe influenciando o mais possível à atuação dos demais poderes. É por isso que Montesquieu condenava por entender imprestável a reunião de todos os po-

deres nas mãos de um só homem.⁴ Por essas é que o “Baron de La Brède et de Montesquieu” falava da imperiosa necessidade de que “le pouvoir arrête le pouvoir” – o poder controla o poder, em tradução livre - e apostava em um mecanismo de neutralização dos poderes. No que pese a preocupação dos autores lembrados aqui, estamos convictos da difícil missão de se evitar a politização, o que levou ao Dr. Paulo Otero a falar em “mito da administração politicamente neutra” (ob. cit. p. 729).

Faz-se mister que vejamos a matéria não apenas pelo lado nefasto da prática da politização, mas também como um mecanismo útil à consolidação das ações administrativas a serem desempenhadas pelo governo e seu órgão de execução. Para além das constatáveis previsões constitucionais deletadas pelos autores atuais, está claro que o próprio legislador constituinte originário demanda ao chefe do executivo, normativas a serem seguidas, como que, confiando-o ações mais dinâmicas e próprias ao seu dever de dar cumprimento à lei e concretamente patrocinar as entregas de bens e serviços a serem proporcionadas pelo estado, partindo da ideia de que não se poderia conceber outro interesse a ser perseguido senão o do bem comum, sendo estranha ao ideário organicista qualquer tentativa de subordinação da vontade administrativa a outro interesse, por mais bem intencionado que o seja.⁵

3 A PROBLEMÁTICA DA LEGITIMIDADE

O problema da legitimidade está de tal forma inserida no contexto de análise da politização da administração pública, a tornar-se ilógica qualquer tentativa de contornar seu campo de influência e ação. Se podemos dizer que a base do poder legal exercido pelo Legislativo é o sustentáculo de sua supremacia sobre o Executivo, sabendo-se que esta base nada mais é do que a vontade popular expressada pelo exercício do sufrágio universal dentro de um sistema democrático, mais ainda poderemos dizer que essa vontade po-

4 Diz o ilustre professor doutor: “Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercessem esses três poderes” no artigo nominado *Sobre a organização de Poderes em Montesquieu. Comentários ao Cap. VI do Livro XI de O Espírito das Leis in Lições de Direito Constitucional, organizado por Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, Forense 2008, p. 169, RJ.*

5 A função exercida pela administração pública está inserida dentro da classificação das funções do estado. Deste modo, compreendemos que é através da função administrativa que se realiza “a prossecução dos interesses públicos correspondentes às necessidade coletivas prescritas em lei. Jorge Miranda, in *Direito Constitucional, tomo V, 4ª. edição Editora Coimbra, pp.29.*

pular é o que lhe dá Legitimidade. Sem essa legitimidade é impossível haver supremacia de poder legal e, portanto, enfraquecida estará a estrutura capaz de conduzir os freios necessários a pôr limites à politização.

Dentro de um regime de governo no qual a chefia do executivo, responsável direto pela governança administrativa é submetida ao mesmo critério de legitimidade em que se imiscuíram os integrantes do parlamento ou assembleia, deveremos concluir que ambos os poderes estarão assentados na mesma base de aceitação popular e, portanto, o embate tornar-se-á mais efetivo. Apenas para lançar olhos sobre a questão, lembremo-nos que a dinâmica histórica da legitimidade encerra um tema específico e imperioso para se discutir a aceitação da politização e até para enquadrá-la dentro do que imaginamos ser uma verdadeira regra de exceção. Encontraremos na classificação teórica de legitimidade o tipo chamado puro de autoridade Racional de Marx Weber, a qual se assenta esse poder legítimo da legalidade das ordens estatuídas ou no direito de baixar instruções que tem aqueles que exercem o poder.⁶ A população que legitima o legislativo é a mesma que de igual modo legitima o executivo, igualando-os nesse critério, com duas vantagens para esse último: a uma, sendo um só é mais fácil de ser visto, lembrado e cobrado; a duas, não importam os métodos utilizados para galgar o posto de chefia, os acordos e conchavos que fez para alçar o poder, uma vez lá estando, torna-se quase sempre legitimado, uma vez que ausente no povo, real detentor do poder, a capacidade para questionar essa legitimidade racional. Tudo o que foi dito pode-se resumir na ideia central de que, a intervenção política do poder executivo nos mecanismos administrativos a depender da estrutura democrática observada, pode constituir-se em uma exceção à politização da administração pública, exatamente porque estará mencionado

6 O constitucionalismo liberal da burguesia exprimiu essa fase da consciência europeia. A limitação de poderes decretou o fim da legitimidade do poder divino, ao mesmo tempo que a *ratio* jusnaturalista se positivou nos códigos e nas constituições. O pensador social já não precisava de explicar tudo pelos eventos históricos. Da análise da sociedade extraiu-se uma grande teorização de cunho sociológico. Convém, por conseguinte, inserir aqui o esquema das distintas formas de legitimidade constatadas pela genial análise de Max Weber, ainda hoje ponto de partida para toda a discussão séria em torno do problema ao qual ele trouxe tantas luzes e tão notável contribuição. Distingue o sociólogo alemão três tipos puros de autoridade: a carismática, a tradicional e a racional. A autoridade carismática repousa, segundo Weber, no fervor ou na devoção excepcional a uma ordem revelada ou criada pelas virtudes de santidade, heroísmo e perfeição de uma determinada personalidade. O carisma é revelação de confiança pessoal da parte dos que obedecem; o conceito, segundo confessa o classificador dessa forma de legitimidade, foi extraído da velha terminologia cristã. A autoridade de caráter tradicional funda-se na crença quotidiana acerca da sacralidade das tradições observadas, bem como na legitimidade daqueles que, mediante elas, exercitam a autoridade. Finalmente, prossegue Weber, a terceira forma legítima de autoridade é a racional, resultante da crença assente na legalidade das ordens estatuídas ou no direito de baixar instruções possuídas por aquele que exercer o poder. Paulo Bonavides, in "A Despolitização da Legitimidade", artigo inserido no livro Lições de Direito Constitucional – Forense, 2008, pp. 149 e seguintes.

poder legitimado para assim atuar.⁷

4 OS LIMITES E ÀS EXCEÇÕES À POLITIZAÇÃO

Adotando como contraponto as vertentes apresentadas pelo Professor Paulo Otero em sua *Dimensão Política da Administração Pública*, item 6.2, página 733, segundo o qual “a componente política da administração pública não pode deixar de encontrar limites” em suas ações, ousamos dizer que por vezes esses limites são tênues e quase sempre transponíveis a depender do sistema político adotado. No sistema presidencialista puro e federativo, como o brasileiro, o executivo tem poderes quase ilimitados, na medida em que a sua área de influência é ampla e forte, baseada na concentração dos poderes, na distribuição dos recursos públicos (controle financeiro) e na indicação e nomeação de chefias de setores decisivos da dinâmica política (controle de indicação).

No primeiro caso isto ocorre segundo a nossa visão por duas razões básicas: uma porque sendo o órgão do Executivo o elaborador e executor do orçamento público (que não era impositivo, e podia ser modificado, enxertado), o faz tecnicamente a sua maneira, utilizando-se das pretensas dificuldades técnicas que envolvem o assunto para impingir-lo como algo inacessível quanto a sua compreensão. Segundo porque, controlador do poder político de contratar e conveniar com os demais entes, o executivo molda a seu gosto as leis, inclusive normas constitucionais que iriam limitá-lo, para além das matérias exclusivas e privadas, usando como moeda de troca a distribuição das receitas a serem investidas.

Na seara do controle de indicação, o Executivo, detendo o direito legal de indicar membros de outro Poder, o Judiciário, para o supremo tribunal federal, as demais instâncias superiores, membros dos tribunais de contas e chefias do ministério público, isso se repetindo a nível federal e estadual, enfraquece possíveis intervenções contrárias a seus interesses a tempo de blindar-se de possíveis ataques insurgentes. Releve-se o fato de que, uma vez nomeados os membros do Judiciário, os escolhidos criam independência e se tornam ingratos, esquecendo os mecanismos de politização que os condu-

7 Como finaliza o Professor Paulo Bonavides (2008, p. 150) sobre o assunto, a legitimidade é a justificativa do Poder; isto é, do direito de comandar.

ziram ao poder. Na verdade esse argumento da independência funcional não é capaz de derrogar os acordos políticos que estão por trás das indicações e nomeações.

Assim agindo, o Executivo sempre estará a cumprir a Constituição, as leis complementares e ordinárias e a seus princípios norteadores, uma vez que, para além de elaborá-las terá o controle de suas interpretações, via judiciário, ainda mais se imaginarmos que os seus escolhidos são nomeados na maioria das vezes para cargos vitalícios e cujas decisões estão resguardadas pelo manto da “livre convicção ou liberdade” doutrinária ao decidir.

Desse modo concluímos pela relatividade da existência de limites à politicidade, mas sim pela confirmação das exceções à politização, que assumem a categoria de regras.⁸

5 A PARTIDARIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Esse fenômeno da partidarização na administração pública talvez seja uma das causas da ineficiência na prestação dos serviços e mais grave ainda, na consecução dos objetivos democráticos. Se a politização leva à partidarização, esta, uma vez presente na governança, sustenta-a e a fortalece. Percebe-se também uma verticalização dessa partidarização, quando temos a presença de setores cuja integralidade é formada por grupos políticos inteiros, do mais alto ao mais baixo escalão, pertencentes ou ligados a corrente política partidarizada. Como consentâneo nesses casos, esse exército prontos-

8 Notas das previsões constitucionais de nomeação para os cargos de ministros do STJ e STF, desembargadores federais e estaduais, procuradores gerais do Ministério Público da União e Estaduais. Artigo 94. “Um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados, e do Distrito Federal e Territórios será composto de membros do Ministério Público, com mais de dez anos de carreira, e de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes. Parágrafo único. Recebidas as indicações, o Tribunal formará lista tríplice, enviando-a ao Poder Executivo, que, nos vinte dias subsequentes, escolherá um de seus integrantes para nomeação.”

Em resumo, no sistema constitucional brasileiro, cabe ao Poder Executivo a escolha dos membros dos Tribunais Superiores, terminando por controlar assim a cúpula do Poder Judiciário, sendo essa a principal causa de sua ineficiência e imprestabilidade.

A maior prova de politização que temos é a nomeação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, que, após escolha do Presidente da República, são aprovados pelo Senado Federal e em seguida nomeados. Ocorreu apenas em 1894, durante o imbróglio que constituiu a Assumpção da República, no governo do Marechal Floriano Peixoto, o Senado recusou cinco indicações de Ministro para o Supremo Tribunal Federal. A última recusa tratou-se do jurista Cândido Barata Ribeiro. Passados 118 anos até hoje não se tem notícia de um ministro escolhido pelo Executivo e que tenha sido rejeitado (*in Silva, Marina Ribeiro da, A primeira recusa de nomeação para o Supremo Tribunal Federal pelo Senado. O Dr. Barata Ribeiro. Acessado em 22/02/14 no endereço: http://www.idb-ful.com/uploaded/files/2012_06_3667_3678.pdf*).

fica-se e trabalha dedicadamente para arregimentar todos os mecanismos de politização da administração pública, dando-lhe uma cara e dinâmica próprias do partido base do executivo. Há outra forma de politização partidária, a decorrente dos partidos aliados, que no contexto da formação da estrutura governativa, “contentam-se” com partes do governo (executivo); se metem a controlar partes de outros poderes, como chefias do legislativo (PMDB, vide congresso nacional hoje) e nomeações para o judiciário e tribunais, formando o consenso de que integram o poder, mas sem pertencerem a seu núcleo duro.

Essa politização administrava por vezes trava batalhas candentes dentro dos governos, em muitas circunstâncias para defenderem interesses até antagônicos ao próprio executivo, obrigando este a ceder espaços em nome do que se deliberou conhecer como “governabilidade” ou “viabilidade administrativa”.⁹

Como é cediço, no Brasil, a regra constitucional para a contratação de pessoal é o concurso público, artigo 37 e seguintes da CF/88. Não obstante, as administrações públicas das três esferas governamentais, as autarquias, fundações e empresas públicas a ela sujeitas estão entupidas de servidores públicos fora da regra: cargos em comissão ou em confiança (que deveriam restringir-se aos cargos de direção e comando, o menos possível); contratos temporários de excepcional interesse público e terceirizados compõem a lista dos partidários do poder, afora aqueles contratados via licitação pública para realização de funções específicas. O resultado é o alto custo administrativo, excesso de pessoal, ineficiência e proselitismo político.

6 A QUESTÃO DO ORÇAMENTO PÚBLICO: POLITIZAÇÃO OU GOVERNABILIDADE?

Capítulo a parte é a questão orçamentária como fonte de politização da administração pública. Elaborado pelos executivos e levados prontos para

⁹ Em meados dos anos oitenta, com a criação dos partidos dos trabalhadores criou-se uma expectativa popular de esplendor e com certa composição ideológica que contrariava a lógica da produção capitalista neoliberal, bem assim com a condenação às práticas políticas vigentes. Passou o tempo e chegou a oportunidade do País ser governado por aqueles que em momentos anteriores combatiam o velho modelo. Mas o paradigma das práticas condenáveis mostrou-se como realidade: o Brasil e os brasileiros visualizaram anos depois as mesmas discrepâncias entre o discurso e a realidade, embora se reconheçam alguns avanços, a politização partidária se fez presente.

a aprovação pelo Legislativo, os orçamentos públicos são em sua maioria a expressa caricatura do executivo, portanto uma exceção à politização, pois se trata da própria diretriz política do governo. Frise-se por oportuno que a aprovação desse orçamento, suas complementações e modificações não são questionadas pelos integrantes do parlamento, salvo raríssimas exceções. Decisivo para isso o controle de fato do partido majoritário, quase sempre controlado pelo chefe do executivo e contribuindo para tanto figuras jurídicas presentes no ordenamento brasileiro como as emendas parlamentares.¹⁰

Na hipótese de ser erguida a discussão sobre as regras orçamentárias por parte de lideranças políticas opositoras, acorrem em socorro do executivo as vozes sedimentadas na tecnicidade e conveniência, que nada mais são do que a integralidade do bloco partidário consente e beneficiários dos ajustes e acertos políticos que fazem a regra da estabilidade governativa, decisiva para eleger ou reeleger os aliados do governo.

7 CONCLUSÃO

As exceções à politização da administração pública sedimentam-se, portanto, na ideia de que o poder governante estrutura sua grade de influência sobre os demais poderes nos mecanismos de instrumentalidade normativa e politicamente imposta, a partir do sistema político, contando com a corroboração de setores político-partidários que orbitam em seu entorno e que recebem como contraprestação as benesses decisivas para suas perma-

10 Constituição Federal de 1988, artigo 61 prevê a prerrogativa “a qualquer membro ou comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional” a iniciativa de leis complementares e ordinárias. Assim, sendo a LOA uma lei ordinária, os parlamentares têm direito de propor emendas orçamentárias individuais, limitadas ao número de 25 cada um por disposição do regimento interno do congresso, para acrescentarem disposições de onde, como e quanto irão ser gastos o percentual de 1% da receita líquida corrente da União, em 2014 o valor representativo de R\$ 14,68, portanto quase quinze milhões de reais por parlamentar. Comentando o assunto os autores Rosilene Magalhães de Sousa e Fernando Moutinho Ramalho Bittencourt discorrem sobre as emendas parlamentares ao orçamento, ajudando-nos a compreender na prática como é feita a politização da administração pública brasileira: O Poder Executivo passa assim a exercer forte influência sobre a liberdade dos parlamentares perante a agenda legislativa federal. Esse empoderamento por parte do Executivo tende a gerar uma relação de conflito de interesse no Legislativo, permitindo ao governo assumir uma postura discriminatória para com os parlamentares que se mantêm independentes em suas votações. Na busca de apoio aos seus projetos, o Executivo estabelece uma relação de uso e o controle da força sobre o Legislativo. Sob a ótica de Cardoso e Martins (1979, p. 24), isso fica caracterizada como “monopólio do controle da força suprema dentro dessa área”, sendo essa uma maneira de se obter resultados exitosos e favoráveis ao Governo. (*In Emendas Parlamentares: A Relação entre o Executivo e o Legislativo. A Política Orçamentária de Interesses e Discriminação.* Artigo apresentado ao Instituto Serzedello Corrêa – ISC/TCU, como requisito parcial à obtenção do grau de Especialista em Orçamento Público. Acessado em 22/02/2012 através do endereço: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2054592.PDF>.)

nências no palanque ou cenário político - regional ou nacional. São exceções à politização porquanto passam a configurar regras positivadas, posto que constantes do ordenamento jurídico. Essas somente passam a serem vistas como politização, quando são questionadas suas bases políticas ou quando suas influências não mais representam a certeza da renovação do poder – pelo voto ou não. Esse fenômeno, em nosso entender, é na verdade cíclico e serve para conformar as forças políticas que se alinham hegemonicamente no interesse comum de manter o poder, mesmo que cedendo em alguns aspectos a parceiros, porém mantendo a inteireza do sentido de controlar o poder governamental, sem romper barreiras ou permitir que o poder encontre amparo em mãos estranhas.

A diminuição da intensidade da politização ou sua maior transparência e aceitação no sistema presidencialista puro como o nosso, passaria pelo fortalecimento do sistema partidário voltado para construir uma base sólida de governabilidade e de vínculos, ressaltando não ser esta uma tendência nacional, de tradição historicamente contrária a partidos fortes e ideologicamente coesos. Acrescento ainda a necessidade de limitar o poder de influência do executivo e do legislativo sobre o judiciário, para permitir que este venha a desempenhar o verdadeiro papel de limitador dos abusos dos outros dois poderes, bem como de organismos indispensáveis a administração pública, como o no caso do ministério público e tribunais de contas; desempenhando a postura de formador de doutrina e jurisprudência capaz de assegurar a adequação e constitucionalidade dos atos emanados pelos órgãos públicos entre si e com reflexos na conduta da sociedade de um modo geral. Essa sociedade que deveria ser chamada sempre para participar do processo de formação constitucional através dos mecanismos de referendo e iniciativa popular.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Diogo Freitas do. **História do Pensamento Político Ocidental**. Coimbra: Almedina, 2012.

AMARAL JUNIOR, José Levi do. In **Sobre a organização de poderes em Montesquieu**. Comentários ao Capítulo IV do Livro XI de O Espírito das Leis. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BONAVIDES, Paulo. In “A Despolitização da Legitimidade”, artigo inserido no livro - **Lições de Direito Constitucional** – Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MICHELS, Robert. **Para uma Sociologia dos Partidos Políticos na Democracia Moderna**. Tradução de José M. Justo. Lisboa: Editora Antígona, 2001.

MIRANDA, Jorge. **Direito Constitucional, tomo V**. 4ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

OTERO, Paulo Manuel Cunha. Bases Jurídicas da Administração Pública. In **Manual de Direito Administrativo**, I. Coimbra: Almedina, 2013.

OTERO, Paulo Manuel Cunha. A dimensão política da Administração Pública: a quebra do mito da separação de poderes entre política e administração. In **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda**, IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. **Lições de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

O Alcance da Súmula Vinculante Nº 13 em Relação à Ocupação de Cargos e Funções de Confiança por Servidores Efetivos e a Concretização dos Princípios Constitucionais

The scope of the “súmula vinculante” nº 13 in regards to the occupation, by government employees, of positions filled through discretionary nomination, and the concretization of constitutional principles.

Ediara de Souza Barreto¹

RESUMO

A edição da súmula vinculante nº 13 representou importante consolidação, na consciência jurídica e política nacional, da vedação constitucional ao nepotismo, fazendo emergir sobretudo questões relativas aos princípios da moralidade e da impessoalidade. Todavia, a existência de problemas na redação do enunciado não permite a sua aplicação de forma clara em certas situações, havendo, pois, dificuldades em relação aos seus corretos limites, o que tem levado a doutrina e a jurisprudência a sinalizar a necessidade de certos abrandamentos. O presente artigo visa analisar os critérios e as condições necessárias para a aplicabilidade do seu conteúdo e, por consequência, dos princípios constitucionais citados, quando a relação de parentesco envolver servidor ocupante de cargo efetivo.

Palavras-Chave: Força Normativa dos Princípios. Moralidade. Impessoalidade. Eficiência. Acesso aos Cargos Públicos.

ABSTRACT

The formulation of the “súmula vinculante” nº 13 represented an important consolidation, in the judicial and political national conscience, of the constitutional prohibition of nepotism. It gave rise, above all, to questions regarding

¹ Graduada em Direito pela Universidade Federal da Bahia, atuando como servidora no Ministério Público do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia junto à Procuradoria-Geral. E-mail: ediarabarreto@gmail.com

the principles of morality and impersonality. Nonetheless, the existence of problems in its wording does not allow for a clear application of the “súmula vinculante” nº 13 in certain situations, thus creating difficulties regarding its correct limitations. This has led doctrine and jurisprudence to signalize the need for some flexibility. The present article aims at analyzing the criteria and the necessary conditions for the applicability of its content and, as a result, the applicability of the aforementioned constitutional principles when the family connection involves the tenured public servant nominated for the effective position.

Keywords: Normative Force of Legal Principles. Morality. Impersonality. Efficiency. Access to Public Offices.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O termo “nepotismo” traduz a ideia de favorecimento em virtude de relação de parentesco, tendo adquirido atualmente uma conotação mais específica, pertinente à nomeação de membros da mesma família para cargos e funções públicas².

Tal prática, infelizmente tão corriqueira nos mais diversos escalões do serviço público, não é vedada de forma expressa pela Constituição Federal, o que de forma alguma impede a sua deslegitimação social e jurídica.

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal (STF) entende que a ausência de autorização para o nepotismo decorre diretamente da Carta da República, consistindo em violação aos princípios da moralidade, impessoalidade e eficiência. Por esta razão, editou o enunciado de nº 13, extraído da súmula da sua jurisprudência dominante, ora transcrito:

A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em

2 Conforme definição extraída do Dicionário Eletrônico Michaelis, a palavra “nepotismo” significa “1. Excessiva influência que os sobrinhos e outros parentes dos papas exerceram na administração eclesiástica. 2. Favoritismo de certos governantes aos seus parentes e familiares, facilitando-lhes a ascensão social, independentemente de suas aptidões.”. (WEISZFLOG, acesso em 06 set. 2014)

qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

Com base nisso, verifica-se que *a priori* está vedada a ocupação de cargo em comissão ou função de confiança por pessoas incluídas no círculo familiar do agente público, como forma de evitar que a sua condição possa favorecer indevidamente o acesso aos quadros da Administração e eventualmente cause prejuízos ao erário em razão, por exemplo, da nomeação de pessoa sem a devida qualificação técnica para o desenvolvimento de determinada atividade.

Todavia, em algumas situações, a incidência deste enunciado e, por consequência, dos princípios em virtude dos quais foi elaborado, acaba por gerar soluções injustas ou mesmo esbarra em outros valores também protegidos pelo ordenamento jurídico, levando a jurisprudência e a doutrina a relativizar o seu conteúdo. É o caso da nomeação de parentes para o exercício de cargos de natureza política, que vem sendo admitida pelo STF em face à discricionariedade do agente político para nomear os seus assessores diretos³.

Frequentes são as críticas doutrinárias acerca do modo como o dispositivo foi redigido, ressaltando que, por um lado, ele deixou de abarcar situações que deveriam ter sido explicitadas como proibidas e, por outro, conferiu desproporcional rigor ao tratamento de certos casos.

Do ponto de vista sociológico, José dos Santos Carvalho Filho (2013, p. 25) observa ter havido excesso na edição da norma em razão da insatisfação oriunda do comprometido histórico de verificado na realidade nacional, trazendo as seguintes considerações:

A determinação guarda algum radicalismo e certamente provocará injustiças, visto que existem parentes ocupando cargos e funções de confiança dotados de eficiência, interesse administrativo e espírito público. Não obstante, tantos foram os abusos cometidos e os apadrinhamentos ocorridos, e tão densa se revelou a insatisfação social com esse estado de coisas, que a reação acabou por exceder os limites em função dos quais foi oposta. Essa é a constatação que, numa visão sociológica, frequentemente se encontra. Por outro lado, a norma, tal como veiculada,

3 Nesse sentido, Recl. 14.497 MC, Relator Ministro Joaquim Barbosa, Decisão Monocrática, Julgamento em 11/10/12, Publicado em 19/10/12.

provocará complexidades em sua aplicação.

Uma das complexidades apontadas consiste justamente no impedimento imposto àqueles que, ocupantes de um cargo de provimento efetivo, não poderiam assumir funções gratificadas ou cargos em comissão/confiança por possuírem um dos vínculos discriminados pela súmula vinculante nº 13. Para o autor, se o agente ingressou nos quadros funcionais da Administração por concurso público, não há que se falar em incidência do enunciado em comento, cuja função seria “alcançar, isto sim, parentes que sequer integram os quadros funcionais, propiciando seu ingresso nestes, portanto, sem concurso público” (CARVALHO FILHO, 2013, p. 25).

A título exemplificativo, tratar-se-ia da hipótese na qual o prefeito de determinado município nomeia o seu filho, professor efetivo da rede pública de ensino, para o exercício de uma função na escola onde leciona, com acréscimos remuneratórios, ou para o exercício de determinado cargo de direção, chefia ou assessoramento na Secretaria de Educação.

Aqui, ao lado dos princípios da moralidade, impessoalidade e eficiência, seria necessário ponderar também o princípio da ampla acessibilidade aos cargos públicos, consagrado no art. 37, inciso I, da Constituição Federal e complementado pelo seu inciso II⁴.

Além disso, não parece um despropósito cogitar do inegável prejuízo àquele que, porventura munido da qualificação técnica necessária para exercer determinada função/cargo, se vê totalmente impedido dessa possibilidade por conta de uma circunstância em relação à qual nada pode fazer ou transformar – a sua relação de parentesco com alguém. Noutra quadra, é bastante provável a ocorrência de favorecimentos indevidos e de ineficiência no exercício da atividade pública por um familiar.

Parece claro, portanto, tratar-se de situação na qual a nomeação e a exoneração não são tão livres, tendo em vista envolver a ponderação dos princípios e valores destacados, impondo-se ao administrador e aos órgãos de controle grande esforço argumentativo para aferir a sua constitucionalidade.

4 Art. 37. I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei;

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

Por meio deste artigo, propõe-se a utilização de elementos extraídos da Teoria dos Princípios para a definição de parâmetros que possam oferecer soluções minimamente previsíveis e seguras para este tipo de conflito, preservando-se, por um lado, os anseios de um serviço público moralmente legítimo e, por outro, os interesses daqueles que o realizam⁵.

Para tanto, será feita breve elucidação doutrinária acerca da distinção entre princípios e regras, bem como das principais características destas espécies normativas, e, em seguida, o tema será abordado de forma mais direta, tendo como referência o princípio da moralidade.

2 DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Na atualidade, há certo consenso quanto à densidade normativa dos princípios jurídicos, os quais, ao lado das regras, constituem o arcabouço normativo regulatório de quase todos os ramos do Direito. Com efeito, poucas são as vozes que ainda se levantam para atribuir-lhes funções meramente interpretativas, de colmatação de lacunas ou de integração, reconhecendo-lhes inegável força cogente⁶.

Em formulação bastante precisa, Robert Alexy (2011, p. 87) afirma que “tanto regras como princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser”. Como decorrência disso, a Constituição, os Códigos, a legislação extraordinária e demais atos normativos estão repletos de princípios, os quais também são aplicados cotidianamente na prática negocial e judicial, conferindo ao sistema jurídico brasileiro maior flexibilidade e abertura a valores suprapositivos, tais como justiça e equidade.

Avançando, pois, a realidade jurídica nacional enfrenta agora novos desafios, especialmente no que tange ao modo de aplicação destas normas principiológicas e à correta definição dos seus limites, temas estes que ganham especial relevo quando inseridos no contexto da chamada “criação judicial do Direito” e na necessidade de assegurar segurança jurídica.

Não obstante a existência de divergências na doutrina, em termos gerais os princípios e as regras são distintos quanto à estrutura, ao modo de

5 Não custa recordar que atualmente se tem questionado muito a banalização e o mau uso dos princípios jurídicos. Carlos Ari Sundfeld (2012, p. 60) chega a falar em “geleia geral no direito público brasileiro, em que princípios vagos podem justificar qualquer decisão”, causando séria “deterioração da qualidade do debate jurídico”.

6 Nesse sentido, Fredie Didier Junior (2010, p. 25-26).

aplicação, à solução de conflitos e ao tipo de resposta oferecida a partir de um problema concreto.

Consistem as regras em determinações, ou seja, relatos descritivos de condutas proibidas, permitidas ou impostas, por meio das quais, mediante subsunção, é possível verificar diretamente a consequência jurídica que lhe fora atribuída. Para Karl Larenz (LARENZ, 1979, p. 23 apud ÁVILA, 2014, p. 56), as regras estabelecem uma conexão entre uma hipótese de incidência e uma consequência jurídica, ao contrário dos princípios, cuja função seria somente indicar “a direção em relação à regra a ser encontrada, como que determinando um primeiro passo orientador de outros passos para a obtenção da regra”.

Analisando as contribuições de Ronald Dworkin, Humberto Ávila (2014, p. 56-57) consigna que as regras são aplicadas a partir do modelo do “tudo ou nada”, de sorte que “se a hipótese de incidência de uma regra é preenchida, ou a regra é válida e a consequência jurídica deve ser aceita, ou ela não é considerada válida”. O eventual conflito entre duas regras, pois, resolve-se por meio da declaração de invalidade de uma delas.

Por seu turno, os princípios caracterizam-se por serem normas cuja previsão dos relatos se dá de maneira mais abstrata, sem se determinar imediatamente a conduta esperada, cabendo ao intérprete analisar o caso concreto para definir a solução jurídica a ser oferecida em face aos eventuais princípios em colisão.

Para Dworkin (2010, p. 39-41), regras e princípios são conjuntos de padrões que se distinguem em razão da “natureza da orientação que oferecem”, individualizando-se estes por não apresentarem “consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas”.

Ademais, os princípios possuiriam uma “dimensão de peso ou importância”, não encontrável nas regras, que direciona a solução de antinomias entre tais normas para a aferição de qual deve prevalecer em uma dada situação (DWORKIN, 2010, p. 42), resolvendo-se os conflitos no plano eficaz. Os princípios, pois, conteriam somente fundamentos a serem conjugados com outros fundamentos, não se cogitando em declaração de invalidade de qualquer deles (ÁVILA, 2014, p. 57).

Aprimorando os conceitos de Dworkin, Robert Alexy sustenta que as normas principiológicas estabelecem “mandamentos de otimização” por meio dos quais “ordenam que algo seja realizado na maior medida possível,

de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas existentes” (ALEXY, 2011, p. 90). Quanto às possibilidades jurídicas, o autor enfatiza que o seu âmbito é determinado pelos princípios e regras colidentes.

Desse modo, as regras ostentariam um caráter definitivo e os princípios, um caráter *prima facie*, instituindo razões/obrigações provisórias para uma determinada conclusão (DWORKIN, 2010, p. 103-106). Surgindo outras razões provisórias a serem ponderadas, aquelas inicialmente apresentadas pelo princípio podem ser afastadas.

Dentre outros, Humberto Ávila destaca o critério diferenciador consistente na medida de contribuição para a decisão a ser tomada. Nesse contexto, as regras emergem com a pretensão de oferecer soluções para conflitos já antecipados pelos órgãos legislativos, enquanto os princípios “apenas oferecem razões complementares para solucionar um conflito futuramente verificável” (ÁVILA, 2014, p. 115).

Outrossim, o autor ainda enfatiza que os princípios estabelecem a promoção de um estado ideal de coisas, um fim a ser alcançado mediante a adoção de determinados comportamentos, que “passam a constituir necessidades práticas sem cujos efeitos a progressiva promoção do fim não se realiza” (ÁVILA, 2014, p. 102).

3 DO ENFRENTAMENTO DA CONTROVÉRSIA

Retornando ao cerne do problema discutido neste artigo, tem-se o seguinte questionamento: em se tratando de servidor efetivo, a relação de parentesco com outro agente público nas hipóteses previstas pela súmula vinculante nº 13 o impede de exercer cargos ou funções de confiança?

O enunciado em apreço, embora possua inegável caráter normativo e esteja incluído no contexto da criação judicial do Direito⁷, em essência, consubstancia o entendimento consolidado da mais elevada corte judicial do país sobre matéria já discutida inúmeras vezes. Trata-se, pois, de posicio-

7 Nesse sentido, valiosas são as lições de Gilmar Ferreira Mendes (2013, p. 966): “É de Kelsen o esclarecimento de que a função criadora do direito nos tribunais, existente em todas as circunstâncias, surge com particular evidência quando um tribunal recebe competência para produzir também normas gerais por meio de decisões com força de precedentes. Conferir a tal decisão caráter de precedente é tão só um alargamento da função criadora de direito dos tribunais. Se aos tribunais é conferido o poder de criar não só normas individuais, mas também normas jurídicas gerais, estarão eles em concorrência com o órgão legislativo instituído pela Constituição, e isso significará uma descentralização da função legislativa”.

namento jurisprudencial dotado de expressiva representatividade no âmbito jurídico e social, não sendo exagero afirmar que o enunciado vinculante concretiza a visão jurídica predominante acerca de um dado tema num determinado período.

No caso específico, ao fazer constar que a nomeação de pessoas com vínculos familiares para a ocupação de cargos/funções de confiança viola a Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal assentou a premissa de que, neste caso, os princípios da moralidade, impessoalidade e eficiência⁸ são vulnerados, concretizando-os, portanto, por meio do estabelecimento de uma regra proibitiva a ser oposta em face aos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública.

A discricionariedade do gestor público na nomeação dos seus auxiliares de confiança, portanto, não prevaleceu em face aos princípios mencionados.

Todavia, a situação ora debatida acrescenta à ponderação os princípios do livre acesso aos cargos públicos e da igualdade, tornando-se necessário considerar o prejuízo causado àquele que ingressou legitimamente nos quadros funcionais do Poder Público através de concurso e se vê de antemão impedido de exercer atividades de confiança.

Cuida-se de situação enquadrável no que se denominou de “lacuna axiológica” (MENDES, 2013, p. 90), decorrente da ausência de previsão de uma circunstância constitucionalmente relevante na elaboração de uma norma, hipótese na qual:

Há uma solução normativa formal para o problema, mas o intérprete a tem como insatisfatória, porque percebe que a norma não tomou em conta uma característica do caso que tem perante si, a qual, se levada em consideração, conduziria a outro desfecho (MENDES, 2013, p. 90).

Cria-se, então, o seguinte dilema: a sociedade brasileira e especialmente o seu meio jurídico já consolidaram o entendimento de que o vínculo de parentesco impede o exercício de cargos/funções de confiança, tendo em vista o histórico de imoralidade, descaso com as atividades públicas e ineficiência verificados nestas circunstâncias. Assim, não é possível simplesmente

te ignorar o comando da súmula vinculante, principalmente quando ocorre omissão regulamentadora dos entes federativos. Com efeito, não há dispositivo expresso na Constituição Federal vedando o nepotismo e, além disso, poucos são os diplomas normativos (decretos, leis) que tratam do tema, principalmente nos Estados e Municípios, o que reforça a importância do enunciado em apreço⁹.

Ainda importa referir que a superação de uma regra vinculante estabelecida pelo STF em razão do sopesamento dos princípios que lhe são subjacentes e contrapostos oferece graves riscos à segurança jurídica¹⁰, sendo imprescindíveis as tentativas de criação de parâmetros a ser observados nas possíveis nomeações e no posterior controle exercido em relação a estas.

3.1. Dos passos para a extração da normatividade dos princípios

A partir da sua concepção de princípios como espécie normativa por meio da qual se estabelece um estado ideal de coisas a ser buscado, Humberto Ávila (2013, p. 117-119) propõe que os comportamentos necessários ao seu alcance sejam determinados a partir de alguns passos, ora resumidos em razão do escopo deste artigo: **(i)** especificações dos fins estabelecidos pelo princípio; **(ii)** pesquisa de casos paradigmáticos, especialmente nos tribunais superiores, e identificação de similaridades entre eles; e **(iii)** verificação e exposição de possíveis critérios aptos a delimitar os comportamentos necessários para a sua realização.

Para Ávila, primeiramente é necessário especificar os fins ao máximo, o que se faz mediante a leitura atenta da Constituição Federal, identificando-se as disposições relacionadas com os princípios estudados e com os princípios fundamentais e, por outro lado, buscando normas que possam restringir o alcance do princípio (ÁVILA, 2013, p. 117).

⁹ Vale destacar que a jurisprudência do STF é pacífica quanto ao fato de que a vedação ao nepotismo decorre diretamente dos princípios do art. 37, caput, da Constituição Federal, independentemente da edição de lei formal (nesse sentido, Recl 15.451). No entanto, para a Corte, a edição de atos regulamentares quanto à configuração desta prática compete aos entes federativos e esferas de poder (nesse sentido, MS 31.697). Nesse contexto, inclusive, Gilmar Ferreira Mendes (2013, p. 972) destaca que “a adoção da súmula vinculante para a Administração Pública exige a promulgação de normas de organização e procedimento que permitam assegurar a observância desta por parte desta dos ditames contidos na súmula sem que se verifique uma nova e adicional sobrecarga de processos – agora de reclamações – para o Supremo Tribunal Federal”.

¹⁰ O aprofundamento no tema da superabilidade das regras foge ao escopo deste trabalho, sendo imprescindível, todavia, citar a doutrina de Humberto Ávila exposta no livro “Teoria dos Princípios” (2013).

Com base na análise feita pelo autor em relação ao princípio da moralidade, vale dizer que a Constituição de 1988 o consagrou em diversos dispositivos e, principalmente, nos seguintes casos: **(i)** posituação do princípio da impessoalidade como regente da Administração Pública (art. 37, caput); **(ii)** a instituição da regra do concurso público para ingresso nos quadros funcionais estatais (art. 37, II); **(iii)** proibição quanto à acumulação de cargos (art. 37, XVI); **(iv)** vedação à autopromoção (art. 37, §1º); **(v)** exigência de idoneidade moral e/ou reputação ilibada para o ingresso em determinados cargos (arts. 73, 101, 109 etc.); **(vi)** coibição dos atos de improbidade administrativa e instituição de hipótese de cassação de direitos políticos em virtude da sua prática (art. 37, §4º c/c art. 15, V); **(vii)** possibilidade de instituição de hipótese de inelegibilidade a fim de proteger a probidade administrativa e a moralidade para o exercício de mandato (art. 14, §9º); e **(viii)** manejo da ação popular contra atos lesivos à moralidade administrativa (art. 5º, LXXIII).

Em síntese bastante elucidativa, Humberto Ávila (2013, p. 121) sugere:

A sistematização do significado preliminar desses dispositivos termina por demonstrar que a Constituição Federal estabeleceu um rigoroso padrão de conduta para o ingresso e para o exercício da função pública, de tal sorte que, **inexistindo seriedade, motivação e objetividade**, os atos podem ser revistos por mecanismos internos e externos de controle. (grifos acrescentados)

Por outro lado, em consonância com o princípio da isonomia (art. 5º, caput) o texto constitucional também garante a ampla acessibilidade aos cargos públicos, determinando que *“os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei”* (art. 37, I).

Avançando para o segundo passo¹¹, a análise dos julgados que ensejaram a edição da súmula vinculante nº 13¹² e dos julgados destacados pelo

11 A importância deste segundo passo merece destaque tendo em vista que, conforme ressalva de Gilmar Ferreira Mendes (2013, p. 970), os limites objetivos de uma súmula vinculante são definidos pelo seu enunciado, o qual, por seu turno, somente pode ser devidamente compreendido a partir dos julgados que ensejaram a sua edição. Ademais, “tais referências são importantes também no que diz respeito à eventual distinção ou *distinguishing* que se tenha de fazer na aplicação da súmula vinculante”, o que se aplica perfeitamente à proposta deste artigo.

12 ADI 1.521 MC, MS 23.780, ADC 12-MC, ADC 12 e RE 579.951. Disponível em:

«http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/0013vinculante.htm» Acesso em 17 set. 2014.

próprio STF¹³ evidencia uma tendência muito clara em ampliar e reforçar o entendimento consolidado, estabelecendo raras exceções.

É o que se demonstra, por exemplo, no julgamento do MS 31.697¹⁴, em sede do qual se destacou que a súmula em apreço não exaure as modalidades de nepotismo, permitindo ao Poder Judiciário a apreciação de atos supostamente não enquadráveis nos seus estritos termos que encerram violações à Constituição Federal.

Inclusive, a única ressalva explícita ao conteúdo do enunciado consiste na nomeação de parentes para o exercício de cargos políticos e, ainda assim, grandes são as reservas estabelecidas no que toca à necessidade de análise casuística e à formação de possível precedente neste sentido, conforme se demonstra:

Em ambos os casos, a Corte excluiu da incidência da Súmula Vinculante nº 13 a situação de nomeação de irmãos para cargos de natureza política, como Secretário de Estado. **A Corte assentou, ainda, que aqueles julgamentos não deveriam ser considerados como precedentes específicos, pois a abordagem do nepotismo deve ser realizada caso a caso.** (Rcl 14.497 MC, Relator Min. Joaquim Barbosa, Decisão Monocrática, Julgamento em 11/10/2012, Publicado em 19/10/2012). (grifos acrescidos)

(...) a decisão reclamada está em aparente confronto com a matriz jurisprudencial firmada pelo Plenário desta Corte, que, ao apreciar a Rcl 6.650-MC-AgR/PR, Rel. Min. Ellen Gracie, ratificou o entendimento que havia sido anteriormente sinalizado no julgamento de mérito do RE 579.951/RN, de minha relatoria, no sentido de que os cargos de natureza eminentemente política não se submetem, a princípio, às hipóteses expressamente elencadas na Súmula Vinculante 13. (...) Consigno, contudo, que, no julgamento plenário desses dois arestos já referidos, ficou ressaltado que **aquelas decisões referiam-se aos casos concretamente analisados e que a investigação das situações de nepotismo, mesmo na hipótese de cargos políticos, deveria ser realizada caso a caso.**

(Rcl 14.549 MC, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Decisão Monocrática, Julgamento em 27/09/2012, Publicado em

13 Rcl 9.013, MS 31.697, Rcl 15.451, Rcl 16.924, Rcl 14.497, Rcl 15.549, Rcl 12.742, Rcl 12.468, Rcl 6.702MC-AgR e Rcl 6.650 MC-Agr. Disponível em: « <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?súmula=1227>». Acesso em 17 set. 2014.

14 MS 31.697, Relator Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, julgamento em 11.3.2014, DJe de 2.4.2014.

02/10/2012). (grifos acrescentados)

Vale ressaltar que o problema das nomeações/designações de parentes que já fazem parte dos quadros da Administração Pública ainda não foi enfrentado diretamente pelo STF. Todavia, no julgamento da ADI 1521-4, o Ministro Marco Aurélio o analisou de forma transversal, tecendo as importantes considerações abaixo colacionadas:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. EMENDA CONSTITUCIONAL 12/1995 DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. CARACTERIZAÇÃO DOS CARGOS EM COMISSÃO. PROIBIÇÃO DA PRÁTICA DE NEPOTISMO. ADI JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. I – A vedação a que cônjuges ou companheiros e parentes consanguíneos, afins ou por adoção, até o segundo grau, de titulares de cargo público ocupem cargos em comissão visa a assegurar, sobretudo, cumprimento ao princípio constitucional da isonomia, bem assim fazer valer os princípios da impessoalidade e moralidade na Administração Pública. (...)

(Voto do Ministro Marco Aurélio) Tênuos têm sido as iniciativas objetivando coibir abusos notados no preenchimento de cargos em comissão: **por vezes, são parentes de autoridades do primeiro escalão que efetuam concurso público para a ocupação de cargos de menor importância**, inclusive os situados na base da pirâmide hierárquica, **para, a seguir, à mercê de apadrinhamento revelador de nepotismo, chegarem a cargos de maior ascendência**, quer sob o ângulo da atividade desenvolvida, que considerada a remuneração; **outras vezes, ocorre a nomeação direta para o cargo em comissão, surgindo, com isso, em detrimento do quadro funcional que prestou concurso, aqueles que se diferenciam, em dose elevada, pelo chamado 'QI' (sigla irônica que resume a expressão 'quem indica')**. A origem dessa situação é remota, com raízes fincadas no período da colonização. A par desse aspecto, tem-se ainda o desvirtuamento das próprias funções, de vez não raro dá-se a investidura para o exercício de funções que, na realidade, não se fazem compatíveis com a nomeação para cargos em comissão. (ADI 1521, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, Julgamento em 19/06/2013, Publicado em 13/08/2013). (grifos acrescentados)

O terceiro passo, concernente na busca e estabelecimento de critérios,

não pode desprezar os esparsos diplomas normativos que regulamentam a matéria no âmbito federal, do Ministério Público e do Conselho Nacional de Justiça.

De antemão, todavia, importa consignar uma observação. Como afirmado anteriormente, a edição de instrumentos regulatórios compete a cada ente federativo e esfera de Poder e, por outro lado, muitos deles ainda estão omissos nesta seara. Não se trata, portanto, de aplicar os respectivos regulamentos em outras entidades, mas sim de tentar extrair parâmetros comuns que, decorrentes do próprio princípio da moralidade, possam auxiliar a sua aplicação quanto ao aspecto do nepotismo.

Em âmbito federal, a proibição ao nepotismo foi regulamentada pelo Decreto nº 7.203/2010, cujo art. 3º dispõe serem vedadas as nomeações, contratações ou designações de familiar de Ministro de Estado, familiar da máxima autoridade administrativa correspondente ou, ainda, familiar de ocupante de cargo em comissão ou função de confiança de direção, chefia ou assessoramento para cargo em comissão ou função de confiança, atendimento a necessidade temporária de excepcional interesse público ou estágio, salvo, nestes últimos casos, quando tiver havido regular processo seletivo.

Noutra quadra, são excluídas desta proibição as nomeações, designações ou contratações de servidores federais ocupantes de cargo de provimento efetivo, bem como de empregados federais permanentes inclusive aposentados (art. 4º, inciso I). Para tanto, exige-se a observância do grau de escolaridade do cargo ou emprego de origem, a compatibilidade da atividade que lhe seja afeta e a complexidade inerente ao cargo em comissão ou função comissionada a ocupar, além da qualificação profissional do servidor ou empregado.

No mesmo sentido, o art. 2º, § 1º, da Resolução de nº 07 do Conselho Nacional de Justiça dispôs, antes mesmo de o STF ter editado a súmula vinculante nº 13, que, sendo concursado o servidor, a proibição de acesso não se aplicaria desde que houvesse compatibilidade do grau de escolaridade ou complexidade da atividade desenvolvida no cargo de origem com o cargo ou função a ser exercido, não sendo possível na hipótese de subordinação imediata em relação à autoridade nomeante¹⁵.

¹⁵ Registre-se que a constitucionalidade deste ato normativo foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADC-12 (Relator Ministro Carlos Britto, Tribunal Pleno, Julgamento em 20/08/08, Publicado em 18/12/09).

Por seu turno, o Conselho Nacional do Ministério Público editou a Resolução nº 1/2005, trata do tema no seu art. 2º: “a proibição não alcança o servidor ocupante de cargo de provimento efetivo dos quadros do Ministério Público, caso em que a vedação é restrita à nomeação ou designação para servir junto ao membro determinante da incompatibilidade”.

A partir da leitura de tais disposições, é possível elencar alguns requisitos indispensáveis para lastrear a legitimidade dos atos em apreço: **(i)** compatibilidade entre o cargo de origem e o cargo/função de confiança de destino quanto à atividade desenvolvida, ao grau de escolaridade, e à complexidade técnica; **(ii)** compatibilidade com a qualificação profissional e técnica do agente público; e **(iii)** ausência de submissão direta em relação à autoridade nomeante¹⁶.

Outrossim, registre-se que a doutrina costuma ver com ressalvas as nomeações de familiares mesmo na hipótese de nomeação para cargos políticos – já admitida pelo Supremo Tribunal Federal –, exigindo a comprovação de justificativa plausível e da qualificação técnica pertinente:

Faz-se necessário frisar que, em julgados posteriores ao RE 579.951/RN e à Rcl-MC 6.650/PR, os ministros do Supremo Tribunal Federal têm procurado deixar claro que a inaplicabilidade da Súmula Vinculante 13 à nomeação para cargos políticos é mera regra geral. Devem ser analisadas as peculiaridades de cada caso concreto. Por exemplo, **mesmo sendo para um cargo político, a nomeação será ilícita, configurando o nepotismo, com violação da Súmula Vinculante 13, se ficar demonstrado que ela se deu exclusivamente por causa do parentesco** (o nomeado não possui qualquer qualificação profissional, curricular ou técnica que justifique a sua escolha), ou como uma troca de favores, ou para burlar uma situação anterior irregular, na qual aquele mesmo parente havia sido nomeado para um cargo meramente administrativo, entre outras possibilidades em que fique patentemente caracterizada a afronta aos princípios da moralidade e da impessoalidade administrativas. (ALEXANDRINO e PAULO, 2013, p. 305) (grifos acrescentados)

Devem ser evitadas tais nomeações, se possível: independente-

16 Parece elementar que a subordinação direta à autoridade administrativa com a qual o agente público possua laços de matrimônio, união estável ou parentesco implica grave risco à eficiência na prestação da atividade pública, sendo possível cogitar inclusive a não prestação do serviço, além de possíveis desconfortos no ambiente de trabalho, o que justifica a existência de restrições nesses casos.

mente da natureza política dos cargos, **sempre vai pairar uma suspeita de favorecimento ilegítimo.** (CARVALHO FILHO, 2013, p. 25) (grifos acrescentados)

Não pairam dúvidas, portanto, quanto à necessidade de estabelecimento de critérios para a resolução dos problemas envolvendo a aplicabilidade da súmula vinculante nº 13, sendo a jurisprudência, a doutrina e a própria Constituição fontes de fundamental relevância neste processo.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante a análise das normas constitucionais relativas aos princípios envolvidos e dos posicionamentos jurisprudenciais, normativos e doutrinários destacados, nota-se que a aplicabilidade ou não da súmula vinculante nº 13 aos casos envolvendo familiares somente pode ser definida a partir da exposição clara dos critérios aptos a legitimar esta escolha, o que somente pode ser feito por meio da motivação dos respectivos atos.

Isso porque, tendo em vista o conteúdo do enunciado em apreço, a designação/nomeação de parentes, ainda que efetivos, para o exercício de funções/cargos de confiança deve ser alvo de especial cautela e precisa ser acompanhada de motivos razoáveis que justifiquem a criação de exceção ao entendimento sumulado. A mera aprovação em certame público não isenta os agentes – nomeante e nomeado – da verificação quanto à moralidade e razoabilidade da admissão e, portanto, não tem o condão de excluí-los de per si da condição de destinatários do enunciado em apreço.

Entretanto, também não é possível negar desde logo esta possibilidade, tendo em vista a necessidade de sopesamento da moralidade, impessoalidade e eficiência, de um lado, com a isonomia e o livre acesso aos cargos públicos, de outro.

Ademais, não se pode esquecer que o manejo dos princípios jurídicos pressupõe a sua ponderação ante as peculiaridades do caso concreto e, especialmente no que toca à moralidade, valiosas são as já citadas considerações de Humberto Ávila quanto à necessidade de demonstração da seriedade, motivação e objetividade do ato.

A busca por uma solução legítima, portanto, pressupõe a análise e a ex-

posição das circunstâncias individuais relativas à nomeação/designação, tais como a comprovação da compatibilidade entre os cargos de origem e destino, o grau de escolaridade e o lapso temporal decorrido entre a assunção do cargo pela autoridade nomeante e a mudança funcional do seu familiar, ainda que não haja qualquer diploma normativo regendo a matéria na esfera do ente federativo.

A título exemplificativo, parece ser difícil sustentar a legitimidade da designação de determinado servidor para o exercício da função de confiança de maior hierarquia num determinado órgão poucos dias após seu pai ter sido empossado no cargo de prefeito, sem que tenha havido a conclusão de um curso de qualificação ou qualquer acontecimento excepcional apto a ilidir os fortes indícios de que a sua ascensão funcional não tenha decorrido unicamente da existência de vínculo familiar com a autoridade que o nomeou.

Desse modo, ainda que o texto constitucional consagre a liberdade de nomeação e exoneração em relação aos cargos em comissão e funções de confiança (art. 37, II), é perfeitamente possível exigir do agente público, nas situações ora tratadas, que exponha as suas razões de forma clara e fundamentada, especialmente quando demandado por órgãos de controle acerca da sua legitimidade.

Como dito, os princípios jurídicos instituem razões provisórias e podem oferecer respostas jurídicas distintas a depender do caso concreto. Assim, vale frisar que as diretrizes oferecidas neste artigo são inservíveis para estabelecer uma regra que solucione de forma absoluta a controvérsia suscitada, podendo ser utilizadas tanto para permitir a incidência como a não aplicação da súmula vinculante nº 13 às situações envolvendo funcionários públicos efetivos.

O que se propõe, portanto, é que a discussão seja um pouco mais aprofundada, principalmente a partir da delimitação de critérios, não se limitando o intérprete a invocar genericamente os princípios que embasariam a tese por ele defendida sem ao menos tentar concretizá-los e, com isso, oferecer soluções devidamente fundamentadas, seguras e legítimas.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo**

Descomplicado. 21 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. 21 ed.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios:** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional.** 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

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

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil:** teoria geral do processo e processo de conhecimento. 12 ed. Salvador: Juspodium, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** Tradução Nelson Boeira. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

SUNDFELD, Carlos Ari. Princípio é Preguiça? In: **Direito Administrativo para Céticos.** São Paulo: Malheiros, 2012. p. 60-84.

WEISZFLOG, Walter. **Michaelis Moderno Dicionário da Língua Portuguesa.** Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=nepotismo>>. Acesso em 06 set. 2014.

O *Status* Militar da Polícia Ostensiva nas Constituições Brasileiras, sob a Ótica da Proteção ao Pacto Federativo

The military status of the ostensible police in the Brazilian Constitutions, from the perspective of protecting the Federative Pact

José Kilderlan Nascimento de Sousa¹

RESUMO

Neste artigo, realiza-se uma análise crítica da inserção das polícias militares estaduais na Constituição Federal – de forma pioneira, em relação às demais forças policiais brasileiras – e do controle dessas forças militares realizado pela União, mediante o Exército Brasileiro. Faz-se ainda uma reflexão sobre a manutenção de seu status militar como imposição do governo central para um controle mais efetivo desses “exércitos estaduais”. Essa manutenção constitui fator de proteção do Pacto Federativo, principalmente para evitar que estados economicamente mais fortes possam representar uma ameaça à federação.

Palavras-Chave: Polícia Militar. Pacto Federativo. Constituição.

ABSTRACT

In this paper, we make a critical analysis of the integration of state military police in the Constitution – a pioneer way in relation to other Brazilian police – and the control of these military forces conducted by the Union through the Brazilian Army. We consider the maintenance of their military status as an imposition of the central government for more effective control of these “state armies”. This maintenance is a protective factor of the Federative Pact, mainly to prevent economically powerful states may pose a threat to the federation.

Keywords: Military Police. Federative Pact. Constitution.

¹ Major da Polícia Militar do Ceará, Bacharel em Segurança Pública, Licenciado em Pedagogia, Bacharel em Direito, Especialista em Gestão Pública, Especialista em Administração Escolar, Mestrando em Planejamento e Políticas Públicas. E-mail: kilderlansouza@yahoo.com.br

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Polícia Militar é uma corporação cuja origem remonta à vinda da família real portuguesa para o Brasil. Ao chegar ao Rio de Janeiro, D. João VI cria, em 1809, a Guarda Real de Polícia, uma força militar que se subordinava ao Intendente-Geral de Polícia e ao Ministro da Guerra. Esta instituição, que tinha a missão de garantir a ordem e perseguir criminosos, foi a gênese das atuais polícias militares brasileiras (HOLLOWAY, 1997, p. 47).

A Polícia era um exército permanente travando guerra social contra adversários que ocupavam o espaço a seu redor. O contato com o inimigo advinha de ações guerrilheiras dos bandos de capoeira, de atos subversivos como fugir ao controle de seu dono e recusar-se a trabalhar, e de uma infinidade de pequenas violações individuais, que iam do pequeno furto ao atrevimento de ficar nas ruas depois do toque de recolher. [...] A meta era reprimir e subjugar, manter um nível aceitável de ordem e tranquilidade que possibilitasse o funcionamento da cidade no interesse da classe que elaborou as regras e criou a polícia para fazê-las cumprir (HOLLOWAY, 1997, p. 50).

Esta instituição era inspirada numa força policial militar congênere, que atuava em Lisboa e que, por sua vez, seguia o modelo da *maréchaussée* (Polícia Montada) da França (COTTA, 2006, p. 37-42). O modelo francês, atualmente exercido naquele país pela *Gendarmerie Nationale*, influenciou o modelo policial de diversos países, como, por exemplo, Itália (*Carabinieri*), Espanha (*Guardia Civil*), Portugal (*Guarda Nacional Republicana*), Chile (*Carabineros*), Argentina (*Polícia Federal Argentina* e *Gendarmeria Nacional Argentina*), dentre outros.

No Brasil, desde a década de 80 do século XX, os estudiosos da segurança pública questionam o modelo militarizado de polícia ostensiva, por entenderem que este não é adequado ao Estado Democrático de Direito e que a missão policial deve ser cumprida por instituições civis. Assim defendem, dentre outros, Zaluar (1984), O'Donnell (1988), Adorno (1994), Paixão e Beato F. (1997). Predomina, na doutrina, o entendimento de que, ao final do último período de exceção (1964-1985), deveria ter havido a desmilitarização da polícia militar.

Hoje o desafio que continua posto aos governos democráticos, numa transição por dentro das estruturas dos aparelhos repressivos, é de serem capazes de implementar políticas de segurança pública eficazes e eficientes no combate à criminalidade sob o controle do Estado democrático de Direito. O agravante não é só o fato de a redemocratização do País ou a sua volta ao constitucionalismo democrático, após o regime militar, não ter erradicado as práticas autoritárias dos nossos dispositivos policiais e da própria sociedade. É, sobretudo, o fato dessas questões não estarem colocadas na agenda política dos governos no Estado de Direito e, quando estão, estão de modo tímido e acanhado [...]. (MOTA BRASIL, 2003, p. 200).

É importante salientar que os países centrais, com democracias mais sólidas que a brasileira, também possuem polícias militares atuando na segurança pública. No entanto, ao contrário do nosso modelo, as polícias desses países têm a competência para atuar no ciclo completo de polícia, ou seja, a investigação criminal e a prevenção aos delitos são exercidas pela mesma corporação.

No Brasil, e somente aqui, nossas forças de segurança atuam de forma apartada, ficando a Polícia Civil com a incumbência da polícia judiciária (investigação criminal) e a Polícia Militar encarregada da polícia ostensiva (prevenção dos delitos). No resto do mundo, a divisão de encargos se dá por área territorial ou tipos de crimes, mas todas as forças de segurança, sejam de natureza civil, sejam de caráter militar, exercem o ciclo completo de polícia.

O desenho institucional da justiça criminal brasileira, por sua vez, caracteriza-se por uma notória singularidade em comparação com os de seus países vizinhos. A começar pela estruturação do subsistema policial. Na sociedade brasileira, as atividades de policiamento ostensivo e de policiamento investigativo estão divididas em duas organizações, a saber: a polícia militar e a polícia civil. Essa divisão organizacional do trabalho policial não encontra precedentes nos demais países ocidentais e foi institucionalizada no final da década de 1960, durante a ditadura militar. (SAPORI, 2007, p. 52).

Misse (2010), em importante estudo sobre o inquérito policial, traz-nos, com muita propriedade, o funcionamento fracionado da persecução criminal no Brasil e suas nuances ao analisar o funcionamento do Inquérito

Policial – IP em cinco capitais brasileiras.

Finalmente, verificou-se também uma distância e um afastamento tanto entre agentes policiais e delegados, quanto entre esses e membros do Ministério Público. É como se, a cada nível hierárquico do processo de incriminação os atores encarregados de esclarecer um determinado crime em sua materialidade e autoria, afastassem-se progressivamente da “cena do crime”, transformando-a em uma narrativa de segunda e terceira mãos. O primeiro a chegar, o policial militar, não pode iniciar a investigação, apenas fazer o flagrante, caso o autor permaneça próximo à cena do crime; se não houver flagrante, na melhor das hipóteses, preservado o local, chegam os policiais civis e os peritos; o delegado, que pode não comparecer à cena, receberá os informes dos policiais civis e aguardará os exames periciais solicitados, mas os laudos podem demorar dias, semanas, meses... Mediante portaria terá instaurado o inquérito policial. Convidará ou intimará, então, testemunhas para depor na delegacia, mas nem sempre terá condições de buscá-las, aguardando que venham, que não faltem. Se chegarem, ou quando chegarem, ouvirá determinando ao escrivão (isso quando este já não substituiu o delegado) que transcreva os depoimentos e, quando os há, interrogará os suspeitos, que serão então indiciados. Juntará os laudos, as transcrições dos depoimentos e outros materiais e redigirá uma reconstituição do que encontrou, relatando por escrito o resultado obtido, e enviará a peça – enfim, o inquérito policial, ao Ministério Público, que poderá constatar que todo o esforço é judicialmente insuficiente para denunciar quem quer que seja. Devolve então o inquérito ao delegado, solicitando que ele realize novas diligências. Este, já às voltas com novas portarias e novos inquéritos policiais, e certo de que não obterá mais nada com aquele, poderá engavetá-lo e esperar chegar o prazo para reenviá-lo ao MP, dando assim início ao “pingue-pongue”. Algum dia, um procurador cansado olhará toda aquela papelada e pedirá seu arquivamento, por insuficiência de resultados. Cada inquérito que se transforma em denúncia e segue em frente, já como ação penal, é uma vitória. Por alguma razão, o seu número é pequeno. (MISSE, 2010, p. 18).

O gasto público com segurança contabiliza um grande volume de recursos que, segundo o Anuário Brasileiro de Segurança Pública (BRASIL, 2014), foi da ordem de R\$ 258 bilhões de reais, o que equivale a 5,4% do

PIB brasileiro destinados a custos sociais relacionados à violência. Estes incluem estimativas referentes a perdas de vidas e a despesas públicas com segurança e prisões, das quais, somente com polícias e segurança pública, consumiram-se R\$ 61,1 bilhões de reais.

A manutenção de uma polícia com *status* civil e outra com *status* militar, cada uma fazendo uma parte do trabalho policial, e que, em tese, complementam-se, não tem obtido resultados satisfatórios para estancar os altos índices de criminalidade que assola o País.

Os dados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública (BRASIL, 2014, p. 6) nos revelam ainda que, a cada dez minutos, uma pessoa é assassinada no Brasil e que, somente em 2013, foram assassinadas 56.646 pessoas no Brasil. A violência sexual contra as mulheres no País também assusta quando observamos que foram cometidos 100.544 estupros nos anos de 2012 e 2013.

No Brasil, dados publicados no documento denominado *Mapa da violência – 2014: os jovens no Brasil*, do Centro Brasileiro de Estudos Latino-Americanos (CEBELA), em parceria com órgãos governamentais, indicam que, de 1980 a 2011, cerca de 1.202.245 foram vítimas de homicídio. Na análise da estrutura e especificidades evolutivas da mortalidade na faixa jovem, a pesquisa dividiu a população em dois grandes grupos: a) os jovens (15 a 29 anos de idade) e os não jovens, aqueles que ainda não chegaram à sua juventude (menos de 15 anos de idade); e b) aqueles que já passaram da faixa (29 ou mais anos de idade) (WAISELFISZ, 2014, p. 28). Como resultado, deu-se o seguinte:

Considerando o longo período – 1980/2012 –, entre os jovens, 62,9% das mortes devem-se a causas externas. Na população não jovem, esse percentual representa só 8,1% das mortes acontecidas. Se na população não jovem só 2,0% dos óbitos foram causados por homicídio, entre os jovens os homicídios foram responsáveis por 28,8% das mortes acontecidas no período 1980 a 2012. (WAISELFISZ, 2014, p. 30).

Diversas Propostas de Emenda à Constituição – PECS buscam reforma a polícia brasileira apresentando diversos modelos – seja efetivando a desmilitarização da polícia militar, e sua fusão com a polícia civil, formando uma polícia de ciclo completo, e de natureza civil (PEC 613/1998, e PEC

51/2013) – seja deixando a cargo dos estados a opção de manter as duas corporações, ou de unificá-las, garantindo o ciclo completo (PEC 21/2005 e PEC 102/ 2011) – seja ainda promovendo às guardas municipais a competência para exercer a polícia municipal (PEC 613/1998, PEC 21/2005, PEC 102/2011 e PEC 51/2013).

Este artigo busca entender o processo de constitucionalidade da polícia ostensiva no Brasil como força militar, sob o controle da União, por meio do Exército Brasileiro, deixando as corporações militares estaduais na condição de força auxiliar e reserva do Exército Brasileiro; procura ainda fazer uma análise crítica acerca da manutenção da natureza militar das tropas estaduais como uma ação política deliberada do poder central para proteção do pacto federativo (PAULO; ALEXANDRINO, 2012, p. 328-338).

2 O PROCESSO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA POLÍCIA OSTENSIVA

As policiais militares sempre estiveram vinculadas ao Exército Brasileiro. Desde os tempos mais remotos da história brasileira, a Força Terrestre exerce protagonismo na formação, organização, doutrina, legislação, na gestão e em muitos outros aspectos das forças públicas estaduais. Essas corporações, ora de maneira tácita, ora de forma expressa, sempre estiveram umbilicalmente ligadas (MIRANDA, 2013, p. 40-43).

Desde logo, é preciso entender que as polícias militares são subordinadas aos governadores dos estados e do Distrito Federal, mas a União sempre exerceu o controle sobre a estrutura, organização e mobilização dessas forças, seja por lei infraconstitucional, seja diretamente, impondo regras na própria Constituição.

A preocupação da União com o controle das PMs parece guardar relação com o poder bélico das policiais militares e os seus enormes contingentes de homens e mulheres treinados, armados e equipados e que, em primeiro plano, estão sob o controle do poder local – nem sempre politicamente alinhado ao poder central –, sendo os governadores dos estados e do Distrito Federal seus comandantes-em-chefe.

É justamente por conta de um episódio de desalinhamento do poder local com o poder central que as policiais militares passaram a compor a Constituição Federal de 1934, durante o Governo de Getúlio Vargas, quando

a sociedade paulista, por meio da Força Pública de São Paulo (atual Polícia Militar de São Paulo – PMESP), fez um levante contra as tropas federais, na denominada Revolução Constitucionalista de 1932.

A PMESP foi a primeira força militar brasileira a receber treinamento, de maneira institucional, de uma força militar estrangeira. Isso ocorreu em 1906, quando o governo paulista contratou uma Missão Militar Francesa para adestrar militarmente a força pública paulista. Para se ter uma ideia, o Exército, somente em 1918, contratou treinamento similar, que, coincidentemente, também era de militares franceses – o que gerou, na época, diversas opiniões contrárias, embasadas justamente na defesa do pacto federativo.

O primeiro fato interessante a ressaltar é a que a chegada da Missão Francesa que chegou a São Paulo em 1906 sendo, portanto precursora das missões militares estrangeiras no Brasil. O Exército só viria a receber missão instrutora, também da França, em 1918. [...]

As reações contrárias à missão partiriam de duas alas que, na verdade, estão unidas. Primeiro, aquela que se levanta contra a crescente proeminência do Estado de São Paulo na Federação. Segundo, a ala defensora do Exército Nacional. As duas concentrarão suas críticas no mesmo ponto essencial: contra a militarização, a primeira critica a militarização excessiva de um Estado em termos de ameaça de um imperialismo estadual. A segunda enfatiza o caráter civilista que deve manter qualquer polícia contra a militarização, que deve ser reservada apenas ao Exército. De qualquer modo as duas alas abordam o problema do mesmo prisma: a militarização como privilégio da União, ou seja, das Forças Armadas. (FERNANDES, 1973, p.157).

Com a vitória das forças federais – diversas forças públicas de outros estados foram convocadas e mobilizadas para lutar ao lado do Exército Brasileiro contra a PM de São Paulo – inclusive seguiu para São Paulo um considerável efetivo da PM cearense (RODRIGUES, 1955, p. 93). Vargas insere, na Constituição Federal de 1934, a vinculação das polícias militares (é a primeira vez que esse termo é usado, antes a denominação era de força pública, ou termos afins) ao Exército Brasileiro: “Art. 167 - As polícias militares são consideradas reservas do Exército, e gozarão das mesmas vantagens a este atribuídas, quando mobilizadas ou a serviço da União” (BRASIL, 1934, p. 43).

Pelo contexto político da época, podemos concluir que a ação de Vargas foi deliberada e buscava, de maneira expressa, subordinar as PMs ao governo central por intermédio do Exército Nacional. Assim entende Huggins (1988):

Para Vargas isto significou agir rapidamente contra qualquer governador de estado que pudesse fortalecer as forças policiais estaduais e ameaçar o poder de seu próprio governo central. Assim, um dos primeiros atos de Vargas foi limitar os orçamentos dos governos estaduais para a polícia, tomando medidas especiais contra a poderosa Força Pública de São Paulo, com a nacionalização de sua unidade aérea. (HUGGINS, 1988, p. 50).

A Lei Federal n.º 192/1936 veio regulamentar a organização das polícias militares na condição de reserva do Exército, como fora previsto no art. 167 da CF (1934), vinculando legalmente uso dos regulamentos; apoio logístico, convocação e mobilização; organização dos efetivos nas armas de cavalaria e infantaria; formação e capacitação de policiais; uniforme e, inclusive, o comando das polícias ao Exército nacional.

Art. 1º As Polícias Militares serão reorganizadas pelos Estados e pela União na conformidade desta Lei, e são consideradas reservas do Exército, nos termos do art. 167 da Constituição Federal, Art. 2º Compete às Policias Militares:

[...]

c) atender á convocação do Governo Federal em casos guerra externa ou grave comoção intestina, segundo a lei de mobilização.

Art. 3º As Policias Militares formadas por alistamento voluntário de brasileiros natos serão constituídas de Serviços e Corpos, das armas de infantaria e cavalaria, semelhantes aos do Exército, e em Unidades especiais com organização, equipamento e armamento próprios ao desempenho de funções policiais.

Art. 4º O efetivo e o armamento de cada Corpo ou Unidade não poderão exceder aos previstos para as unidades das mesmas armas do Exército. em tempo de paz.

Art. 5º Os postos das Policias Militares terão as mesmas denominações e hierarquias dos do Exército, até Coronel, inclusive.

Art. 6º Os comandos das Policias Militares serão atribuídos, em comissão. A oficiais superiores e capitães do serviço ativo do Exército. ou a oficiais superiores das pró-

prias corporações, uns e outros possuidores do Curso da Escola de Armas do Exército ou da própria Corporação. § 1º O oficial do Exército, que for nomeado para comandar Polícia Militar, será comissionado no posto mais elevado da mesma Força, sempre que sua patente for inferior, esse posto.

[...]

Art. 12. É vedado às Polícias Militares possuir artilharia, aviação e carros de combate, não se incluindo nesta última categoria os carros blindados.

[...]

Art. 22. Serão adaptados nas polícias Militares, no em que lhes forem aplicáveis, os regulamentos de instrução militar, vigentes no Exército, bem como o R. I. S. G. (Regulamento Interno dos Serviços Gerais dos Corpos e da Tropa).

[...]

Art. 26. A instrução dos quadros e da tropa, que obedecerá à orientação do Estado Maior do Exército, será obrigatoriamente dirigida por oficiais do Exército ativo que tenham, pelo menos, o curso da Escola de Armas e sejam postos pelo Ministro da Guerra à disposição dos Governadores dos Estados, por propostas destes e com a anuência do Estado Maior do Exército. (BRASIL, 1936, *passim*).

A Lei n.º 192/1936 também inovou ao criar o foro especial para policiais militares ao permitir aos estados a criação da Justiça Militar estadual, órgão especial que atualmente julga policiais militares nos crimes tipicamente militares e nos crimes contra a vida, desde que não sejam dolosos.

Art. 19. Os oficiais, aspirantes a oficial, sargentos praças das Polícias Militares, nos termos do art. 84 da constituição Federal, terão foro especial nos delitos militares e serão punidos com penas estabelecidas no Código Penal Militar pelos crimes que praticarem e aí estiverem previstos, na conformidade do Código de Justiça Militar em vigor.

Parágrafo único. Cada Estado organizado a sua justiça militar constituindo como órgão de primeira instância os conselhos de justiça, e, de segunda instância, a Corte de Apelação ou tribunal especial. (BRASIL, 1936, p. 2)

A Constituição de 1937, imposta por decreto durante a Ditadura Vargas (Estado Novo), manteve a subordinação das forças militares estaduais à

Força Militar Federal e a exclusividade de a União legislar sobre organização, instrução e justiça das polícias militares estaduais.

Art. 15 - Compete privativamente à União:

[...]

IV - organizar a defesa externa, as forças armadas, a polícia e segurança das fronteiras;

[...]

Art. 16 - Compete privativamente à União o poder de legislar sobre as seguintes matérias:

[...]

II - a defesa externa, compreendidas a polícia e a segurança das fronteiras;

[...]

XXVI - organização, instrução, justiça e garantia das forças policiais dos Estados e sua utilização como reserva do Exército [...] (BRASIL, 1937, p. 4-5).

Com o fim do período Vargas (1930-1945), o Brasil novamente inaugura um Regime Democrático; no entanto, a Constituição de 1946 não só manteve o termo “reserva”, como incluiu o termo “auxiliares”, reforçando a subordinação ao Exército Nacional:

Art. 5º - Compete à União:

[...]

f) organização, instrução, justiça e garantias das policias militares e condições gerais da sua utilização pelo Governo federal nos casos de mobilização ou de guerra;

[...]

Art. 183 - As polícias militares instituídas para a segurança interna e a manutenção da ordem nos Estados, nos Territórios e no Distrito Federal, são consideradas, como forças auxiliares, reservas do Exército. (BRASIL, 1946, *passim*).

A partir de 1964, o Brasil passa a viver novamente um Estado de Exceção (1964 - 1985). A Constituição de 1967 ratifica a condição das PMs como “forças auxiliares e reservas do Exército”, dando continuidade à histórica vinculação das tropas estaduais ao governo central.

§ 4º - As polícias militares, instituídas para a manutenção da or-

dem e segurança interna nos Estados, nos Territórios e no Distrito Federal, e os corpos de bombeiros militares são considerados forças auxiliares reserva do Exército, não podendo os respectivos integrantes perceber retribuição superior à fixada para o correspondente posto ou graduação do Exército, absorvidas por ocasião dos futuros aumentos, as diferenças a mais, acaso existentes. (BRASIL, 1967, p. 6).

Na Emenda Constitucional nº 1, de 1969, que inaugura um “fechamento” ainda maior do Regime Militar (1964-1985), no seu art. 13, IX, §4º, indica que as polícias militares deveriam permanecer como forças auxiliares e reserva do Exército Brasileiro, ganhando a exclusividade do policiamento ostensivo por meio da extinção das guardas civis.

§ 4º As polícias militares, instituídas para a manutenção da ordem pública nos Estados, nos Territórios e no Distrito Federal, e os corpos de bombeiros militares são considerados forças auxiliares, reserva do Exército, não podendo seus postos ou graduações ter remuneração superior à fixada para os postos e graduações correspondentes no Exército. (BRASIL, 1969, p. 7).

O Regime Militar editou o Decreto n.º 667/1969, que reorganizou as polícias militares. Por intermédio dessa legislação, promoveu a exclusividade do policiamento ostensivo às forças militares estaduais, extinguindo as guardas civis – instituição civil que atuava no policiamento ostensivo, criada, em São Paulo, pela Lei Estadual n.º 2.141/1926, e que teve o modelo copiado por 20 capitais brasileiras e outras grandes cidades (EGE, 2013, p. 54). Talvez esse ponto seja o motivo de muitas memórias atribuírem a questão da militarização das PMs ao último período de exceção brasileiro.

Desde a estruturação do sistema de segurança pública no império, pela primeira vez no estado de São Paulo uma instituição não militar realizaria grande parte do policiamento ostensivo. Em 22 de outubro de 1926, por meio da Lei nº 2.141, foi criada a Guarda Civil Estadual, com um efetivo de mil homens uniformizados. O perfil dessa guarda tentava seguir o modelo de polícia londrino. [...] Pelo art. 1 da lei de criação a Guarda Civil foi denominada auxiliar da Força Pública, mas sem caráter militar. Os objetivos da Guarda Civil eram o policiamento ostensivo da capital, a fiscalização de trânsito, o serviço de radiopatrulha

para o controle da criminalidade, a proteção de escolas e de repartições públicas em geral, o policiamento fazendário e o policiamento nas cidades de campinas, Ribeirão Preto, Sorocaba, Bauru, Marília, Presidente Prudente, Jundiá, Mogi das Cruzes, Piracicaba e São Carlos. (MARIANO, 2004, p. 24-26).

O Decreto n.º 667/1969 define e normatiza as competências das polícias militares e cria a Inspetoria Geral das Polícias Militares – IGPM, órgão pertencente à estrutura do Exército Brasileiro e que tem a missão de controlar e coordenar as policiais militares.

Art. 1º As Polícias Militares consideradas forças auxiliares, reserva do Exército, serão organizadas na conformidade deste Decreto-lei.

Parágrafo único. O Ministério do Exército exerce o controle e a coordenação das Polícias Militares, sucessivamente através dos seguintes órgãos, conforme se dispuser em regulamento:

- a) Estado-Maior do Exército em todo o território nacional;
- b) Exércitos e Comandos Militares de Áreas nas respectivas jurisdições;
- c) Regiões Militares nos territórios regionais.

Art. 2º A Inspetoria-Geral das Polícias Militares, que passa a integrar, organicamente, o Estado-Maior do Exército incumbe-se dos estudos, da coleta e registro de dados bem como do assessoramento referente ao controle e coordenação, no nível federal, dos dispositivos do presente Decreto-lei.

Parágrafo único. O cargo de Inspetor-Geral das Polícias Militares será exercido por um General-de-Brigada da ativa.

[...]

Art. 3º - Instituídas para a manutenção da ordem pública e segurança interna nos Estados, nos Territórios e no Distrito Federal, compete às Polícias Militares, no âmbito de suas respectivas jurisdições:

- a) **executar com exclusividade**, ressalvas as missões peculiares das Forças Armadas, o policiamento ostensivo, fardado, planejado pela autoridade competente, a fim de assegurar o cumprimento da lei, a manutenção da ordem pública e o exercício dos poderes constituídos (grifo nosso);

[...]

- d) atender à convocação, inclusive mobilização, do Governo Federal em caso de guerra externa ou para prevenir ou reprimir grave perturbação da ordem ou ameaça de sua irrupção, subor-

dinando-se à Força Terrestre para emprego em suas atribuições específicas de polícia militar e como participante da Defesa Interna e da Defesa Territorial;

e) além dos casos previstos na letra anterior, a Polícia Militar poderá ser convocada, em seu conjunto, a fim de assegurar à Corporação o nível necessário de adestramento e disciplina ou ainda para garantir o cumprimento das disposições deste Decreto-lei, na forma que dispuser o regulamento específico. (BRASIL, 1969, p. 1-2).

O Governo Militar editou ainda o Decreto n.º 88.777/1983, que instituiu o Regulamento para as Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, sedimentando a estética militar das corporações estaduais. Este regulamento trata de suas conceituações e competências; estruturas e organizações; pessoal; exercícios de cargos e funções; ensino, instrução e material; emprego operacional; e competência do Exército sobre as PMs, por meio da IGPM.

A Constituição de 1988 inaugura um novo Regime Democrático no Brasil. Por intermédio do Art. 144, disciplina e dá competência aos órgãos policiais brasileiros, ficando a Polícia Militar com a competência da polícia ostensiva. Foram também recepcionados o Decreto n.º 667/1969 e o Decreto n.º 88.777/1983, que estruturaram a PM no Regime Militar, estando, portanto, em pleno vigor.

Fazendo uma releitura dos anais da Constituinte (1987), observamos que, nas discussões e votações que ratificaram a permanência do caráter militar da polícia ostensiva, os partidários da militarização da polícia receberam significativo apoio dos constituintes. A questão de possível ameaça ao Pacto Federativo por estados mais fortes economicamente foi novamente levantada.

As forças policiais e os corpos de bombeiros são instituições centenárias com relevantes serviços prestados às comunidades e ao Brasil, seja na situação de normalidade ou em tempo de guerra, quando auxiliam as Forças Armadas, na defesa Territorial e Defesa Civil, no âmbito do Território Nacional. [...] A condição de forças auxiliares e reserva do Exército, tanto para as Forças Policiais quanto para os Corpos de Bombeiros, além de já pertencerem a nossa melhor tradição constitucional e longe de significar qualquer subordinação, traz sem dúvida, indiscutíveis vantagens a operacionalidade desejada, seja para a defesa

territorial- em caso de guerra- seja para manutenção da ordem interna. A não preservação dessa condição- forças auxiliares e reserva do exército- privaria a União de fazer uso da totalidade dos seus recursos materiais e humanos, na eventualidade da ocorrência de grave comoção interna ou de conflito armado externo, ensejando na necessidade de criação de uma Guarda Nacional, composta por centenas de milhares de homens, que oneraria federal de modo intolerável para as finanças públicas. A União, na primeira constituição republicana, somente dispunha de competência para legislar sobre a Polícia da Capital Federal. A experiência republicana foi desastrosa. Estados Membros organizaram verdadeiros Exércitos Estaduais, contrariando o princípio federativo e imiscuindo-se no papel constitucional das Forças Armadas. A organização, o armamento, e a instrução das Forças Policiais eram, muitas vezes, semelhantes ao do Exército e não adequados ao papel que devem desempenhar modernamente, ligado a Segurança Pública, em tempo de paz, e a Defesa Territorial, em tempo de Guerra. Daí a necessidade de resguardar a competência da União para legislar sobre a estrutura básica das Forças Policiais e Corpos de Bombeiros, possibilitando condições mínimas na eventualidade de suas mobilizações e convocações. Para manter a operacionalidade de serviços executados normalmente em situações adversas e de grande risco, exige-se dos integrantes das Forças Policiais e Corpos de Bombeiros, disciplina rígida, hierarquia forte, além de condicionamento físico e psicológico, que somente o estatuto administrativo militar pode proporcionar, sendo perigoso e insensato submeter seus integrantes ao estatuto comum do funcionário público civil. (FIÚZA, 1987, p. 29-30).

Interessante que, em 1998, ou seja, 10 anos depois da promulgação da Constituição Cidadã, a Emenda Constitucional n.º 18/1998 alterou a nomenclatura “dos servidores públicos estaduais” para “dos militares dos estados, do Distrito Federal, e dos territórios” e remeteu os policiais militares, na forma do art. 42, da CF/1988, de forma expressa, aos parágrafos 2º e 3.º do art. 142 da CF (1988); literalmente, seguindo a tradição brasileira, as PMS passaram a integrar constitucionalmente as Forças Armadas brasileiras.

[...]

§ 2º - Não caberá habeas corpus em relação a punições disciplinares militares.

§ 3º Os membros das Forças Armadas são denominados milita-

res, aplicando-se-lhes, além das que vierem a ser fixadas em lei, as seguintes disposições:

[...]

IV - ao militar são proibidas a sindicalização e a greve;

V - o militar, enquanto em serviço ativo, não pode estar filiado a partidos políticos;

VI - o oficial só perderá o posto e a patente se for julgado indigno do oficialato ou com ele incompatível, por decisão de tribunal militar de caráter permanente, em tempo de paz, ou de tribunal especial, em tempo de guerra;

VII - o oficial condenado na justiça comum ou militar a pena privativa de liberdade superior a dois anos, por sentença transitada em julgado, será submetido ao julgamento previsto no inciso anterior;

VIII - aplica-se aos militares o disposto no art. 7º, incisos VIII, XII, XVII, XVIII, XIX e XXV, e no art. 37, incisos XI, XIII, XIV e XV, bem como, na forma da lei e com prevalência da atividade militar, no art. 37, inciso XVI, alínea "c" (BRASIL, 1988, p. 63).

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Fazendo uma releitura das constituições brasileiras, e analisando o contexto histórico, podemos concluir que as polícias militares estão nelas inseridas como força de natureza militar, subordinadas ao controle e à coordenação do Exército Brasileiro. As polícias militares, por sua condição de forças armadas estaduais, treinadas, armadas, equipadas e com efetivos consideráveis, estão assim à disposição de forças políticas locais, muitas vezes não alinhadas ao poder central.

A União sempre legislou privativamente sobre assuntos referentes às polícias militares e corpos de bombeiros militares: "Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: [...] XXI - normas gerais de organização, efetivos, material bélico, garantias, convocação e mobilização das polícias militares e corpos de bombeiros militares" (BRASIL, 1988, p. 12-13).

A história registra episódios da utilização dessas tropas em combate contra as forças federais, de maneira efetiva, como ameaça ao pacto federativo; ou ainda como demonstração de força, conforme ocorreu recentemente, guardadas as devidas proporções, no estado de Minas Gerais.

Em 2000, no estado de Minas Gerais, o então governador Itamar Franco determinou que a Polícia Militar de Minas Gerais cercasse o Palácio da Liberdade, sede do governo de Minas, como desdobramento de uma crise política entre seu governo e o então Presidente da República Fernando Henrique Cardoso. O ato do governador foi uma resposta à presença e movimentação de tropas do Exército Brasileiro visando garantir a segurança de uma fazenda de propriedade dos filhos do presidente na cidade mineira de Buritit, que estava sendo ameaçada de invasão pelo Movimento dos Trabalhadores Sem Terra (MST). Este episódio foi amplamente divulgado na mídia internacional e nacional. (SOUZA, 2012, p. 115-116).

Analisando os anais da Constituinte (1987), vimos que a manutenção da polícia ostensiva sob o estatuto militar (e na condição de força auxiliar e reserva do Exército) e a recepção de leis federais construídas durante o Regime Militar (as quais proporcionam alinhamento organizacional, em nível nacional, de todas as policiais militares, sob a batuta da União, por meio do Exército Brasileiro) estão diretamente vinculadas à potencial ameaça ao pacto federativo.

A possibilidade de que alguns estados possam constituir verdadeiros exércitos locais ou a consequente diminuição legal, estratégica e operacional do poder de convocação e mobilização das forças públicas estaduais pelo Governo Federal parecem influenciar a estagnação das propostas de reforma na estrutura da polícia brasileira, principalmente aquelas que propõem a desmilitarização da polícia ostensiva.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Sergio. Violência, controle social e cidadania: dilemas na administração da justiça criminal no Brasil. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, São Paulo, n. 41, p. 101-127, dez. 1994.

BRASIL. Presidência da República. **Lei n.º 667, de 17 de janeiro de 1936**. Reorganiza, pelos Estados e pela União, as Polícias Militares sendo consideradas reservas do Exército. Brasília, DF: Imprensa Nacional, 1936. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1930-1939/>

lei-192-17-janeiro-1936-501765-publicacaooriginal-1-pl.html > . Acesso em: 11 out. 2014.

_____. Presidência da República. **Decreto-lei n.º 667, de 2 de julho de 1969**. Reorganiza as Polícias Militares e os Corpos de Bombeiros Militares dos Estados, dos Territórios e do Distrito Federal, e dá outras providências. Brasília, DF: Imprensa Nacional, 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0667.htm> . Acesso em: 12 set. 2011.

_____. Presidência da República. **Decreto n.º 88.777, de 30 de setembro de 1983**. Aprova o regulamento para as polícias militares e corpos de bombeiros militares (R-200). Brasília, DF: Imprensa Nacional, 1983. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao>> . Acesso em: 14 set. 2011.

_____. Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição n.º 613-A**. Brasília, DF: Senado Federal, 1998. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCCD17JUN1999.pdf#page=54>> . Acesso em: 18 dez. 2014.

_____. Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição n.º 21**. Brasília, DF: STF, 2005. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=43663&tp=1>> . Acesso em: 16 dez. 2013.

_____. Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição n.º 102**. Brasília, DF: STF, 2011. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=525129>> . Acesso em: 13 set. 2014.

_____. Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição n.º 51**. Brasília, DF: Senado Federal, 2013b. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=137134&tp=1>> . Acesso em: 30 jul. 2014.

_____. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública – 2014**. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2014.

COTTA, Francis Albert. **Breve história da polícia militar de Minas Gerais**. Belo Horizonte: Crisálida, 2006.

FERNANDES, Heloisa Rodrigues. **Política de segurança**. São Paulo: Alfa Ômega, 1973.

FIÚZA, Ricardo. **Relatório da Assembleia Nacional Constituinte**. Brasília, DF: Senado, 1987.

HOLLOWAY, Thomas H. **Polícia no Rio de Janeiro: repressão e resistência numa cidade do século XIX**. 1. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1997.

MIRANDA, José da Cruz Bispo. Policiamento comunitário e desmilitarização: existe alguma correlação? **Revista do Laboratório de Estudos da Violência da Unesp**, Marília, SP, n. 12, p. 38-58, nov. 2013.

MOTA BRASIL, Glauéciria. A segurança pública e os direitos humanos no “Governo das Mudanças”. **O Público e o Privado**, Fortaleza, n. 1, p. 197-220, jan./jun. 2003.

PAIXÃO, Antônio Luiz; BEATO F., Claudio C. Crimes, vítimas e policiais. **Tempo Social - Rev. Sociol. USP**, São Paulo, v. 1, n. 9, p. 233-248, mai. 1997.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

REIS, Fábio Wanderley. Diálogos com Guillermo O’Donnell. **Novos Estudos**, São Paulo, n. 92, p. 143-155, mar. 2012.

SÃO PAULO. Governo do Estado. **Lei n.º 2.141, de 22 de outubro de 1926**. Crêa a Guarda Civil da Capital. São Paulo: Imprensa Oficial, 1936. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1926/lei-2141-22.10.1926.html>>. Acesso em: 10 out. 2014.

SOUZA, José Kilderlan de. **Guia prático da segurança pública**. Fortaleza: Assaré, 2012.

WAISELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da violência 2014: os jovens do Brasil**. Brasília: FLACSO, 2014.

ZALUAR, Alba. Um debate disperso: violência e crime no Brasil da redemocratização. **São Paulo em Perspectiva**, São Paulo, v. 3, n. 13, p. 3-17, 1999.

Acúmulo de Cargos e o Poder Disciplinar da Controladoria Geral de Disciplina

Accumulation of public positions and the disciplinary power of the general controllership of discipline

Jacob Stevenson de Santana Carvalho Mendes¹

RESUMO

Tem sido objeto de investigação e estudos do Direito Público e de outras ciências sociais, a possibilidade da acumulação de cargos, funções e empregos públicos. Contudo, o foco desses estudos tem-se concentrado na esfera dos Poderes Legislativo e Judiciário, com vistas a analisar as hipóteses permissivas. Assim, há lacunas na literatura jurídica em se investigar a necessidade e viabilidade de instauração de procedimento administrativo na instância do Poder Disciplinar. Diante desse cenário, esta pesquisa realizou estudo com propósito de buscar fundamentação teórica para sustentar a hipótese teórica de que a instauração de procedimento administrativo somente deve ocorrer nos casos em que houver efetivo dano ao erário. Constatou-se que a legitimação da Controladoria Geral de Disciplina, sob o modelo do Estado Democrático, decorre da Constituição, tem condições de qualificar os procedimentos de controle externo. Ademais, a pesquisa demonstrou que, nem sempre os casos de acumulação de cargos estará sujeita à Lei de Improbidade Administrativa.

Palavras-Chave: Acúmulo de Cargos. Improbidade Administrativa. Poder Disciplinar.

ABSTRACT

It has been the subject of research and studies of public law and other social sciences the possibility of accumulation of public offices, functions and government jobs. However, the focus of these studies has concentrated on the

¹ Delegado de Polícia Civil do Estado do Ceará. Presidente da 3ª Comissão Permanente de Processo Administrativo Disciplinar na CGD. Professor da Universidade de Fortaleza. Especialista em Educação e em Direito Penal – UNIFOR. Mestre em Direito Constitucional- UNIFOR. Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais – UMSA. E-mail: jacob@unifor.br

sphere of legislative and judiciary powers, in order to analyze the permissive hypotheses. Thus, there are gaps in the legal literature to investigate the need and feasibility of establishment of administrative procedure in the instance of the Disciplinary Power. In this scenario, this research was conducted with purpose of seeking theoretical basis to support the hypothesis that the establishment of an administrative procedure should only occur when there is actual damage to the Treasury. It was found that the legitimacy of the General Comptroller of Discipline, under the model of a democratic state, derives from the Constitution and is able to qualify the external control procedures. In addition, research has shown that not always the cases of public offices accumulation will be subject to the Administrative Misconduct Law.

Keywords: Accumulation of Public Positions. Administrative Misconduct. Disciplinary Power.

1 INTRODUÇÃO

Tem se tornado prática bastante comum na administração pública a acumulação remunerada de cargos públicos, situação do servidor que ocupa mais de um cargo, emprego ou função pública ou recebe proventos de inatividade com a remuneração de servidor ativo na administração pública. São considerados cargos, empregos ou funções públicas todos aqueles exercidos na administração direta, em autarquias, empresas públicas, sociedade de economia mista ou fundações da União, Estados ou Municípios, quer seja no regime estatutário ou no regime da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT.

A regra da acumulação remunerada de cargos, funções e empregos públicos é a sua proibição, pois o legislador se preocupou com a prestação dos serviços públicos à sociedade, tendo em vista às necessidades cada vez mais crescentes quanto a qualificação e comprometimento por parte dos agentes públicos. Entretanto, é possível no Brasil que servidores públicos estejam nesta situação de forma lícita, a acumulação remunerada é uma exceção à regra, bastando que a acumulação esteja na permissibilidade. No texto constitucional, o dispositivo que traça as regras sobre eventual acumulação de cargos, empregos ou funções é o artigo 37:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:XVI – é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI:

a) a de dois cargos de professor;

b) a de um cargo de professor com outro técnico ou científico;

c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas;

XVII – a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público;”

Assim, diante da própria estruturação do tratamento da norma dado à matéria na Carta Magna se denota que a independência entre a acumulação excepcionalmente admitida e a acumulação prevista como exceção à regra da inacumulabilidade de cargos, empregos e funções. No Estado do Ceará, diante das constatadas multiplicidade de vínculos de servidores, coube a Controladoria Geral de Disciplina através de procedimento administrativo, aplicar as sanções cabíveis, relativas ao acúmulo ilícito de cargos aos integrantes da Polícia Militar, Corpo de Bombeiros, Polícia Civil e Agentes Penitenciários.

2 O PODER DISCIPLINAR DA CONTROLADORIA

A Controladoria Geral de Disciplina dos Órgãos de Segurança Pública e Sistema Penitenciário do Ceará foi criada pela Lei Complementar Nº 98/2011, estabelecida para prevenir e reprimir os desvios de conduta de integrantes dos órgãos de Segurança Pública e Sistema Penitenciário, contribuindo para a melhoria dos serviços prestados à sociedade. Registre-se que a Constituição do Estado do Ceará, através da Emenda Constitucional Estadual Nº 70/2011, assegurou no art. 180- A, que a Controladoria Geral de Disciplina detém o controle externo disciplinar, com objetivo exclusivo de apurar a responsabilidade disciplinar e aplicar as sanções cabíveis, aos militares da

Polícia Militar, militares do Corpo de Bombeiros, membros das carreiras de Polícia Judiciária e membros da carreira de Segurança Penitenciária. Portanto, todos aqueles abrangidos, que estiverem acumulando ilicitamente cargos públicos estão sujeitos ao órgão disciplinar administrativo.

Cabe aos gestores de cada instituição, adotar providências, visando à identificação dos casos de acumulação lícita e a elucidação das situações ilícitas encontradas, assim encaminhando ao Órgão Controlador mediante ofício. Interessante pontuar também que não poderá o servidor exercer o comércio, exceto como acionista, cotista ou mandatário, nem participar de gerência ou administração de empresa privada ou sociedade civil e, nessa condição, transacionar com o Estado. O servidor não pode alegar desconhecimento da lei em nenhum dos casos, logo não há necessidade de que haja notificação para que o mesmo tome conhecimento da irregularidade da acumulação.

A regra é a Lei 9.826/74, instrumento salutar na defesa da moralidade administrativa, dispõe sobre o estatuto dos funcionários públicos civis do Estado do Ceará, em seu art. 193, inciso I, defini como proibido a conduta do funcionário que salvo as exceções constitucionais pertinentes, acumular cargos, funções e empregos públicos remunerados, inclusive nas entidades da Administração Indireta (autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista). De acordo com o art.194 – É ressalvado ao funcionário o direito de acumular cargo, funções e empregos remunerados, nos casos excepcionais da Constituição Federal. §1º – Verificada, em inquérito administrativo, acumulação proibida e provada a boa-fé, o funcionário optará por um dos cargos, funções ou empregos, não ficando obrigado a restituir o que houver percebido durante o período da acumulação vedada. § 2º – Provada a má-fé, o funcionário perderá os cargos, funções ou empregos acumulados ilicitamente devolvendo ao Estado o que houver percebido no período da acumulação.

A atividade disciplinar nos casos de acumulação de cargos tem sido comum na atualidade, vários casos são registrados tendentes ao procedimento apuratório da irregularidade na Controladoria Geral de Disciplina. Desta feita, a sanção, até mesmo a demissão, acaba por ser providência regular, legítima e adequada, pois se impõe à situação fática, não sendo obedecido ao comando legal em sua integralidade e literalidade, materializa-se leniência em evidente incentivo às práticas ilícitas. Assim o procedimento administrati-

vo correcional, além do desígnio processual administrativo, técnico-jurídico, tem caráter estratégico e tático, sendo que, produz ainda, em conjuntura com o preceito de defesa social, subsidiariamente, referências convergentes aos aspectos sociopolíticos, econômicos e culturais.

No procedimento administrativo determinado pelo Controlador Geral de Disciplina, todos os meios estruturais de se comprovar o envolvimento transgressivo do investigado são esgotados no transcorrer do feito, ameaçando-se provas testemunhais e outros indicativos, sendo a materialidade transgressiva disciplinar, a qual foge, no caso, principalmente por envolver os próprios agentes públicos, dos caminhos tradicionais de investigação. É necessário em casos envolvendo servidores acumulando cargos públicos, a devida colheita de informações referentes a compatibilidade de horários, distâncias entre os locais e o aspecto jurídico da possibilidade de acumulação.

Dessa forma, e somente dessa forma, através de órgão externo controlador, poder-se-á garantir a efetividade de toda atividade disciplinar a ser desenvolvidos no processo, mediante ampla defesa e contraditório. É dever do Controlador Geral de Disciplina reprimir atos contrários aos mais fundamentais princípios da administração pública e evitar que o trabalho do Poder Disciplinar se torne mera “carta de intenções”, sem reflexos sociais concretos, o que traria ainda mais descrédito à Administração Pública diante dos olhos do cidadão.

3 VEDAÇÃO DA ACUMULAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS

Cumprir reiterar, em princípio, que o exercício cumulativo de cargos, na ativa, é norma de exceção, portanto, somente se aplicando aos que se encontram na situação recepcionada pela Constituição. Nesse sentido, pontua a doutrina de Fernanda Marinela (2010, p.193-194):

No Brasil, a regra é a proibição para a acumulação de cargos, empregos e funções públicas, só sendo possível exercê-la nas hipóteses excepcionais autorizadas pelo texto constitucional. (...) Excepcionalmente é possível a acumulação desde que preenchidos alguns requisitos, restringindo de qualquer maneira ao limite máximo de dois cargos, empregos ou funções públicas, não sendo possível mais do que isso.

Nesse sentido, são as lições de José dos Santos Carvalho Filho (2011, p. 605-606) que adverte:

Vale lembrar, afinal, que as hipóteses de permissividade cingem-se exclusivamente a duas fontes remuneratórias, como é o caso de dois cargos, dois empregos ou um cargo e um emprego. Tais hipóteses são de direito estrito e não podem ser estendidas a situações não previstas. Desse modo, é inadmissível a acumulação remuneradas de três ou mais cargos e empregos, ainda que todos sejam passíveis de dupla acumulação, ou mesmo que um deles provenha de aposentadoria. Na verdade, os casos de permissão espelham exceção ao sistema geral e além disso é de presumir-se que dificilmente o servidor poderia desempenhar eficientemente suas funções se fossem estas oriundas de três ou mais cargos, empregos ou funções.

Esse entendimento é adotado por Hely Lopes Meirelles (2008, p. 404), para quem:

A proibição de acumulação remunerada de cargos, empregos e funções, tanto na Administração direta como nas autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias e sociedades controladas direta ou indiretamente pelo Poder Público (CF, art. 37, XVI e XVII), visa impedir que um mesmo cidadão passe a ocupar vários lugares ou a exercer várias funções sem que as possa desempenhar proficientemente, embora percebendo integralmente os respectivos vencimentos.

A vontade do legislador constituinte vem bem explicada por Alexandre de Moraes (2006, p. 184):

As regras constitucionais de cumulação de vencimentos no setor público são de aplicação imediata e de observância obrigatória aos Estados-membros e Municípios que não poderão se afastar das hipóteses taxativamente previstas pela Constituição Federal.

A proibição visa, em última análise, dar conteúdo ao princípio da eficiência, exigido pelo artigo 37, caput, CF. A regra, obviamente, é de observância obrigatória a todos os Entes da Federação, como ressaltado na lição

de Fernanda Marinela (2010, p.26):

Esta exigência é indispensável para a proteção do interesse público. A eficiência exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional. Consiste na busca de resultados práticos de produtividade, de economicidade, com a consequente redução de desperdícios do dinheiro público e rendimentos típicos da iniciativa privada, sendo que, aqui, o lucro é do povo, quem ganha é o bem comum.

Não foi outra a posição adotada por Celso Ribeiro Bastos (1992, p.123):

O princípio da proibição da acumulação de cargos e empregos, tem por escopo o primado da coisa pública. As exceções estabelecidas não objetivam “privilegiar gratuitamente ou diferenciar pessoas de forma desarrazoada. Não é em seu proveito que se permitem casos de acumulação. Não é para que um servidor passe a ser mais poderoso ou mais afortunado.

A exegese das regras, que tratam da acumulação de cargos, considerada a gravidade das sanções e restrições impostas ao agente público, deve ser realizada *cum grano salis*, máxime porque uma interpretação ampliativa poderá acoimar de ímprobas condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, preservada a moralidade administrativa e, *a fortiori*, ir além do que o legislador pretendeu. A probidade administrativa consiste no dever de o funcionário servir a Administração com honestidade, procedendo no exercício das suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades.

4 O REQUISITO DA “COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS”

Requisito indispensável é a compatibilidade de horários, pois somente deve ser configurada a possível acumulação caso haja possibilidade de cumprimento integralmente a jornada de trabalho, em turnos completos, fixados em razão do horário de funcionamento do órgão ou entidade a que o servidor pertencer.

Os Tribunais do país, em diversas oportunidades, vêm confirmando que a sobreposição de jornadas de trabalho não pode ser analisada apenas

à luz de eventual colisão horária, porém sob o prisma da proteção da saúde do servidor e da eficiência das atividades públicas a serem desenvolvidas. Sendo pertinente a transcrição dos sólidos fundamentos invocados quando da decisão:

“ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. ACUMULAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS. POSSIBILIDADE. ART. 37, INC. XVI, c, DA CF. ÁREA DA SAÚDE. COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS. APELO DESPROVIDO. 1. A compatibilidade de horários a que alude o inciso XVI do art. 37 da CF/88 ao permitir a acumulação de cargos públicos não diz respeito somente à vedação da sobreposição de jornadas, isto é, à colisão de horários, mas sim, também, à possibilidade do exercício, pelo servidor, das duas jornadas, sem prejuízo ao serviço e à saúde daquele, visando o legislador a proteger a saúde do servidor e a garantir a eficiência da prestação do serviço. 2. Mantido o ato administrativo que oportunizou à servidora o exercício do direito de opção por um dos cargos ocupados (Auxiliar de Enfermagem e Agente de Atividade de Saúde II) ou pela redução da carga horária de 40 para 30 horas semanais, não desbordando referido ato dos limites do inciso XVI do art.37 da CF/88. Apelo desprovido.” (Apelação Cível nº2008.72.00.013496-4, rel. Desembargador Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, 3ª Turma do TRF da 4ª Região, julgamento em 10.11.2009)“SERVIDOR PÚBLICO.

Além das disposições constitucionais, para o direito da acumulação, devem ser considerados os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. A dependência da compatibilidade de horários, evidente para o exercício dos dois cargos, empregos ou funções. Pensar em acumulação de vencimentos dos dois cargos, sem o exercício das funções respectivas, não teria força moral. Deve ser por essa razão, principalmente, que o texto constitucional exige a compatibilidade de horários como pressuposto fático da acumulação.

Nesse sentido, ensina José Afonso da Silva (1991, p.107):

O princípio da legalidade é também um princípio basilar do Estado Democrático de Direito. É da essência do seu conceito subordinar-se à Constituição e fundar-se na legalidade democrática. Sujeita-se, como todo Estado de Direito, ao império da lei, mas da lei que realize o princípio da igualdade e da justiça

não pela sua generalidade, mas pela busca da igualização das condições dos socialmente desiguais. (...) A lei é efetivamente o ato oficial de maior realce na vida política. Ato de decisão política por excelência, é por meio dela, enquanto emanada da atuação da vontade popular, que o poder estatal propicia ao viver social modos predetermina dos de conduta, de maneira que os membros da sociedade saibam, de antemão, como se guiar na realização de seus interesses.

Observa-se a ementa do Supremo Tribunal Federal, sobre a questão da compatibilidade dos horários:

STF - AG.REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO AI 833057 RJ (STF)

Data de publicação: 30/06/2011

Ementa: LibreOffice E MENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. ACUMULAÇÃO DE CARGOS. COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS. RECONHECIMENTO. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO IMPROVIDO. I – A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a acumulação de cargos está condicionada à compatibilidade de horários. II – Para se chegar à conclusão contrária à adotada pelo acórdão recorrido, no que concerne à existência da compatibilidade de horário, necessário seria o reexame do conjunto fático probatório constante dos autos, o que atrai a incidência da Súmula 279 do STF. Precedentes. III – Agravo regimental improvido.

Mesmo que a Constituição da República e a Constituição do Estado permitam que dois cargos públicos sejam acumulados quando houver compatibilidade de horário, isso somente será possível quando ambos os cargos puderem ser desempenhados de forma adequada e satisfatória, com atenção aos princípios constitucionais regedores da matéria. Desta forma, há a necessidade de verificação da compatibilidade de horários, respeitados os intervalos para repouso, alimentação e a percepção da distância a ser percorrida entre um emprego/cargo ou função e outro. Não comprometa a sua vida pessoal e profissional. Com base nos ensinamentos do Jurista José Cretella Júnior (1995, p.190) essa compatibilidade “deve ser natural, normal e nunca de maneira a favorecer os interesses de quem quer acumular, em prejuízo do

bom funcionamento do serviço público”.

ACUMULAÇÃO REMUNERADA DE CARGOS. CARGA HORÁRIA. O servidor público, ao sujeitar-se ao cumprimento de uma carga horária bastante extensa – sessenta e quatro semanais –, por força de acumulação remunerada de cargos públicos, corre o risco de comprometer sua saúde e de comprometer também a realização adequada de suas atribuições profissionais.” (Ape-
lação/Reexame Necessário nº 2008.70.00.030054-9, rel. Av. Afonso Pena, 1.901– Edifício Séculos – Funcionários – Belo Horizonte – MG – CEP 30130 – 004 10 ESTADO DE MINAS GERAIS ADVOCACIA – GERAL DO ESTADO Desembargador Márcio Antônio Rocha, 4ª Turma do TRF da 4ª Região, D.E de 16.11.2009).

Também entende o Superior Tribunal de Justiça que a comprovação efetiva da compatibilidade de horários não se deve limitar somente à compatibilidade objetiva das horas de trabalho do servidor nos dois cargos, sendo necessário restar evidente que a dupla jornada não atingirá a saúde física e emocional de forma a inviabilizar a execução de suas funções com a necessária eficiência que dele se espera (RMS nº 17.089/MA, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ 01/07/2005, p. 563).

Em sentido de trazer clareza a questão, o Tribunal de Contas da União, em sede do Acórdão nº 2.133/2005 – 1ª Câmara firmou o entendimento de que o servidor submetido a dois ou mais regimes de serviço que excedam a 60 horas semanais, fica impossibilitado de cumprir de maneira legal e lícita os seus deveres funcionais.

Nos casos atinentes a Controladoria Geral de Disciplina, é possível através de ofícios aos órgãos públicos, nos quais o servidor exercia suas atividades saber a carga horária a qual o servidor estava a distrito, bem como estabelecer o cumprimento da mesma pelas escalas de serviço.

Até a presente data não há lei que limite a carga horária máxima em 60 (sessenta) horas semanais em relação aos servidores ocupantes de cargos públicos acumuláveis. O que vem sendo adotado é um limite implícito de grande importância que é o Princípio Constitucional da Eficiência, previsto no caput do 37 da Constituição Federal de 1988, que deve ser pontuado pelo administrador público para se evitar o comprometimento da prestação do serviço público.

5 A BOA-FÉ COMO PRINCÍPIO IDEAL DO PROCESSO

A boa-fé não é somente uma circunstância a ser analisada nas relações de direito penal ou de direito privado entre particulares, a boa-fé deve também ser avaliada nas circunstâncias relacionadas entre o agente público e a administração pública. Esta expressão, boa-fé, tem origem latina, significando honestidade, confiança, lealdade e sinceridade. É o elemento externo do ato na intenção sob o qual o servidor fez ou deixou de fazer alguma coisa. A boa-fé pode ser objetiva ou subjetiva, esta última se refere a dados psicológicos, elementos internos, os quais conduzem o sujeito a uma ignorância do caráter ilícito de sua conduta, relaciona-se com a ideia de crença errônea. A boa-fé objetiva possui normas de conduta, elementos externos, que determinam a forma de agir das pessoas, conforme os padrões de honestidade reconhecidos e estabelecidos.

Na doutrina de Martins Costa (2000, p. 428):

Expressão 'boa-fé subjetiva' denota 'estado de consciência', ou convencimento individual de obrar (a parte) em conformidade ao direito [sendo] aplicável, em regra, ao campo dos direitos reais, especialmente em matéria possessória. Diz-se 'subjetiva' justamente porque, para a sua aplicação, deve o intérprete considerar a intenção do sujeito da relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção. Antitética à boa-fé subjetiva está a má-fé, também vista subjetivamente como a intenção de lesar outrem.

Utilizando-se dos ensinamentos de Menezes Cordeiro (2001, p. 515 - 516):

Perante uma boa-fé puramente fática, o juiz, na sua aplicação, terá de se pronunciar sobre o estado de ciência ou de ignorância do sujeito. Trata-se de uma necessidade delicada, como todas aquelas que impliquem juízos de culpabilidade e, que, como sempre, requer a utilização de indícios externos. Porém, no binômio boa/má fé, o juiz tem, muitas vezes, de abdicar do elemento mais seguro para a determinação da própria conduta. (...) Na boa-fé psicológica, não há que se ajuizar da conduta:

trata-se, apenas de decidir do conhecimento do sujeito. (...) O juiz só pode promanar, como qualquer pessoa, juízos em termos de normalidade. Fora a hipótese de haver um conhecimento direto da má-fé do sujeito – máxime por confissão – os indícios existentes apenas permitem constatar que, nas condições por ele representadas, uma pessoa, com o perfil do agente, se encontra, numa óptica de generalidade, em situação de ciência ou ignorância.

Sérgio Ferraz e Adílson Abreu Dallari, (2000, p.177-178) assinalam que: A boa-fé é um importante princípio jurídico, servindo também como fundamento para a manutenção do ato tisdado por alguma irregularidade, (...) podendo, em certas situações, sobrepor-se ao princípio da legalidade (...).

Para 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no julgamento sobre acumulação irregular de cargos, asseverou que a boa-fé do servidor é sempre presumida, uma vez que deve ser comprovada a má-fé de maneira inequívoca para que se possa aplicar a Lei de Improbidade Administrativa:

EMENTA: Remessa oficial e apelação cível voluntária. Ação civil pública. Acumulação indevida de cargos públicos. Má-fé ausente. Direito de opção. Falta de oportunidade para ser exercido. Improbidade administrativa não caracterizada. Sentença confirmada. 1. Rejeitada a petição inicial da ação civil pública na qual foi veiculada pretensão de ressarcimento do erário, está presente o duplo grau de jurisdição obrigatório. A remessa deve ser, de ofício, conhecida. 2. A boa-fé sempre é presumida. Assim, a má-fé desafia comprovação. 3. O funcionário público que esteja acumulando mais de um cargo público de forma irregular tem o direito de optar por apenas um deles. 4. Ausente a prova da má-fé na acumulação indevida de cargos e não tendo sido ensejada oportunidade para a opção, resta afastada a suposta improbidade administrativa. Revela-se, portanto, correta a sentença que deixou de receber a petição inicial. 5. Remessa oficial conhecida de ofício. 6. Apelação cível voluntária conhecida. 7. Sentença que deixou de receber a petição inicial confirmada no reexame necessário, prejudicado o recurso voluntário.

Quando for identificado a inconstitucionalidade do acúmulo de cargos

e não havendo elementos probatórios da má-fé do servidor, é mister que a Administração Pública faça a notificação do servidor, com a finalidade de que este exerça o direito de opção. Considerando a regra segundo a qual a boa-fé é presumida, necessitando a má-fé prova nos autos, e os contornos subjetivos que a jurisprudência lhe atribui, há que se assegurar ao agente público a possibilidade de renunciar a um dos cargos. Referida oportunidade de escolha resulta até mesmo do status constitucional atribuído aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório. Após realizada a opção pelo servidor, afastado estará o acúmulo indevido.

O Superior Tribunal de Justiça já asseverou ser pertinente outorgar o direito de escolha ao servidor:

SERVIDORA PÚBLICA. ACUMULAÇÃO. CARGO. NOTIFICAÇÃO.

A Turma conheceu do recurso e deu-lhe provimento para que a recorrente seja devidamente notificada para exercer seu direito de optar por um dos cargos, anulando-se o ato demissório porquanto efetivado à revelia dos preceitos legais." (RMS nº 18.203 – AM, rel. Min. Laurita Vaz, 5ª Turma do STJ, julgado em 06.09.2005, Informativo 259 do STJ)

Por este entendimento, verifica-se possível a Controladoria Geral de Disciplina do Estado do Ceará, a possibilidade de antes de iniciar qualquer procedimento administrativo em desfavor do servidor, poder oficiar aos recursos humanos do órgão para que o servidor faça a opção.

No ensinamento de José Maria Pinheiro Madeira (2006, p.167):

A simples notificação para realizar a opção pelo cargo/emprego diante da proibição de acumulação de cargos na Administração Pública não configura punição nem obrigatoriamente importará em processo administrativo, que somente ocorrerá caso o servidor não faça a opção pela remuneração de um dos cargos, estando de boa-fé.

A absolvição disciplinar do servidor somente é possível quando da constatação da incompatibilidade do acúmulo de cargos, quando todo o conjunto probatório carreado aos autos demonstrar, inequivocamente, a boa fé do servidor. Entretanto, caso haja a configuração da acumulação ilícita e

demonstrada a má-fé, o servidor infrator deve ser punido com a pena de demissão, perdendo, em consequência, os dois cargos.

6 IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A Lei 8.429/92 trata dos casos de Improbidade Administrativa, visando à tutela do patrimônio público e da moralidade, impondo aos agentes públicos e aos particulares padrão de comportamento probó, ou seja, honesto, íntegro, reto. Estabelece modalidades de improbidade administrativa, previstas nos arts. 9º, 10 e 11: enriquecimento ilícito, lesão ao erário e violação aos princípios norteadores da Administração Pública.

De acordo com Francisco Octávio de Almeida Prado (2001, p. 37), “A improbidade pressupõe, sempre, um desvio ético na conduta do agente, a transgressão consciente de um preceito de observância obrigatória”.

Para Arnaldo Rizzardo (2009, p. 350):

Não se confunde improbidade com a mera ilegalidade, ou com uma conduta que não segue os ditames do direito positivo. Assim fosse, a quase totalidade das irregularidades administrativas implicariam violação ao princípio da legalidade. (...) É necessário que venha um nível de gravidade maior, que se revela no ferimento de certos princípios e deveres, que sobressaem pela importância frente a outros, como se aproveitar da função ou do patrimônio público para obter vantagem pessoal, ou favorecer alguém, ou desprestigiar valores soberanos da Administração Pública.

A acumulação de cargos de forma ilícita não configura necessariamente um ato de improbidade administrativa, deve ser considerado outros elementos no caso concreto. Um dos aspectos a se avaliar é se houve ou não a má-fé, a efetiva prestação dos serviços e se a mesma se deu de forma satisfatória, sem trazer prejuízo a nenhum dos órgãos envolvidos. Em relação à boa-fé, a mesma é específica, pois se refere tão somente à vontade de exercer as duas atividades de forma eficiente e não causar prejuízo, mesmo estando o servidor consciente de que se trata de uma acumulação irregular de cargos públicos.

A Lei n. 8.429/92, que disciplinou os atos de improbidade, definiu-os

de maneira exemplificativa. Assim: “Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente...”

Dessa forma, a acumulação de cargos públicos fora das hipóteses elencadas na Constituição configura, em tese, conduta que afronta os princípios da Administração Pública e, por consequência, tipificada como ato de improbidade administrativa, nos termos do artigo 11, *caput*, da Lei 8.429/92. A probidade administrativa evidencia-se pelo dever do funcionário servir a Administração com eficiência, honestidade, procedendo no exercício das suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades.

Nos casos em que se demonstra ter havido efetivo prejuízo para a Administração Pública, como no caso da incompatibilidade de horários (que obviamente leva à conclusão de que os serviços não foram prestados com efetividade nos órgãos concomitantemente), não resta dúvida quanto à aplicação da Lei de Improbidade Administrativa.

A jurisprudência é no seguinte sentido:

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – PRESCRIÇÃO – INOCORRÊNCIA – CUMULAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS – CARACTERIZAÇÃO – RESSARCIMENTO AO ERÁRIO – CABIMENTO. A constatação de cumulação de cargos administrativos caracteriza interferência constitucional (art. 37, XVI CF), bem como conduta de improbidade administrativa, passível de ressarcimento ao erário. Não ocorre prescrição em caso de ressarcimento ao erário. Ação procedente. Recurso negado.(TJSP – Apelação Cível com Revisão n. 632.330.5/8-00 – Penápolis – Rel. Des. Danilo Panizza – data do julgamento 11/03/2008 – 1ª Câmara. Dir. Público).

Decisão proferida que merce destaque também:

“A Lei n. 8.429/92 visa a resguardar os princípios da administração pública sob o prisma do combate à corrupção, da imoralidade qualificada e da grave desonestidade funcional, não se coadunando com a punição de meras irregularidades administrativas ou transgressões disciplinares, as quais possuem foro disciplinar adequado para processo e julgamento.” (Nesse senti-

do: REsp 1.089.911/PE, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 17.11.2009, DJe 25.11.2009.)

É comum nas portarias instauradoras de processos administrativos disciplinares, editadas pela Controladoria Geral de Disciplina a inserção nos casos de situações dos servidores que ocupam mais de um cargo, emprego ou função pública o dispositivo da Lei de Improbidade Administrativa.

Diante do indevido acúmulo, por vezes é necessário o procedimento disciplinar administrativo, entende-se que é pertinente para enquadrar certos casos, na Lei 8.429/92, que trata dos casos de Improbidade Administrativa. Existirá dano ao erário, quando se constata que o servidor que acumulava ilicitamente cargos públicos não trabalhou em um deles, por consequência a devolução do que efetivamente foi recebido. Revelada a má-fé do servidor, com a prova da incompatibilidade de horários, haverá prejuízo para uma das entidades para qual o servidor presta serviços, sendo certo que não se trata de mera irregularidade. Assim, se impõe a aplicação das sanções da Lei de Improbidade Administrativa.

6 CONCLUSÃO

As Constituições, a doutrina e a jurisprudência no Brasil são inquestionavelmente hostis às acumulações remuneradas. Frisa-se, em especial a existência do princípio da inacumulabilidade, que se destina a prestigiar valores e objetivos como o valor do trabalho, a busca do pleno emprego, o objetivo da justiça social, essenciais ao caráter democrático do Estado de Direito consagrado na Constituição da República. Nesse contexto, a permissão de acumular cargos públicos não pode exceder os limites estritamente fixados na Lei Magna, sob pena de ofensa às regras constitucionais.

No exercício do controle externo e prévio, a Controladoria Geral de Disciplina dos Órgãos de Segurança Pública e Sistema Penitenciário, com atribuições que lhes são conferidas pela Constituição Estadual do Ceará, amparada pela Lei Complementar N^o 98/2011, é competente para apurar a responsabilidade disciplinar e aplicar as sanções cabíveis. Assim os procedimentos administrativos são instaurados aos militares da Polícia Militar, militares do Corpo de Bombeiros, membros das carreiras de Polícia Judiciária

e membros da carreira de Segurança Penitenciária, nos casos relativos a acúmulo de cargos públicos. Em determinados casos a demissão é instrumento cabível para o resgate da juridicidade.

Quando do exame do caso concreto, deve-se analisar a compatibilidade de horários, pois não há um limite objetivo na lei. De toda sorte, se mostra imprescindível avaliar se a carga horária dos cargos cumulados na jornada possibilita ao servidor, de forma razoável, um adequado período destinado ao descanso, alimentação e distância.

A acumulação ilícita de cargos públicos nem sempre estará sujeita à Lei 8.429/92, de Improbidade Administrativa, uma vez que nos episódios em que não existir a comprovação do dano ao erário há tão somente uma situação de irregularidade. Será considerado como regra o pressuposto da boa-fé do servidor, a qual é presumida, somente se admite a existência de má-fé, nas hipóteses em que for constatado efetivamente dano à Administração Pública. Existindo comprovação de que os serviços foram efetivamente prestados pelo servidor, não há como se falar em desvio ético capaz de ensejar a aplicação das penas da Lei de Improbidade Administrativa.

Antes da instauração de procedimento, a Controladoria Geral de Disciplina deve notificar previamente o servidor para que faça a opção por um dos cargos, empregos ou funções públicas. Instaurar procedimentos administrativos disciplinares, somente quando estiver clara a má-fé do servidor, quando houver indícios de que houve dano ao erário, quando não houver a opção por um dos cargos, a incompatibilidade de horários. Nos casos em que não for demonstrado tais requisitos, não se deve instaurar procedimento, respeitando o princípio administrativo da razoabilidade, pois segundo este o Poder Público está obrigado, a cada ato que edita, a mostrar a pertinência (correspondência) em relação à previsão abstrata em lei e os fatos em concreto que foram trazidos à sua apreciação.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Administrativo**, São Paulo: Saraiva, 1992.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. vol. I., 2001.

CRETELLA Júnior, José. **Curso de direito administrativo**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

MADEIRA, José Maria Pinheiro. **Servidor Público na Atualidade**, 3ª ed., Rio de Janeiro, América Jurídica, 2006.

MARINELA, Fernanda. **Servidores Públicos**. Niterói: Impetus, 2010.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópicos no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro: a atividade administrativa: moralidade e eficiência**. 34ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MORAIS, Alexandre. **Direito constitucional administrativo**. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2006.

PRADO, Francisco Octávio de Almeida. **Improbidade Administrativa**. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

RIZZARDO, Arnaldo. **Ação Civil Pública e Ação de Improbidade Administrativa**, GZ Editora, 2009.

SÉRGIO FERRAZ e ADILSON ABREU DALLARI, **Processo Administrativo**, Malheiros Editores, 2000.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

Ouvidorias Públicas: Conceito, Papel, Evolução e Qualidade no Controle Social

Public ombudsman: concept, role, progress and quality on social control

Maria Lailze Simões Albuquerque Cavalcante¹

“Somos o que fazemos, mas somos, principalmente, o que fazemos para mudar o que somos.” Eduardo Galeano

RESUMO

Considerando a modernização e democratização do Estado brasileiro como um processo de expressiva relevância ao exercício da cidadania é que destacamos o papel das Ouvidorias Públicas. Com a criação desse instituto, ficou reconhecido o direito à informação nos órgãos públicos e o efetivo exercício da cidadania como direito fundamental previsto na Constituição Federal de 1988. Reconhecemos que houve um significativo avanço no processo participativo da sociedade, e uma maior visibilidade e transparência às ações por meio do canal de comunicação direto aos usuários. Por meio das Ouvidorias públicas, se fortaleceu a governança democrática e criou-se espaços de participação nos diversos órgãos responsáveis pela implementação de políticas públicas. Acredita-se que com a efetiva participação popular no exercício da cidadania, nos garante exigir dos órgãos públicos respostas plausíveis da não funcionalidade do sistema público no Brasil. Diante disso, o cidadão, pode cobrar um serviço com maior transparência das ações pela comunicação direta entre usuário e órgão público. Vale ressaltar, a Lei da Acesso à Informação-LAI como instrumento legal de fortalecimento da transparência frente as demandas dos usuários.

Palavras-Chave: Acessibilidade. Administração Pública. Canal de Comunicação. Controle Social. Credibilidade. Cidadania. Direitos. Efetividade. Ética. Informação. Instituição. Imparcialidade. Ouvidoria. Políticas Públicas. Participação. Resposta. Sociedade. Sigilo. Serviço Público. Servidores. Transparência. Usuário.

¹ Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza. Especialista em Direito Público pela Faculdade Damásio de Jesus. Especialista em Direito Ambiental pela Universidade de Fortaleza. Assessora do Tribunal de Contas do Estado do Ceará – TCE Ceará. E-mail: lailze@tce.ce.gov.br

ABSTRACT

Considering the modernization and democratization of the Brazilian State as a process of expressive relevance to the exercise of citizenship we highlight the role of the public ombudsman. With the creation of this institute, was recognized the right to information at the public organs and the effective exercise of citizenship as a fundamental right fixed at the Federal Constitution of 1988. We recognize that there was a significant advance at the participatory process of society, and a bigger visibility and transparency to the actions through the direct communication channel to users. Through the Public Ombudsman, the democratic governance strengthened and created opportunities for participation at the various organs responsible for the implementation of public policies. It is believed that with effective popular participation at the exercise of citizenship, assures us demand to public organs plausible answers of the no functionality of the public system at Brazil. Before that, the citizen, can charge a service with greater transparency by direct communication between user and public organ. It is worth mentioning the Law of Access to Information LAI, as a legal instrument of strengthening transparency forward the demands of users.

Keywords: Accessibility. Public Administration. Communication Channel. Social Control. Credibility. Citizenship. Rights. Effectiveness. Ethics. Information. Institution. Impartiality. Ombudsman. Public Policies. Participation. Answer. Society. Secrecy. Public Service. Servers. Transparency. User.

1 BASE LEGAL

Segundo a Constituição Federal de 1988, o exercício da cidadania ficou inscrito no ordenamento jurídico como instrumento de participação popular. Com base nos ditames legais ressalta-se a Legislação vigente sobre o papel das ouvidorias:

- Constituição Federal/1988;
- Lei nº 12.257/2011 - Lei de Acesso à Informação,
- Decreto nº 3.507/2000 - Estabelece as diretrizes normativas para a fixação de padrões de qualidade do atendimento prestado pelos órgãos e entidades da Administração Pública direta, indireta e fundacional.

Conforme a Constituição Federal de 1988, consubstanciado no inciso XXXIII do art. 5º *in verbis*: XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que são prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

Em seu art. 37, determinado pela Emenda Constitucional nº19, ficou disposto *in verbis*:

§ 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

I – as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

II – o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

III – a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Diante do exposto, é conferido às Ouvidorias Públicas o dever de implantar ações de incentivo à cidadania frente à lesão do particular.

2 CONCEITO E FUNÇÕES DAS OUVIDORIAS PÚBLICAS

“Qualidade significa fazer certo quando ninguém está olhando.”
Henry Ford

As Ouvidorias públicas são instituições que auxiliam o cidadão em suas relações com o Estado, possibilitando que suas críticas e sugestões contribuam com a melhoria do serviço prestado pelo governo ou Estado. Elas representam o elo entre o cidadão e a Administração Pública, as expectativas sociais e direitos, entre legitimidade e legalidade. Fazem ainda, essencial-

mente, a mediação de conflitos a fim de produzir soluções ao cidadão e à Administração Pública.

Vale ressaltar, que as ouvidorias não buscam a apuração de responsabilidades, ou seja, não tem caráter punitivo, nem se preocupam em encontrar culpados. Seu objetivo pauta-se na oportunidade de melhoria na Administração Pública, e concedem aos cidadãos à condição de coautor das soluções produzidas no processo participativo.

3 MARCO HISTÓRICO

- Ano 202 a.C. - Surgiu a figura do ouvidor (*ombudsman*) na China.
- 1808 - Suécia, eleito um ouvidor pelo parlamento para atuar como interlocutor entre o governo e a população na defesa do cidadão diante do poder estatal.
 - 1938 - Brasil, eleito o 1º Ouvidor Geral cumulado com a função de capitão-mor.
 - 1548 – (Brasil colônia) - Surge a figura do Ouvidor-Geral com as funções de Corregedor-Geral da Justiça em todo território colonizado.
 - 1823 - (Império) - Surge como o juízo do povo. As queixas deveriam ser encaminhadas *ex-officio* à Corte por este juiz.
 - 1964 - (República) - A ditadura impôs o silêncio forçado às instituições democráticas.
 - 1983 - (Nova República) - Os primeiros sinais de abertura democrática: debate para criação de canais entre a estrutura do poder e a população.
 - 1986 - 1ª Ouvidoria Pública no país, em Curitiba/PR pelo Decreto nº 93.714/86 - Comissão de Defesa dos Direitos do Cidadão vinculado à Presidência da República para defender os direitos dos cidadãos contra abusos, erros e omissões na Administração Pública Federal.
 - 1986 - Instituído a figura do *Ombudsman*, o ouvidor geral.
 - 1988 - A Constituição Federal, consolidou o canal de comunicação entre as instituições e o cidadão, de forma a facilitar a circulação das informações, bem como, o aumento da conscientização da população em relação ao exercício de seus direitos perante à Administração Pública, permitindo a transparência indispensável ao regime democrático.
 - 1992 - Lei nº.8.490/92 - cria a Ouvidoria-Geral da República e estru-

tura regimental básica do Ministério da Justiça.

4 FINALIDADES E OBJETIVOS DAS OUVIDORIAS PÚBLICAS

As Ouvidorias Públicas funcionam como um canal de comunicação entre o cidadão e o Governo, permitindo o alcance de diversos objetivos sociais. Viabiliza o controle social da qualidade dos serviços públicos e possibilita ao gestor a formação de diagnósticos, para uma ação qualitativa na melhoria da prestação dos serviços. Assim, compreende-se que a Ouvidoria é um importante meio pelo qual o cidadão participa de forma efetiva da gestão pública, seja na esfera federal, estadual ou municipal.

O Ouvidor é a pessoa que atua em prol da administração e do cidadão, de forma a atender as solicitações, desempenhando o controle social de forma preventiva e corretiva, fazendo a mediação na solução de conflitos interpessoais. Deve ainda, recomendar a suspensão de práticas arbitrárias ou negligentes e impedir situações de abuso de poder.

A ouvidoria estreita a relação entre o cidadão e as organizações públicas, otimizando a prestação de serviços, fortalecendo, assim, o exercício da cidadania. Ao fornecer informações sobre o trabalho realizado por uma instituição, a ouvidoria possibilitando ao cidadão:

- Enumerar as falhas e sinalizar as necessidades;
- Sugerir alternativas e reafirmar os bons serviços prestados pela instituição.

As Ouvidorias Públicas têm como princípio conscientizar o cidadão sobre o direito de ter acesso ao serviço público eficiente, bem como, auxiliá-lo a resolver problemas junto aos órgãos da administração.

É valioso lembrar que a Ouvidoria pública, confere o crescimento da democracia participativa aproximando o cidadão do governo e da gestão pública. Atua como agente indutor no processo de participação popular pelo diálogo e disponibilização de informações que devem estar voltadas para satisfazer as necessidades do cidadão. Funciona ainda, como um agente promotor de mudanças, almejando sempre a garantia dos direitos fundamentais.

5 OUVIDORIAS PÚBLICAS E O MODELO DE GOVERNANÇA

“A administração é a arte de aplicar as leis sem lesar os interesses.”
Honoré de Balzac

Hodiernamente fatores e fenômenos como a globalização, a internet, as questões ambientais e a fragilização do meio ambiente causada pelos efeitos humanos, a internacionalização de mercados, os conflitos bélicos, epidemias, e outros, vêm trazendo grandes impactos e afetando diversos países.

O IDH - Índice de Desenvolvimento Humano ainda não foi atingido de forma ideal a solucionar questões como: a fome, a erradicação da pobreza e miséria, especialmente nos países subdesenvolvidos. Os Direitos Humanos se positivaram, ou seja, alcançaram bons resultados em virtude de muito sacrifício do povo, mas, em alguns lugares, alguns não possuem ainda condições vitais para reivindicar, aliado ao fato da desinformação ser um outro fator considerado.

Em virtude de tal problemática, é que busca-se uma espécie de remédio para os males da ingovernabilidade, da corrupção, da ganância e da impunidade como uma forma de diminuir tais desigualdades. Diante disso, a crise de efetividade dos direitos fundamentais só poderá ser solucionada à medida que sejam criados instrumentos capazes de institucionalizar o discurso para garantir a todos o direito de participar, tomar decisões e de construir o direito no qual eles sejam também os destinatários. Trata-se da reconstrução de um projeto de vida digna no qual todos possam coexistir, livres e em igualdade de condições. Embora pareça utópico, é uma conquista que se almejam alcançar.

Cabe aqui salientar, a importância da participação popular ao longo da história que não ocorreu de forma pacífica, mas, mesmo assim, foi possível dar-se um passo adiante mesmo de forma tímida.

6 O INSTITUTO DAS OUVIDORIAS PÚBLICAS COMO PROCESSO DE PARTICIPAÇÃO

Com a finalidade de aperfeiçoar a prestação dos serviços públicos e a

legitimação das decisões da Administração Pública, é que a ouvidoria passou a ser reconhecida como um instituto de participação aberto a qualquer indivíduo ou grupos sociais determinados, que se preocupa com a legitimação das decisões da Administração Pública. Com o surgimento das Ouvidorias Públicas no Brasil é que se deu a abertura democrática e conseguimos observar que vários fatores foram agravantes dentre eles:

- A insatisfação dos usuários de serviços públicos;
- As frequentes manifestações populares de movimentos dos mais variados segmentos;
- A decadência dos partidos políticos que deveriam funcionar como catalisadores dos impulsos sociais;
- As consequências do afastamento dos cidadãos no processo decisório que culminou numa profunda ampliação do *déficit* de cidadania;
- O desempenho das ações governamentais, que causou a falta de confiança na Administração Pública.

Como conclui o professor Luciano Ferraz, o ordenamento jurídico brasileiro apresentou o antídoto para o *déficit* de participação popular, quando diz:

Em suma, o ordenamento jurídico brasileiro consagra uma plethora de instrumentos que preconizam a participação de diversos segmentos da sociedade, tudo na busca da legitimidade no exercício do poder, em face da descrença generalizada nos meios de exercício da democracia representativa. (FERRAZ, 2006, p. 264).

Já o Professor José Nilo de Castro assegura:

A estratégia das mudanças é a de audiências, a de ouvir sempre, a de consultar, a de se disponibilizar para os debates, sabendo-se que a energia de nossos esforços aumenta sempre em razão de maior participação na coletividade. O povo é partícipe, exigente, cobrador, controlador, e por que não julgador? Administrar de perto é a máxima hoje, administrar com participação, pela força da sociedade civil, que hoje é o terceiro poder. (CASTRO, 2004, p. 395).

O controle exercido pelo cidadão, por intermédio das Ouvidorias Públicas, permite a sua aproximação com as questões de relevância administrativa pela interferência, sobretudo naquelas em que não seja possível alcançar justiça mediante os meios oferecidos pelo ordenamento jurídico, como nas omissões e eventuais prejuízos originados das disfunções administrativas.

Face a nova postura da gestão pública que se preocupa com a satisfação das necessidades dos usuários dos serviços públicos e, cria canais de interlocução, onde ouve todos os interessados/afetados e com eles dialoga permanentemente, nota-se um aprimoramento nas atividades e, garante-se a legitimidade necessária à luz dos novos tempos.

Afirma o professor Ferraz (2006, p.267), “É que no atual estágio de evolução do Direito Administrativo — o direito administrativo participativo — não me afigura possível que decisões de instâncias interlocutoras da sociedade possam simplesmente ser ignoradas no processo decisório.”

Conforme o autor, há que se concluir que a descentralização de procedimentos para tomada de decisões, aproxima os interessados/afetados e permite um maior controle da sociedade sobre as ações da Administração Pública e de seus servidores. Assim sendo, afasta as antigas práticas corporativas, ineficientes e burocráticas.

O controle social confere vida nova às atividades dos agentes públicos que passam a comprometer-se com os resultados de suas ações, pois os destinatários dos serviços públicos estão a postos, observando constantemente o seu desempenho, e cobrando providências efetivas para a solução de problemas.

As Ouvidorias Públicas segundo o direito brasileiro, podem ser consideradas um instituto de direito administrativo de natureza não contenciosa, ou seja, sem litígios, autônoma e independente. Devem ainda, prestar contas de suas atividades ao Poder Executivo, ao Legislativo ou ao Judiciário, quando for o caso. Elas estão voltadas para a defesa dos direitos fundamentais, previstos na Constituição Federal/1988, facilitando o acesso e ampliando o ponto de contato da população com a Administração Pública, valendo-se da mediação e de outras formas não convencionais de atuação. Elas assumem funções de mediação e vigilância a fim de assegurar não só o cumprimento das leis e dos princípios constitucionais por parte da Administração Pública, como também dos direitos fundamentais de todos os atores sociais envolvi-

dos.

As Ouvidorias Públicas são, portanto, órgãos controladores de caráter democrático, possibilitando ao cidadão influir diretamente no centro de tomada de decisões. A democracia participativa é indissociável da figura das Ouvidorias Públicas, em virtude do tratamento constitucional dado aos direitos e garantias fundamentais dos interessados/afetados.

As decisões das Ouvidorias Públicas possuem um caráter informativo e persuasivo para induzir a correção de falhas, omissões e ilegalidades cometidas pela Administração Pública.

7 A FUNÇÃO DO OUVIDOR

Observando o contexto da Ouvidoria Pública que é um canal de relacionamento estado/sociedade, com ênfase na melhoria da qualidade das políticas públicas por meio de maior participação cidadã, salienta-se que o ouvidor é o profissional do órgão, responsável em receber críticas, sugestões, reclamações e denúncias de forma imparcial. Ele deve estar atento ao valor que se encontra em cada manifestação, com um perfil que deve contemplar algumas características:

- Militância em defesa da cidadania, ele recebe, avalia e encaminha a manifestação do cidadão, buscando sempre a solução (EFICÁCIA);
- Defender os direitos e interesses do cidadão (EFICIÊNCIA);
- Garantir o direito de resposta, acompanhando os pedidos até a solução final (EFETIVIDADE);
- Disponibiliza as informações e/ou documentos ao cidadão (TRANSPARÊNCIA);
- Deve possuir conduta ética, ser autônomo, proativo, transparente e manter a imparcialidade;
- Deve possuir competência técnica e gerencial, mobilizar recursos, integrar saberes múltiplos e complexos, assumir responsabilidades e ter visão estratégica;
- Ter habilidade em compreender os outros e traquejo interpessoal;
- Guardar sigilo e ter compromisso com a participação cidadã.

Deve-se lembrar que sob a ótica do Ouvidor Público, às demandas recebidas dos cidadãos devem ser comparadas a algo valoroso. A partir dessas demandas é que se torna possível pensar nas melhorias dos serviços públicos prestados à sociedade.

8 FATORES CRÍTICOS NO SUCESSO NA ATUAÇÃO DA OUVIDORIA

Podemos destacar alguns aspectos considerados para que a ouvidoria logre êxito:

- Conscientização e disposição do Gestor sobre a importância da Ouvidoria;
- Percepção de que a ouvidoria não é Serviço de Atendimento ao Consumidor - SAC;
- Observação na procedência da reclamação e zelar pela qualidade do atendimento;
- Resposta ao usuário/cliente sempre no menor espaço de tempo possível;
- Resolução dos problemas onde o reclamante percebe que valeu a pena e o serviço prestado passa a ter credibilidade;
- Tipificar as solicitações para reportar, quantificar e identificar as reclamações;
 - A ouvidoria deve estar bem localizada e possuir boa infraestrutura;
 - O problema do usuário deve ser visto com muita atenção pelo gestor;
 - Ética, sigilo e imparcialidade são fundamentais;
 - Espírito de colaboração e proatividade;
 - Trânsito fácil entre as áreas e conhecimento da organização;
 - Cortesia, discrição, senso analítico e crítico;
 - Boa comunicação e apreciação dos dois lados;
 - Identificação da causa do problema informando a Alta Administração e áreas envolvidas;
- Contribuição com propostas para não reincidência de fatos similares;
- Envolvimento e motivação.

9 FUNCIONAMENTO, PLANO DE TRABALHO E METAS PARA UMA OUVIDORIA PÚBLICA

Segundo a CGU - Controladoria Geral da União, uma boa Ouvidoria, deve possuir um plano de trabalho com metas a serem alcançadas. Essas metas são os resultados, do que se espera produzir com as ações projetadas. Devem ser apresentadas de forma concreta, ou seja, exatamente o que será feito. Como exemplo, pode-se traçar um perfil adequado do que se espera de cada tipo de profissional que atuará no órgão. Deve ser elaborado um cronograma de forma a estabelecer o período de realização de cada meta. É preciso comprometer-se com as reais condições em que as ações serão desempenhadas; caso contrário, corre-se o risco de estabelecer prazos que jamais serão cumpridos. Será necessário um orçamento para avaliar os custos e recursos para implantação da ouvidoria que devem estar previstos no projeto, assim como o cronograma para a execução financeira.

O importante é ressaltar que não há como o órgão ser de fato independente sem que seja garantida a sua autonomia orçamentária. Isso significa que as ouvidorias devem ser unidades orçamentárias capazes de propor orçamento anual e ordenar suas despesas.

A estruturação física da ouvidoria deve ter um espaço determinado, local adequado para a execução das atividades e para o acolhimento das manifestações. Deve ser destinado um espaço específico para o atendimento presencial, para a análise e acompanhamento das manifestações e gestão das informações da ouvidoria, como também, para garantir um acolhimento privativo, sigiloso e seguro para os manifestantes e para os servidores da ouvidoria. A acessibilidade da Ouvidoria deve ser facilitada e é importante que os responsáveis pela sua implantação se preocupem em garantir a acessibilidade dos manifestantes portadores de necessidades especiais, propiciando, na medida do possível, rampas de acesso. Outro fator relevante, é a normatização para que a ouvidoria passe também, a existir juridicamente. Vale dizer, que seja formalizada mediante lei, para conferir maior estabilidade e legitimidade.

10 A OUVIDORIA, TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO E ACESSIBILIDADE

A boa funcionalidade do sistema da ouvidoria está diretamente ligado ao Sistema de Tecnologia da Informação. O uso de modernos programas e acesso descentralizado à base de dados corresponde a um importante fator com relação às informações, bem como, o procedimento de soluções. A acessibilidade funcional deve resguardar a igualdade da instituição e o sistema precisa estar em pleno funcionamento. O atendimento deve ser personalizado e a confidencialidade assegurada. Vale também lembrar, que o direito do usuário em acompanhar a tramitação de suas informações, e o resultado das informações finais deve estar garantido.

11 A TRAMITAÇÃO DAS DEMANDAS NA OUVIDORIA

As demandas de trabalho das ouvidorias compreendem várias etapas:

Recebimento - é o momento em que é observado o processos de recebimento de documentos.

Análise – A ouvidoria deve analisar o teor da manifestação e verificar se há necessidade de preservar o sigilo dos dados do manifestante e identificar o local que ela deverá ser encaminhada.

Encaminhamento - é realizado após a análise e a manifestação e se tiver dados suficientes deverá ser encaminhada para a área responsável, com o conhecimento do cidadão.

Acompanhamento - é indicado que a ouvidoria deva acompanhar todo o trâmite da manifestação, zelando para que as respostas ao cidadão sejam objetivas, imparciais e céleres. Caso a resposta do setor, órgão ou entidade não seja satisfatória, a ouvidoria deve procurar a instância imediatamente superior para nova avaliação. Mas no caso de não existir outra instância, deve-se reiterar o pedido de resposta, elencando expressamente os pontos que devem ser esclarecidos.

Resposta ao cidadão - é a resposta final ao manifestante e deve ser elaborada apenas quando já forem esgotadas todas as diligências possíveis.

Encerramento - uma manifestação só pode ser encerrada mediante uma resposta satisfatória. Ressalte-se que, não necessariamente, uma resposta satisfatória significa atendimento ao pleito do cidadão, mas sim uma resposta esclarecedora, sincera e completa.

12 ASPECTOS IMPORTANTES A CONSIDERAR: DIFERENÇAS ENTRE MINISTÉRIO PÚBLICO, TRIBUNAL DE CONTAS, CORREGEDORIAS E OUVIDORIAS PÚBLICAS

A título de informação, destacamos aqui as funções das instituições abaixo relacionadas, com seus respectivos objetivos.

Ouvidoria Pública: é um órgão responsável por receber manifestações, como reclamações, denúncias, elogios, críticas e sugestões dos cidadãos, instituições, entidades e agentes públicos (servidores e políticos), quanto aos serviços e atendimentos prestados. Ela tem como principal missão institucional a de identificar falhas e propor mudanças na gestão dos serviços públicos.

Ministério Público: é uma 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 127, CF/88).

Tribunal de Contas: é uma instituição que tem por finalidade exercer a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União, dos Estados, das entidades da Administração Direta e Administração Indireta, quanto à legalidade, à legitimidade, à economicidade e à fiscalização da aplicação das subvenções e da renúncia de receitas. Faz parte do Poder Legislativo, auxiliando-o no planejamento fiscal e orçamentário anual (artigo 71, CF/88).

Corregedoria: é um órgão dentro de uma organização e serve para orientação e fiscalização das atividades funcionais e da conduta de seus membros. Sem contato com o público externo, a corregedoria realiza atividades internas, como inspeções e emissão de relatórios.

13 CREDIBILIDADE DAS OUVIDORIAS

É o componente fundamental no processo de desenvolvimento das ouvidorias, já que é um órgão que depende de força institucional e de previsão de prerrogativas legais para que as propostas de seu titular se tornem efetivas. O ouvidor, por definição, não tem poderes legislativos ou jurisdicionais. Desse modo, para exercitar o seu poder de persuasão, o ouvidor precisa de

credibilidade, que se assenta em uma reputação ilibada, competência técnica, equilíbrio e senso de justiça. Esses atributos são revelados à sociedade no exercício da sua militância em prol da cidadania e da eficiência do serviço público.

14 ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE OUVIDORES/OMBUDSMAN-ABO

Ombudsman é uma palavra de origem sueca que surgiu em 1809 quando o Parlamento da Suécia decidiu ter um representante do cidadão. *Ombuds* quer dizer, representante e *man* cidadão, ou seja, *ombudsman* quer dizer representante do cidadão.

A ABO tem por objetivo estimular e promover o congaçamento e o relacionamento entre todos aqueles que exerçam a função de Ouvidor/*Ombudsman* no Brasil, como também aqueles que atuam em atividades de defesa da cidadania, dos direitos individuais e do meio ambiente.

Segundo a ABO, o Ouvidor/*Ombudsman* tem como dever defender os direitos e os legítimos interesses dos cidadãos, seja em órgãos da Administração Pública, em quaisquer dos seus níveis e poderes; seja em uma empresa privada, atuando, sempre, com autonomia para apurar as questões que lhe forem apresentadas e independência para manifestar o que entender cabível à instituição a qual é vinculado.

Alguns compromissos podem ressaltados pela ABO:

I - A difusão da instituição da ouvidoria como instrumento de aprimoramento democrático, defesa dos cidadãos e de efetiva representação dos seus direitos e legítimos interesses;

II - O estímulo à criação de ouvidorias e à contínua capacitação de Ouvidores/*Ombudsman*, seja na administração pública, seja em empresas privadas;

III - A defesa da instituição, assim como dos profissionais que nela militam, contra abusos de qualquer natureza que possam prejudicar o livre exercício de suas funções;

IV - A colaboração com autoridades e a comunidade em assuntos de interesse público;

V - Promoção de intercâmbio cultural, social e de experiências com

entidades congêneres do país e do exterior.

VI - Promover a ética, a paz, a cidadania, os direitos humanos, a democracia e outros valores universais;

VII - Promover, realizar e fomentar seminários, encontros, palestras, e também estudos, pesquisas, desenvolvimento de tecnologias alternativas, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos que digam respeito às atividades mencionadas neste artigo.

15 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A criação de Ouvidorias Públicas, representa um avanço considerável na Administração Pública. A partir da implantação, observou-se o avanço do papel do cidadão, bem como, o funcionamento das mesmas. O instituto das Ouvidorias permite aos interessados/afetados que se manifestem sobre o mau funcionamento da coisa pública por intermédio de um contato permanente. A resposta ao cidadão representa a efetividade do instituto das Ouvidorias Públicas, como um dos instrumentos capazes de viabilizar a construção de uma ordem jurídica legítima e democrática, com ampla participação social no centro de tomada de decisões.

Observou-se ainda, que os valores compartilhados são os interesses pessoais, os direitos do cidadão, bem como, a participação democrática. É relevante também que as Ouvidorias Públicas sejam normatizadas e tenham uma infraestrutura física compatível com as necessidades dos usuários e servidores.

A Acessibilidade deve ser garantida aos portadores de deficiência e acesso do cidadão ao portal de informações deve ser claro, como também, deve ser assegurada a transparência das informações solicitadas.

As Ouvidorias Públicas não têm caráter punitivo, mas preventivo e permite à Administração Pública, identificar os pontos de estrangulamento da sua atuação e corrigi-los, estabelecendo prioridades e incentivando a prática da responsabilidade.

O Ouvidor deve e pode ser o canal de comunicação adequado com a população, disseminando conceitos e provocando a sua participação. Por meio da ouvidoria o cidadão se manifesta, reclamando da má administração, denunciando abusos da função pública, propondo sugestões para a melho-

ria da atuação e validando as boas práticas implementadas nas Instituições Públicas.

REFERÊNCIAS

FERRAZ, Luciano - **Novas Formas de Participação Social na Administração Pública** Conselhos Gestores de Políticas Públicas. Ed. 27.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella - **Parcerias na Administração Pública** 10ª. Ed.: Atlas; 2015.

CASTRO, José Nilo – **Direito Municipal Positivo** – Ed. 2010; Ed.:Del Rey

KALIL, Eduardo - **Como Implantar Ouvidoria e Atuar nessa área**, Ed.1 - 2013, Ed.:Trevisan

MEIRELES, Hely Lopes - **Direito Administrativo Brasileiro**, Ed. 40ª 2014 Ed.:Malheiros

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, Senado, 1988.

OLIVEIRA, João Elias. **A Ouvidoria no Brasil**. (co-autor). São Paulo:Associação Brasileira de Ouvidores/ Imprensa Oficial de São Paulo, SP. 2009.

OUVIDORIA PÚBLICA Online, Fortaleza, 26 mar.2015.
Disponível em <http://www.cgu.gov.br/>

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE OUVIDORIAS, Online, Fortaleza, 26 mar. 2015.

Disponível em <http://www.abonacional.org.br/>

Reflexões sobre o Princípio da Proteção da Confiança Legítima no Direito Brasileiro

Reflections on the principle of the legitimate trust protection in the brazilian law

Raimundo Nonato Silva Santos¹
Pablo Freire Romão²

RESUMO

O presente trabalho pretende realizar reflexões acerca do princípio da proteção da confiança legítima. Inicialmente, é realizada uma delimitação conceitual, bem como traçada a evolução histórica do instituto no Direito Brasileiro, para, em seguida, enquadrá-lo normativamente. Em relação aos resultados, constatou-se que o princípio da proteção da confiança representa a natureza subjetiva do princípio da segurança jurídica, possuindo, além de efeitos e conteúdos próprios, significação constitucional. Por meio de sua aplicação, percebe-se a viabilidade de manutenção de atos administrativos ilegais que, em virtude da presunção de legitimidade, tiveram seus efeitos prolongados no tempo. A título de conclusão, o princípio da proteção da confiança legítima representa a consagração de axiomas éticos no âmbito da Administração Pública, impedindo alterações abruptas das condutas estatais, notadamente daquelas que, além de gerarem solo fértil ao surgimento de bases de fidejussão, faz com que o exercício da confiança se dê por um longo período de tempo.

Palavras-Chave: Estado de Direito. Segurança Jurídica. Proteção da Confiança Legítima.

ABSTRACT

This paper aims to make reflections on the principle of legitimate protection

¹ Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, integrante da 8ª Câmara Cível. Graduado em Direito pela UFC. Pós-graduado em Direito Processual Civil pela UFC. Mestre em Direitos Difusos e Coletivos pela UNIMES. E-mail: rdononatosilva@hotmail.com

² Assessor de Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, Pós-graduando em Direito Processual Civil pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR, Bacharel em Direito pela UNIFOR. E-mail: pablormao@gmail.com

trust. Initially, it held a conceptual delimitation and traced the historical development of the institute in the Brazilian Law, to then frame it normatively. Regarding the results, it was found that the trust protection principle is the subjective nature of the principle of legal certainty, having, in addition to effects and own content, constitutional significance. Through its application, we see the maintenance of viability of illegal administrative acts that, given the presumption of legitimacy, had its effects prolonged in time. In conclusion, the principle of protection of legitimate expectations is the consecration of ethical axioms in Public Administration, preventing abrupt changes of state conduct, especially those who, besides generating fertile soil to the emergence of a trust basis, causes the exercise of trust be given for a long period of time.

Keywords: Rule of Law. Legal Certainty. Protection of Legitimate Expectations.

1 INTRODUÇÃO

O princípio da confiança legítima tutela a permanência de atos administrativos, cujos efeitos, por terem se delongado no tempo, provocaram nos administrados uma expectativa legítima de continuidade, mesmo que esses comportamentos estatais sejam contaminados de ilegalidades ou de inconstitucionalidades. É comum que o administrado realize um planejamento em conformidade com a legislação em vigor, bem como em consonância com as declarações e comportamentos adotados pela Administração Pública, de maneira que se acontecer alguma alteração inesperada ou prática de uma ação contraditória pelo Estado, deve o indivíduo ser reparado em consideração à confiança por ele previamente depositada.

Resumidamente, o conteúdo da proteção da confiança legítima surge como uma reação ao emprego abusivo de normas jurídicas e de atos administrativos que apanhem abruptamente os seus destinatários, preservando o administrado no tocante à estabilidade das suas escolhas jurídicas. A tutela da confiança enxerga a necessidade de se estabilizar as relações jurídicas existentes entre o Estado e os administrados, dotando-as de previsibilidade, ingrediente indispensável à constituição de uma ordem jurídica, pois possibilita o acolhimento das expectativas legitimamente criadas.

É notório, no entanto, que a evolução da sociedade é bem mais ágil do que o desenvolvimento do direito. Não obstante, o comportamento da Admi-

nistração Pública não pode, em razão do princípio da proteção da confiança legítima, ofender a fidúcia que o indivíduo nela deposita.

O trabalho em epígrafe objetiva realizar reflexões acerca do princípio da proteção da confiança legítima. Para tanto, é realizada uma delimitação conceitual, bem como é traçada a evolução histórica do instituto no Direito Brasileiro, para, em seguida, enquadrá-lo normativamente. Pretende-se, ainda, analisar os requisitos necessários à aplicação do princípio em comento, as suas diversas formas de efetivação, os seus efeitos, e, por fim, a sua relação com o princípio da legalidade, especialmente em relação à autodeterminação estatal.

A metodologia utilizada na elaboração da pesquisa constitui-se em um trabalho desenvolvido por meio de pesquisa do tipo bibliográfica, com estudos elaborados com base em doutrina especializada e em jurisprudência, pura quanto à utilização dos resultados, com estudo descritivo-analítico, desenvolvido por meio de pesquisa teórica quanto ao tipo, de natureza qualitativa e, no tocante aos objetivos, descritiva e exploratória.

2 DELIMITAÇÃO CONCEITUAL DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA

O cidadão necessita de previsibilidade e de estabilidade em suas relações com o Estado, de maneira a possibilitar a identificação do direito que o dominará, bem como dos efeitos decorrentes das condutas que praticar. Tal anotação revela-se importante ao passo que diversos atos estatais, em decorrência da presunção de legitimidade³, provocam no indivíduo a confiança de que serão conservados. Nesse sentido, assevera Ludiana Rocha e Márcio Diniz (2009, p. 179):

A presunção de legitimidade é válida para ambos os lados, isto é, para a Administração e para o administrado. Ampara os dois atributos anteriores, sendo, ainda, o fundamento para que se deposite a confiança legítima de que os atos praticados se encontrem em conformidade com o ordenamento e, tenderão a se

³ “Presunção de legitimidade: é a qualidade que reveste tais atos, de se presumirem verdadeiros e conformes ao Direito, até prova em contrário. Isto é, milita em favor deles uma presunção *juris tantum* de legitimidade; salvo expressa disposição legal, dita presunção só existe até serem questionados em juízo”. (MELLO, 2009, p. 413).

estabilizar. Esta é a base para que o particular confie, de forma legítima, na continuidade dos atos administrativos.

A imprevisibilidade da atuação do Poder Público surpreende o cidadão, que, observando prévia atuação estatal, acreditava ser outro o comportamento albergado pela ordem jurídica. Não se pode olvidar que a expectativa gerada aos indivíduos pelos atos estatais – duráveis e permanentes – merece legítima tutela jurídica. A proteção da confiança parte da perspectiva do cidadão. “Ela exige a proteção da confiança do cidadão que contou, e dispôs em conformidade com isso, com a exigência de determinadas regulações estatais” (MAURER, 2001, p. 84). Karl Larenz (1985, p. 91) revela o alcance da paz jurídica como artefato essencial do Estado de Direito, de forma que a proteção à confiança legítima desponta como um elemento da ética jurídica:

O ordenamento jurídico protege a confiança suscitada pelo comportamento do outro e não tem mais remédio que protegê-la, porque poder confiar [...] é condição fundamental para uma pacífica vida coletiva e uma conduta de cooperação entre os homens e, portanto, da paz jurídica.

Nessa senda surge o princípio da proteção à confiança legítima como forma de assegurar que o Estado não frustrará autênticas expectativas dos indivíduos, constituídas em consonância com o que fora manifestado anteriormente pelo próprio Poder Público. Conceituando o instituto da confiança legítima, leciona Luís Roberto Barroso (2005, p. 22):

Confiança legítima significa que o Poder Público não deve frustrar, deliberadamente, a justa expectativa que tenha criado no administrado ou no jurisdicionado. Ela envolve, portanto, coerência nas decisões, razoabilidade nas mudanças e a não imposição retroativa de ônus imprevistos [...] A obrigação dos órgãos do Poder Público de não vulnerar a confiança legítima e de agir com boa-fé é inerente ao Estado Democrático de Direito.

A confiança, nas lições de Wagner Serpa Junior (2010, p. 26), “é um sentimento de superação de incerteza e da imprevisibilidade, mediante a assunção de certo grau de risco, em relação ao comportamento de terceiros, de tal modo que não se espera algo distinto da expectativa que tenha criado”.

Exemplificando o conteúdo do princípio em referência, destaca Rafael Carvalho Rezende Oliveira (2010, p. 93):

Imagine, por exemplo, a hipótese em que o Poder Público promete deduções fiscais e autorizações de funcionamento para empresas que atuam em determinado segmento empresarial com o objetivo de desenvolver a região. Confiante na promessa sólida do Poder Público, uma empresa faz investimentos importantes na região e requer os benefícios prometidos. Não poderia o Poder Público se negar a conceder tais benefícios, sob o argumento de que desistiu de desenvolver a região, pois esta conduta contraria a confiança legítima.

No Direito Administrativo, a confiança legítima funciona como uma garantia do administrado, “que planeja sua atuação conforme declarações e comportamentos do Estado, diante do poder da Administração Pública em criar normas ou em anular atos inválidos e revogar atos que se tornam inconvenientes ou inoportunos” (FONSECA, 2011, p. 110). Segundo Almiro do Couto e Silva (2003, p. 37), para evitar esse tipo de comportamento, deve-se impor ao Estado “limitações na liberdade de alterar sua conduta e modificar atos que produziram vantagens para os destinatários, mesmo quando ilegais, atribuindo-se consequências patrimoniais por essas alterações, sempre em virtude da crença gerada”, no sentido de que tais atos seriam conservados.

Quanto à sua abrangência, tem-se que a observância do princípio da proteção à confiança dos cidadãos se impõe a todos os atos estatais, sejam eles oriundos do Executivo, Legislativo e Judiciário, independentemente destes atuarem em suas funções constitucionais típicas ou atípicas. “O Estado, em sua totalidade, deve respeitar a segurança jurídica, o que implica o dever de zelar pela confiança gerada por seus atos aos particulares de boa-fé” (OLIVEIRA, 2010, p. 89). No entanto, é na relação existente entre a Administração Pública e os administrados que esse princípio se torna mais relevante, haja vista a própria natureza das funções típicas do Poder Executivo, que, indubitavelmente, acarretam o surgimento de circunstâncias sólidas e capazes de propiciar a criação de expectativas legítimas, merecedoras de proteção jurídica.

Resumidamente, pode-se concluir que a “noção de proteção da confiança legítima aparece como uma reação à utilização abusiva de normas ju-

rídicas e de atos administrativos que surpreendam bruscamente os seus destinatários” (OLIVEIRA, 2010, p. 93). Normalmente invocado em companhia do princípio da segurança jurídica, o princípio da confiança legítima possui atributos próprios que permitem torná-lo autônomo, como demonstrar-se-á nos tópicos seguintes.

3 EVOLUÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA NO DIREITO BRASILEIRO

O princípio da proteção da confiança surgiu na Alemanha⁴, em 1950, por construção jurisprudencial, em virtude da necessidade de preservar os “atos inválidos, mesmo nulos de pleno direito, por ilegais ou inconstitucionais, ou, pelo menos, dos efeitos desses atos, quando indiscutível a boa-fé” (COUTO E SILVA, 2005, p. 07). Atualmente, o Direito Alemão prevê a proteção da confiança legítima nos §§ 48 e 49, da Lei de Procedimento Administrativo⁵, cujo teor preceitua que a extinção dos atos administrativos pode ser total ou parcial, com efeitos retroativos ou para o futuro, bem como pode acarretar, em alguns casos, direito do administrado ao ressarcimento.

Na Espanha, país em que a produção literária acerca do princípio em estudo é bastante vasta, o artigo 3º, nº 4/99 (*Ley de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común*)⁶ consagrou, textualmente, a proteção à confiança legítima.

No Direito Brasileiro, o princípio da proteção à confiança não foi positivado⁷ pela Constituição Federal ou pela legislação infraconstitucional, motivo pelo qual sua aplicabilidade procede de uma evolução doutrinária e jurisprudencial. Explicitando essa peculiaridade do ordenamento jurídico

4 No dia 14 de novembro de 1954, decisão do Superior Tribunal Administrativo de Berlim, e, após, acórdão do Tribunal Administrativo Federal, proferido em 15 de outubro de 1957, começou a aplicar o princípio da proteção à confiança legítima, o que gerou uma corrente contínua de julgamentos no mesmo sentido. (COUTO E SILVA 2005).

5 Disponível em <http://www.gesetze-im-internet.de/vwvfg/_48.html>. Acesso em: 07 nov 2014

6 Artículo 3. Principios generales. (Modificado por Ley 4/1999). 1. Las Administraciones Públicas sirven con objetividad los intereses generales y actúan de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Constitución, a la Ley y al Derecho. Igualmente, deberán respetar en su actuación los principios de buena fe y de confianza legítima. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1992-26318>. Acesso em: 07 nov 2014.

7 “Embora não tenha previsão explícita no texto da Constituição Federal, há se ser reconhecido o status de princípio constitucional à proteção substancial da confiança, em face da necessária dedução ‘Estado de Direito/segurança jurídica/proteção confiança’ (MAFFINI, 2006, p. 12).

pátrio, sustenta Almiro Couto e Silva (2005, p. 9):

No direito brasileiro, muito provavelmente em razão de ser antiga nossa tradição jurídica a cláusula constitucional da proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada – pontos eminentes nos quais se revela a segurança jurídica, no seu aspecto objetivo – não houve grande preocupação na identificação da segurança jurídica, vista pelo ângulo subjetivo da proteção à confiança, como princípio constitucional, situado no mesmo plano de importância do princípio da legalidade.

Para Humberto Ávila (2011, p. 362) a ausência de antevisão constitucional expressa não afasta do princípio em estudo a sua aplicabilidade, mas tão somente possui:

o efeito de a sua proteção depender de uma ponderação concreta com outros princípios eventualmente colidentes e da sua relação com os direitos fundamentais da liberdade, da propriedade e de igualdade, ao contrário do que ocorre com as regras que protegem o direito adquirido, o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e o fato gerador ocorrido do ponto de vista legal.

O Supremo Tribunal Federal já vem aplicando o aludido princípio em algumas demandas envolvendo o dever da Administração Pública de proteger as legítimas expectativas dos administrados. Nessa senda, importante destacar trecho do voto do Ministro Cezar Peluso, nos autos da Ação Cível Originária nº 79/MT, julgada pelo Plenário da Corte em 15.03.2012:

Ora, assim como no direito alemão, francês, espanhol e italiano, o ordenamento brasileiro revela, na expressão de sua unidade sistemática, e, na sua aplicação, vem reverenciando os princípios ou subprincípios conexos da segurança jurídica e da proteção da confiança, sob a compreensão de que nem sempre se assentam, exclusivamente, na observância da pura legalidade ou das regras *stricto sensu*. Isto significa que situações de fato, quando perdurem por longo tempo, sobretudo se oriundas de atos administrativos, que guardam presunção e aparência de legitimidade, devem estimadas com cautela quanto à regularidade e eficácia jurídicas, até porque, enquanto a segurança é fundamento quase axiomático, perceptível do ângulo geral e abstrato, a confiança, que diz com a subjetividade, só é passível de ava-

liação perante a concretude das circunstâncias. A fonte do princípio da proteção da confiança está, aí, na boa-fé do particular, como norma de conduta, e, em consequência, na *ratio iuris* da coibição do *venire contra factum proprium*, tudo o que implica vinculação jurídica da Administração Pública às suas próprias práticas, ainda quando ilegais na origem. O Estado de Direito é sobretudo Estado de confiança. E a boa-fé e a confiança dão novo alcance e significado ao princípio tradicional da segurança jurídica, em contexto que, faz muito, abrange, em especial, as posturas e os atos administrativos, como o adverte a doutrina, relevando a importância decisiva da ponderação dos valores da legalidade e da segurança, como critério epistemológico e hermenêutico destinado a realizar, historicamente, a ideia suprema da justiça.

A Corte Constitucional⁸ já possui diversos precedentes no sentido de determinar, diante de prolongadas situações fáticas causadas pelo comportamento da Administração Pública, a observância da supremacia jurídico-constitucional dos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança legítima sobre o princípio da legalidade. O Superior Tribunal de Justiça⁹ também colabora com o incremento do princípio da proteção à confiança legítima no direito pátrio. No tocante à presença do instituto na legislação pátria, tem-se que este, apesar de não ser expressamente previsto na ordem jurídica, é extraído da Constituição Federal.

O princípio da proteção da confiança legítima possui evidente caráter constitucional, tendo em vista que deriva diretamente da segurança jurídica, e, de forma mediata, da noção de Estado de Direito¹⁰, instrumentalizando-se, portanto, nos artigos 1º e 5º, *caput*, da Carta Constitucional. Provém, ainda, da interpretação teleológica de diversos dispositivos constitucionais, atinentes à natureza objetiva da segurança jurídica, tais como o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e o direito adquirido (art. 5º, XXXVI, da Constituição

8 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 598.099-MS**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Tribunal Pleno, DJ de 30/09/2011; BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 25.116-DF. Relator: Ministro Ayres Britto. Tribunal Pleno. DJ de 10/02/2011;

9 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo nº 1314342/MG**. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Primeira Turma. Julgado em 25/02/2014, DJe 10/03/2014; BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 27.389/PB. Relator: Ministro Sebastião Reis Junior. Sexta Turma. Julgado em 14/08/2012. DJe 26/10/2012.

10 “Destarte, ainda que não exista norma constitucional que acolha expressamente o referido princípio, o seu fundamento constitucional implícito seria a própria cláusula do Estado Democrático de Direito (art. 1º da CRFB), que pressupõe, necessariamente, a ideia de segurança jurídica” (OLIVEIRA, 2014, p. 89)

Federal), a irretroatividade (art. 150, III, 'a'), e a anterioridade tributária (art. 150, III, 'b').

Prosseguindo na análise da origem constitucional da proteção à confiança, Veríssimo Tarrago da Silva (2009, p. 15) leciona que “o princípio adquire caráter constitucional por sua estreita relação com o dever de boa-fé e de moralidade que se impõe à Administração Pública, por força do art. 37, *caput*, da CF/88”. Há, inclusive, precedente do Superior Tribunal de Justiça que defende a tese de que o princípio da proteção à confiança legítima é extraído do princípio da moralidade.¹¹ Importante salientar que Almiro Couto e Silva (2005, p. 10) destaca que o princípio em epígrafe também detém tratamento na legislação infraconstitucional, notadamente na Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal:

A Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1.999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, deu expressão, no plano infraconstitucional e no tocante ao Direito Administrativo, ao princípio da segurança jurídica em alguns de seus dispositivos. Assim (a) no *caput* do seu art. 2º, ao declarar que “A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência”; (b) no parágrafo único desse mesmo artigo, inciso IV, ao determinar a observância, nos processos administrativos, do critério da “atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé”; (c) no inciso XIII, também desse parágrafo único, ao estabelecer a vedação de aplicar a fatos pretéritos nova interpretação da norma jurídica; e (d) ao prescrever no seu art. 54: “O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em 5 (cinco) anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

11 PRINCÍPIO DA CONFIANÇA, PRETENSÃO À PROTEÇÃO E MORALIDADE ADMINISTRATIVA. Prestigia-se o primado da confiança, assente no § 242, Código Civil alemão, e constante do ordenamento jurídico brasileiro como cláusula geral que ultrapassa os limites do Código Civil (arts.113, 187 c/c art.422) e que influencia na interpretação do Direito Público, a ele chegando como subprincípio derivado da moralidade administrativa. Ao caso aplica-se o que a doutrina alemã consagrou como “pretensão à proteção” (*Schutzanspruch*) que serve de fundamento à manutenção do acórdão recorrido. Recurso especial improvido, prejudicado o agravo regimental. (Recurso Especial nº 944.325/RS. Relator Ministro Humberto Martins. Segunda Turma. Julgado em 04/11/2008, DJe 21/11/2008)

Ademais, existem outros dispositivos legais que albergam a proteção da confiança legítima, são eles o artigo 27, da Lei nº 9.868/99, cujo teor regula o procedimento da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade, perante o STF; e o artigo 11, da Lei 9.882/99, que disciplina o processo da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Os dois artigos acima referidos tratam da modulação dos efeitos das decisões da Corte Constitucional em controle abstrato de constitucionalidade, permitindo o STF, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento a ser fixado.

4 PROTEÇÃO À CONFIANÇA LEGÍTIMA COMO PRINCÍPIO JURÍDICO

A análise da qualidade normativa da proteção à confiança legítima possui relevância no ponto de vista de sua aplicabilidade. Para tanto, é importante fixar a distinção entre princípios e regras, bem como versar sobre suas características e funções, para, ao final, enquadrar o objeto dessa pesquisa e identificar o seu âmbito de atuação.

Inicialmente, imperioso destacar que as classes normativas não são excludentes entre si, uma vez que, na esteira do que preceitua o professor Humberto Ávila (2005, p. 60), “um ou vários dispositivos, ou mesmo a implicação lógica deles decorrente, pode experimentar uma ‘dimensão’ imediatamente comportamental (regra), finalística (princípio) e/ou metodológica (postulado)”. Desse modo, importante diferenciar as citadas espécies normativas, segundo o aludido autor, quais sejam, os postulados, as regras e os princípios. Os primeiros, conforme Humberto Ávila (2005, p. 88), referem-se as denominadas *metanormas*, que se colocam em um estado superior aos princípios e as regras, pois fixam a estrutura de aplicação destas. São exemplos os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade.

Contudo, a distinção entre regras e princípios possui maior relevância ao presente estudo. Nesse sentido, Humberto Ávila (2005, p. 70) destaca as seguintes diferenças entre essas espécies normativas: os princípios têm como dever imediato a promoção de um estado ideal de coisas; e como dever mediato a adoção da conduta necessária, cuja justificação reside na correlação entre efeitos da conduta e o estado ideal das coisas. As regras, por sua vez,

possuem como dever imediato a adoção de uma conduta descrita; e como dever mediato a manutenção de fidelidade à finalidade subjacente e aos princípios superiores, sendo justificado pela correspondência entre o conceito da norma e o conceito do fato. Quanto aos conceitos de regras e princípios, Humberto Ávila (2005, p.70) destaca:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primeiramente prospectivas e com pretensão da complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

Constata-se, assim, na esteira do que preceitua Veríssimo Tarrago da Silva (2009, p. 10), que “os princípios são normas que buscam um determinado resultado finalístico, enquanto as regras têm a pretensão de transportar aos fatos os princípios a que se submetem”. Os primeiros almejam um resultado, enquanto os segundos relacionam-se com os meios necessários para se alcançar este resultado. Analisadas as espécies normativas, passar-se-á à identificação da proteção à confiança legítima como princípio jurídico, pois, além de reunir as características necessárias, atua como tal. Como já exposto na presente pesquisa, não existe na Constituição Federal de 1988 uma menção expressa à proteção da confiança. Todavia, de acordo com Wagner Serpa Junior (2010, p. 34), a formação da confiança pressupõe a segurança, motivo pelo qual é possível concluir que esse princípio está implícito da Carta Política.

Misabel Derzi (2009, p. 321) assevera que “o princípio da proteção da confiança tem, nas ordens jurídicas europeias e americanas, inclusive na brasileira, a posição de princípio implícito, o que não contraria em nada a sua efetividade e a natureza própria dos princípios”. Enquadrando a proteção à confiança legítima como princípio, assevera Martha Toribio Leão (2009, p. 16):

[...] sendo o princípio da confiança uma eficácia reflexa do princípio da segurança jurídica, combinado com os direitos fundamentais de liberdade e de propriedade, não haveria sentido em excluí-lo do rol de garantias fundamentais, porquanto essa falta de previsão apenas determina a necessidade de depreende-lo desses princípios expressamente previstos, ainda que ele, de forma expressa, não esteja ali, como ocorre com as noções de direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada [...].

O direito à proteção à confiança, portanto, demonstra ser um instituto que almeja preservar as legítimas expectativas dos cidadãos em razão de determinadas condutas estatais. Objetiva um ideal de segurança, de previsão e de estabilidade, de modo que o seu resultado finalístico é o que confere sentido à sua existência, motivo pelo qual revela-se escorreita a sua qualificação como princípio jurídico.

5 A RELAÇÃO ENTRE OS PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA

A segurança jurídica possui um valor transcendental ao ordenamento jurídico, tendo em vista que se consubstancia na justificativa da imprescindibilidade de se fixar uma ordem jurídica que possibilite aos indivíduos a prática de suas condutas em harmonia com um direito certo e esperado. E aqui incide o que Humberto Ávila conceitua como a “dimensão formal-temporal da segurança jurídica”, cujo teor versa no imperativo que tem o homem de ter prévia ciência do ordenamento que o dominará.

A segurança jurídica, portanto, requer a estabilidade, previsibilidade, confiabilidade, mensurabilidade e transparência dos atos dos três Poderes da República. A expectativa gerada pelos atos estatais deve fazer com que os comportamentos do Estado sejam duráveis, permanentes e capazes de garantir a paz social. Somente assim o cidadão possuirá exatidão da ordem jurídica a que está inserido. Nesse sentido é a lição de Humberto Ávila (2008, p. 308):

O princípio da segurança jurídica é construído de duas formas. Em primeiro lugar, pela interpretação dedutiva do princípio

maior do Estado de Direito (art. 1º). Em segundo lugar, pela interpretação indutiva de outras regras constitucionais, nomeadamente as de proteção do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada (art. 5º, XXXVI) e das regras da legalidade (art. 5º, II, e art. 150, I), da irretroatividade (art. 150, III, 'a') e da anterioridade (art. 150, III, 'b'). Em todas essas normas, a Constituição dá uma nota de previsibilidade e de proteção de expectativas legitimamente constituídas e que, por isso mesmo, não podem ser frustradas pelo exercício da atividade estatal.

A segurança jurídica é um elemento fundamental à noção de ordenamento jurídico e de Estado de Direito, visto que dentre os valores por este preservados nenhum é tão significante quanto à certeza das expectativas jurídicas. Isso porque, de acordo com José Joaquim Gomes Canotilho (2004, p. 255):

O homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente sua vida. Por isso, desde cedo se consideraram os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança como elementos constitutivos do Estado de Direito.

Delimitada a noção de segurança jurídica, importante distingui-la do conteúdo do princípio da proteção da confiança legítima. Tratando do tema, o constitucionalista José Joaquim Gomes Canotilho (2004, p. 256) preceitua:

Estes dois princípios – segurança jurídica e proteção da confiança – andam estreitamente associados, a ponto de alguns autores considerarem o princípio da proteção da confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexcionada com elementos objetivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a proteção da confiança se prende mais com as componentes subjectivas da segurança, designadamente a calculabilidade de previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos.

Nessa linha, para Almiro Couto e Silva (2005, p. 4-5) o princípio da

proteção à confiança legítima brota como um subprincípio – autônomo¹² - aflorado da natureza subjetiva do princípio da segurança jurídica:

A segurança jurídica é entendida como sendo um conceito ou um princípio jurídico que se ramifica em suas partes, uma de natureza **objetiva** e outra de natureza **subjetiva**. A primeira, de natureza **objetiva**, é aquela que envolve a questão dos limites à retroatividade dos atos do Estado até mesmo quando estes se qualifiquem como legislativos. Diz respeito, portanto, à proteção do direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada. Diferentemente do que acontece em outros países cujos ordenamentos jurídicos frequentemente têm servido de inspiração ao direito brasileiro, tal proteção está há muito incorporada à nossa tradição constitucional e dela expressamente cogita a Constituição de 1988, no art. 5º, inciso XXXVI. A outra, de natureza **subjetiva**, concernente à **proteção da confiança** das pessoas no que pertine aos atos, procedimentos e condutas do Estado, nos mais diferentes aspectos de sua atuação. Modernamente, no direito comparado, a doutrina prefere admitir a existência de dois princípios distintos, apesar das estreitas correlações existentes entre eles, Falam os autores, assim, em **princípio da segurança jurídica** quando designam o que prestigia o aspecto **objetivo** da estabilidade das relações jurídicas, e em princípio da **proteção à confiança**, quando aludem ao que atenta para o aspecto **subjetivo**. Este último princípio (a) impõe ao Estado limitações na liberdade de alterar sua conduta e de modificar atos que produziram vantagens para os destinatários, mesmo quando ilegais, ou (b) atribuir-lhe consequências patrimoniais por essas alterações, sempre em virtude da crença gerada nos beneficiários, nos administrados ou na sociedade em geral de que aqueles atos eram legítimos, tudo fazendo razoavelmente supor que seriam mantidos.

No aspecto objetivo da segurança jurídica, portanto, tem-se a previsibilidade e a irretroatividade dos atos do Estado, reveladas por valores constitucionalmente previstos, tais como o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e o direito adquirido (art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal), a irretroatividade (art. 150, III, 'a') e a anterioridade tributária (art. 150, III, 'b').

12 “Não obstante o princípio da proteção da confiança esteja relacionado com o aspecto subjetivo do princípio da segurança jurídica, a sua importância gerou a necessidade de consagrá-lo como princípio autônomo, dotado de peculiaridades próprias.” (OLIVEIRA, 2014, p. 95)

Tais institutos, no entanto, nem sempre se demonstram suficientes à adequada efetivação do princípio. Consoante afirma Veríssimo Tarrago da Silva (2009, p. 47), a observação histórica de alguns abusos estatais têm revelado a fragilidade da proteção auferida pelos institutos concernentes à natureza objetiva do princípio da segurança jurídica.

Nessa senda, denota-se a relevância da acepção subjetiva da segurança jurídica, materializada na proteção à confiança, cujo sentido, por mostrar-se bem mais maleável do que a natureza objetiva, encontra-se diametralmente coligado com os axiomas atinentes a instrumentalização dos valores da estabilidade e previsibilidade. Diferentemente do viés objetivo da segurança jurídica, o princípio da proteção à confiança legítima não é um instituto rígido ou fossilizado, sendo, portanto, capaz de tutelar as ambições genuinamente esperadas pelos indivíduos em decorrência de determinado comportamento estatal, de modo que o Poder Público seja confiável a ponto de não romper com seus próprios atos, procedimentos e/ou condutas.

Segundo Wagner Serpa Júnior (2010, p. 39), as mutações são inerentes à continuação da sociedade e também do Estado, razão pela qual a confiança legítima se coloca a meio caminho entre o reconhecimento da necessidade das alterações estatais e o direito à continuidade das atividades dos cidadãos e demais agentes da sociedade, buscando equilibrar a segurança e as alterações necessárias. Evidenciada a apertada relação existente entre os princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança legítima, com as indispensáveis distinções quanto à aplicação dos institutos, autônomos entre si, passar-se-á a analisar as acepções da efetivação deste último.

6 A EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA

O princípio da proteção à confiança legítima, quando relacionado com o mister administrativo do Estado, detém três formas de efetivação, que são traçadas por Rafael Maffini (2006, p. 32) da seguinte forma:

- a) de um lado, tem-se a proteção procedimental da confiança ou das expectativas legítima, consubstanciada na necessidade de uma atividade administrativa processualizada, em que se assegure a participação dos destinatários da função administrativa;
- b) de outro lado, tem-se a proteção compensatória da confiança,

compreendida como o dever do Estado de ressarcir os prejuízos decorrentes da frustração de expectativas nele legitimamente depositadas pelos cidadãos; c) por fim, destaca-se a proteção substancial ou material da confiança, cujo significado pode ser sumarizado como sendo um conjunto de normas jurídicas emergentes da ação administrativa do Estado, em face de expectativas que, por razões especiais, apresentam-se legítimas e, assim, dignas de proteção.

Analisando o exposto acima, constata-se três possíveis acepções do princípio em comento. “A primeira ligada ao procedimento administrativo. A segunda, relacionada a uma compensação oriunda da quebra das expectativas legítimas depositadas nos atos administrativos. A terceira cuidaria propriamente da necessidade de manutenção dos atos” (ROCHA; DINIZ, 2009, p. 174). Tratando do tema em estudo no presente tópico, destaca-se os ensinamentos de Hartmut Maurer (2001, p. 86):

[...] a proteção da confiança visa, em primeiro lugar, à proteção da existência. Contudo, também são possíveis soluções mediadoras que, por um lado, possibilitam a correção ou adaptação necessária, mas também, por outro, consideram o interesse da confiança do afetado. Em consideração entram soluções transitórias de tipos diferentes, ademais, indenizações para o prejuízo que o cidadão sofreu pela revogação de uma regulação estatal ou decisão.

O princípio da proteção à confiança pode ser efetivado de três diferentes formas, das quais é possível destacar duas, quais sejam, a manutenção do ato administrativo e o ressarcimento por eventuais prejuízos causados pela ofensa às expectativas jurídicas dos administrados. A escolha deverá ser realizada pela Administração Pública, casuisticamente, analisando as peculiaridades do caso concreto, embora a continuidade do ato se revele mais adequada, pois, assim, manter-se-ia intangível a lealdade depositada pelo indivíduo.

7 REQUISITOS POSITIVOS DO PRINCÍPIO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA

Na lição de Tiago da Silva Fonseca (2011, p. 199), a confiança legítima

a ser protegida depende de três requisitos, que necessitam estar presentes para a configuração da responsabilidade pela confiança, quais sejam:

- 1) ação ou omissão de uma parte, apta a gerar expectativas em outra, que representa uma situação de acordo com uma declaração, documento ou comportamento;
- 2) boa-fé daquele que confiou
- 3) mudança contraditória da situação representada, gerando a imputação da responsabilidade pela confiança para aquele que agiu de forma contrária às expectativas que induziu.

Para Humberto Ávila (2011, p. 360), o princípio da proteção da confiança legítima convém como um instituto de proteção das pretensões particulares nos casos não abrigados pelo direito adquirido, pelo ato jurídico perfeito ou pela irretroatividade das leis, motivo pelo qual entende, na esteira da doutrina alemã, que, para a sua conformação, necessita-se de “(a) uma base de confiança, de (b) uma confiança nessa base, do (c) exercício da referida confiança na base que a gerou e da (d) sua frustração por ato posterior e contraditório do Poder Público”.

Analisando os pressupostos da confiança a ser protegida pelo ordenamento jurídico, acima referidos, tem-se que a base da confiança se traduz na existência de atos jurídicos – em sentido amplo – ou normas jurídicas, abstratas ou concretas, cujo teor fundamentam condutas omissivas ou comissivas dos indivíduos, que efetivamente creem estarem atuando em conformidade com o que preceitua o direito pátrio. É necessário, portanto, existir algo no qual o administrado se confiou, independentemente da forma adotada. Comentando o segundo e o terceiro requisito para a configuração da proteção à confiança, leciona Wagner Serpa Junior (2010, p. 29):

Outro pressuposto da confiança, como visto, é que o cidadão tenha conhecimento e tenha confiado na base da confiança. Essa cognoscibilidade tem início, em regra, a partir do momento da publicação da lei ou com a intimação da decisão administrativa ou judicial que reconhece determinado direito ao cidadão. A partir do conhecimento da base, o cidadão, então, passa a exercer a sua confiança.

Por último, para a adequada aplicação do princípio da confiança le-

gítima, é imprescindível que a confiança criada pelo indivíduo tenha sido frustrada por um comportamento superveniente do Estado, cuja acepção é antagônica ao que antes havia manifestado o próprio Poder Público, quebrando a expectativa de direito autenticamente gerada aos particulares.

Dessa forma, presentes esses requisitos, a confiança deverá ser protegida pelo ordenamento jurídico, tendo em vista que se qualificará como legítima, tornando a natureza do princípio em glosa bem mais objetiva, porquanto, nas palavras de Patrícia Ferreira Baptista (2006, p. 158) “a confiança suscetível de proteção não é aquela decorrente de uma mera convicção psicológica do interessado de que suas expectativas não seriam frustradas pela Administração”.

A teoria da confiança, por conseguinte, preceitua que havendo a prática de ato contraditório pelo Poder Público, no sentido de frustrar as expectativas geradas ao contribuinte, bem como a boa-fé por ele depositada, deve a Administração Pública reparar o particular, desde que comprovados os requisitos da responsabilidade pela confiança, acima referidos. Nesse sentido, prescreve Tiago da Silva Fonseca (2011, p. 202):

[...] as declarações, documentos, normas e comportamentos do Fisco o vincula perante o contribuinte, criando deveres que, se violados, geram a pretensão de reparação, seja através da manutenção da situação de acordo com as expectativas representadas, seja através de criação de regimes de transição conforme o grau de confiança gerada e de investimentos dispendidos, seja através de indenização por perdas e danos.

Revela-se imperiosa a necessidade de se instituir uma ordem jurídica dotada de estabilidade e continuidade, pois a uniformidade na aplicação das normas é um pressuposto imperativo ao Estado de Direito, conferindo confiabilidade à sociedade no que se tange à proteção dos direitos oriundos de relações com o Poder Público.

8 O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA LEGÍTIMA VERSUS O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

A aplicação do princípio da proteção à confiança legítima, na esteira

do que ocorre com os demais princípios jurídicos, expressos ou implícitos, dar-se-á por meio de um juízo de ponderação, visto que, muitas vezes, o princípio em comento se colide com outros quando da apreciação do caso concreto. Revela-se comum a existência de um antagonismo entre o princípio da proteção da confiança legítima e o princípio da legalidade. E essa constatação foi realizada no *leading case* onde surgiu a noção de tutela da confiança legítima, julgado pelo Tribunal Administrativo Superior de Berlim, em 14/11/1956. O caso submetido à análise da referida corte foi, segundo Ludiana Rocha e Márcio Diniz (2009, p. 171), o seguinte:

Uma viúva, ainda durante a separação entre Alemanha Oriental e Alemanha Ocidental, que possuía domicílio na República Democrática Alemã, sob a promessa de percepção de pensão, se mudou para Berlim-ocidental, onde recebeu o benefício prometido durante um ano. Passado este tempo, a administração revogou o ato concessivo em razão de ter verificado que a viúva não preenchia os requisitos para ser incluída como beneficiária. Além de suspender o pagamento, cobrou todos os valores que já haviam sido pagos.

Submetida a questão ao Tribunal Administrativo Superior de Berlim, este deliberou que o princípio da confiança legítima necessitaria prevalecer diante da legalidade e, mesmo não existindo alicerce normativo que fundamentasse o deferimento do referido benefício, este não teria como ser abolido. Comentando os argumentos da decisão, bem como a colisão entre os princípios em comento, esclarece Hartmut Maurer (2001, p 70-71):

Ponto de partida foi o entendimento que a questão sobre a retratabilidade de atos administrativos beneficentes antijurídicos é dominada por dois princípios, ou seja, por um lado, pelo princípio da legalidade da administração, que exige a eliminação de atos administrativos antijurídicos e, por outro, pelo princípio de proteção à confiança, que pede a manutenção do ato administrativo beneficente. Como ambos os princípios requerem validade, mas também estão em conflito um com o outro, deve segundo a opinião do Tribunal Administrativo Federal, ser ponderado e examinado, no caso particular, a qual interesse – ao interesse público na retratação ou ao interesse individual na existência do ato administrativo – é devido a primazia. Nisso também são possíveis soluções que diferenciam, por exemplo,

uma retratação limitada objetiva ou temporalmente

No entanto, a convivência entre a legalidade e a proteção da confiança não se revela impossível, notadamente em virtude da relativização dos princípios constitucionais, sendo necessária a realização de um juízo de ponderação, para decidir qual dos dois prevalecerá no caso analisado. Essa situação foi devidamente analisada por Hartmur Maurer (2001, p. 86):

[...] a proteção à confiança pode entrar em conflito com outros bens jurídicos e interesses, e, particular, com o princípio da legalidade e da constitucionalidade, que exige a correção de atos antijurídicos, e com os interesses legítimos do Estado de adaptar o direito às circunstâncias alteradas ou aos novos conhecimentos ou de introduzir, até com o auxílio do direito, novos desenvolvimentos. Em tais casos de conflito deve ser ponderado entre o interesse da confiança do particular e o interesse da modificação do Estado e, sob consideração de todos os pontos de vista relevantes, esforçar-se por uma compensação ótima [...].

Rafael Maffini (2006, p. 223) também tratou acerca desse tema:

A legalidade administrativa não pode ser considerada como um óbice à incidência do princípio da proteção substancial da confiança, mesmo quando se trata de preservação de condutas – ou seus efeitos – inválidas. Isso porque, as noções de Estado de Direito e de segurança jurídica não estão sob, mas sobre ou ao lado do princípio da legalidade, impondo-se a ponderação entre a legalidade e a segurança jurídica para que, em alguns casos, essa ceda à proteção da confiança com a estabilidade das relações jurídicas, ainda que inválidas. Ademais, o fundamento material da legalidade consiste justamente na busca por segurança jurídica, não se apresentando, pois, num fim em si mesmo. Dessa forma, sempre que a legalidade implicar em consequências que se contraponham ao seu próprio fim material, qual seja, a segurança jurídica, terá de ser ponderada com outros valores, como é o caso da proteção substancial da confiança, ensejando tal ponderação a possibilidade de preservação de atos ou efeitos decorrentes de comportamentos inválidos.

Em virtude do conflito existente entre os princípios em comento, o princípio da proteção da confiança legítima passou a ser um limite do poder

de autotutela administrativa¹³, porquanto “é preferível defender a tese de que a Administração Pública, mesmo sem norma legal específica, encontra-se limitada no seu poder de anulação de atos ilegais, tendo em vista os princípios da segurança jurídica e da confiança legítima” (OLIVEIRA, 2010, p. 93). Contudo, como dito, compete ao administrador, diante do caso concreto, ponderar os interesses em conflito, por meio dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, para, ao final, formar seu convencimento, no sentido de manter o ato administrativo ou de anulá-lo. Nesse sentido manifesta-se Rafael Carvalho Rezende Oliveira (2010, p. 93):

No conflito entre o princípio da legalidade e o princípio da segurança jurídica (e o da confiança legítima), a solução dependerá das circunstâncias de cada caso (“ponderação em concreto”). Caso a Administração decida pela permanência do ato ilegal no mundo jurídico e /ou respeite os efeitos por ele produzidos, teremos a convalidação voluntária do ato administrativo que deverá ser necessariamente motivada.

Ambos os princípios, além de estarem no mesmo patamar normativo, encontram-se sintonizados com o ideal de propulsão do Estado de Direito, no qual não se revela plausível, nem adequado, um comportamento contraditório da Administração Pública, “preocupada apenas na estrita observância dos preceitos legais, desconsiderando as situações legítimas de confiança criadas pela sua atuação anterior” (LEÃO, 2009, p. 19). Nessa senda, vale ressaltar que o princípio da proteção da confiança não tem a finalidade de criar uma atmosfera jurídica de imutabilidade dos comportamentos do Poder Público. Isso porque é notório que tanto o Estado como as sociedades se modificam periodicamente, de modo que essas alterações, não raras vezes, obrigam uma nova atuação estatal.

Veríssimo Tarrago da Silva (2009, p. 11) sustenta que “o princípio da proteção à confiança legítima tem a pretensão, justamente, de resguardar o indivíduo (ou as expectativas deste indivíduo) destes novos comportamentos, mas, nunca, de tornar o Estado inerte e ocioso”. E nessa mesma linha, adverte Almiro Couto e Silva (2005, p. 34):

É certo que o futuro não pode ser perpétuo prisioneiro do pas-

13 Súpula nº 473, do Supremo Tribunal Federal: A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

sado, nem podem a segurança jurídica e a proteção à confiança se transformar em valores absolutos, capazes de petrificar a ordem jurídica, imobilizando o Estado e impedindo-o de realizar as mudanças que o interesse público estaria a reclamar. Mas, de outra parte, não é igualmente admissível que o Estado seja autorizado, em todas as circunstâncias, a adotar novas providências em contradição com as que foram por ele próprio impostas, surpreendendo os que acreditam nos atos do Poder Público.

Percebe-se, portanto, que por ser um princípio jurídico, a aplicação da proteção à confiança legítima requer um imprescindível juízo de ponderação, a ser efetivado pelo julgador, legislador e pela Administração Pública, de forma que as alterações necessárias aos anseios estatais ocorram sem gerar um clima de insegurança e de imprevisão para os administrados.

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Face ao exposto, é possível concluir que o princípio da proteção da confiança legítima tem o condão de tutelar as legítimas expectativas inseridas nos administrados pelos comportamentos da Administração Pública. Constatou-se, ainda, a qualificação do referido instituto como princípio constitucional autônomo, apesar de deter apertada semelhança com o princípio da segurança jurídica, uma vez que representa a natureza subjetiva deste. Pelo conteúdo do princípio, verifica-se a viabilidade de manutenção de atos administrativos ilegais que, em virtude da presunção de legitimidade, tiveram seus efeitos diferidos no tempo. Não sendo possível a permanência do comportamento estatal que gerou uma confiança no administrado, revela-se cabível a compensação por eventuais prejuízos sofridos pelo indivíduo, como maneira de reduzir os efeitos do equívoco do Poder Público.

Havendo conflito com o princípio da legalidade, deve o intérprete realizar um juízo de ponderação, utilizando-se dos postulados da proporcionalidade e da razoabilidade, tendo em vista que ambos se encontram no mesmo patamar normativo. Propõe-se, no entanto, evitar o legalismo exacerbado, de modo a possibilitar a realização da justiça social, resguardando as expectativas legítimas do administrado, na esteira do que prega o Estado de Direito. O princípio da proteção da confiança legítima representa, portanto,

a consagração de axiomas éticos no âmbito da Administração Pública, impedindo alterações abruptas das condutas estatais, especialmente daquelas que, além de gerar um solo fértil ao surgimento de bases de confiança, faz com que o exercício da confiança se dê por um logo período de tempo. Não se objetiva fossilizar o direito, mas apenas que as modificações não ocorram de forma inesperada.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BAPTISTA, Patrícia Ferreira. **Segurança jurídica e proteção da confiança legítima no direito administrativo**: análise sistemática e critérios de aplicação no direito administrativo brasileiro. Tese de doutorado apresentada ao Departamento de Direito da Faculdade de Direito da USP. São Paulo, 2006.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão na Ação Cível Originária nº 79/MT**. Relator: PELUSO, Cezar. Tribunal Pleno. Julgamento em 15/03/2012. Publicado no DJ de 28/06/2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 16 ago 2014

BRITO, Mirella Barros Conceição. **Segurança jurídico-tributária e proteção da confiança do contribuinte no Estado de Direito**. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br>>. Acesso em: 12 out 2014.

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. São Paulo, nº 2, p. 261-288, abr/jun, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2000.

COUTO E SILVA, Almiro do. **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 9784/99). Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 2, abril/maio/junho, 2005. Disponível em: < <http://www.direi-toestado.com.br>. Acesso em: 12 ago 2014.

DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificações da jurisprudência: proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao poder judicial de tributar.** São Paulo: Noeses, 2009.

FONSECA, Tiago da Silva. **A afirmação da previsibilidade no Direito Tributário.** Disponível em: < <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br> > . Acesso em 09 set 2014.

_____. **Proteção da contribuinte e Fazenda contra atos contraditórios e modificações de jurisprudência em Direito Tributário.** Disponível em: < <http://www.pgfn.fazenda.gov.br> > . Acesso em: 10 ago 2014.

LEÃO, Martha Toribio. **O princípio da proteção da confiança e o poder revogatório da Administração Pública.** Disponível em: <http://www.lume.ufrgs.br> > . Acesso em: 10 out 2014.

LARENZ, Karl. **Derecho Justo: Fundamentos de Etica Juridica.** Madrid: Civitas, 1985.

MACCORMICK, Neil. **Rhetoric and the Rule of Law.** Nova York: Ofor University Press, 2005.

MAFFINI, Rafael da Cás. **Princípio da Proteção Substancial da Confiança no Direito Administrativo Brasileiro.** Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

MAURER, Hartmut. **Elementos de Direito Administrativo Alemão**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2001.

_____. **Garantia de continuidade e proteção à confiança**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

PEREIRA, Nerylton Thiago Lopes. **Proteção à confiança em matéria tributária e o Poder Judiciário**. Disponível em: < <http://www.publicadireito.com.br> >. Acesso em: 10 out 2014.

PORTO, Éderson Garin. **Estado de Direito e Direito Tributário**. Norma limitadora ao poder de tributar. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. **Segurança jurídica frente às mutações jurisprudenciais em matéria tributária**. Disponível em: < <http://www.guaiba.ulbra.br> >. Acesso em: 10 set 2014.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **O princípio da proteção da confiança legítima no Direito Administrativo Brasileiro**. Disponível em: < <http://www.rio.rj.gov.br> >. Acesso em: 11 ago 2014.

ROCHA, Ludiana Carla Braga Façanha Rocha; DINIZ, Mário Augusto de Vasconcelos. **A administração pública e o princípio da confiança legítima**. Disponível em: < <http://www.conpedi.org.br> >. Acesso em: 12 set 2014.

SERPA JUNIOR, Wagner. **Princípio da proteção à confiança legítima em matéria tributária e modulação dos efeitos das decisões judiciais**. Disponível em: < <http://www.mackenzie.br> >. Acesso em: 15 set 2014.

SILVA, Veríssimo Tarrago da. **O princípio da proteção à confiança no âmbito de Direito Tributário**. Disponível em: < <http://www.pucrs.br> >. Acesso em: 15 ago 2014.

Os Princípios da Capacidade Contributiva e da Progressividade nos Impostos Reais à Luz da Constituição Federal de 1988 e da Decisão do Supremo Tribunal Federal sobre o ITCD

The ability-to-pay and tax progressivity principles through the 1988 Brazilian constitution and the jurisprudence of the Brazilian federal supreme court (STF) on the inheritance and donation tax (ITCD)

Sofia Laprovitera Rocha¹

RESUMO

O Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* e Doação (ITCD), por muito tempo, não podia sofrer a incidência da técnica da progressividade fiscal, uma vez que a Constituição Federal não era expressa nesse sentido. A doutrina clássica posicionava-se a favor da inaplicabilidade de alíquotas variáveis em razão do aumento da base de cálculo, por defender que os impostos de caráter real, por lhe faltarem elementos pessoais, não poderiam ser submetidos à aplicação do princípio da capacidade contributiva, tendo em vista que o fato gerador do tributo leva em consideração aspectos objetivos, os quais não tem o condão de revelar a capacidade econômica do contribuinte. Essa interpretação, defendida pelos tribunais, não encontrou mais guarida na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), após o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº 562.045/RS a favor da incidência de alíquotas progressivas na cobrança do ITCD, no qual os ministros entenderam que não havia incompatibilidade entre o texto constitucional e a aplicação do princípio da capacidade contributiva. No presente trabalho, realizar-se-á uma abordagem essencialmente bibliográfica, acerca dos princípios jurídicos da tributação, dando ênfase à aplicação do princípio da capacidade contributiva e da progressividade fiscal nos impostos de natureza real, a partir de uma análise da evolução histórica doutrinária e jurisprudencial do STF acerca desse tema.

Palavras-Chave: Princípio da Capacidade Contributiva. Princípio da Progres-

¹ Jornalista graduada pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Bacharelanda em Direito pela Faculdade Farias Brito. Estagiária da Procuradoria da Fazenda Nacional. E-mail: sofialaprovitera@gmail.com

sividade Fiscal. Impostos Reais. ITCD.

ABSTRACT

The Inheritance and Donation Tax (ITCD in Portuguese), for long time, could not suffer the impact of the progressiveness over the tax, since the Constitution was not expressed accordingly in this way. The classical doctrine positioned itself in favor of the no applicability of different rates due to the increase in the financial amount taxed, for assume that real character taxes, with no relevant personal characteristics, could not be subjected to the application of the ability-to-pay principle, once the taxation is made by objective aspects, which do not have the power to reveal the economic capacity of the taxpayer. This interpretation, also defended by courts, does not find shelter in the jurisprudence of the Brazilian Federal Supreme Court (STF) any more, after the judgment of Extraordinary Appeal (RE) No 562 045 / RS in favor of progressive rates of incidence in the taxation of ITCD, in which ministers understood that there was no incompatibility between the Constitution and the ability-to-pay principle. In the present work, will be held an essentially bibliographic approach, on the legal principles of taxation, emphasizing the application of the ability-to-pay principle and tax progressiveness on real nature taxes, from an analysis of the doctrinal historical evolution and the Brazilian Supreme Court jurisprudence on this matter.

Keywords: Ability-To-Pay Principle. Tax Progressivity Principle. Real Taxes. ITCD.

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho tem por escopo o estudo dos princípios da capacidade contributiva e da progressividade no Direito Tributário brasileiro vigente, a partir de uma análise da constitucionalidade da sua aplicação nos impostos de caráter real. O episódio que fez reacender esse profícuo debate foi o julgado do Supremo Tribunal Federal (STF), que reconheceu, ao decidir o Recurso Extraordinário (RE) 562.045/RS, a possibilidade de fixação de alíquotas progressivas no Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* e Doação (ITCD), tendo como base o valor dos bens sujeitos à tributação, por apregoar que este entendimento atenderia ao princípio constitucional da capacidade

contributiva.

Contudo, por muito tempo, a jurisprudência da Suprema Corte era em sentido contrário. Prevalencia o entendimento de que a progressividade, que consagra o aumento da carga tributária pela majoração da alíquota na medida em que há aumento da base de cálculo, não poderia estar presente nos impostos de caráter real, uma vez que a condição pessoal do contribuinte, nesse caso, não era o principal elemento que dava ensejo à tributação. Adotava-se uma interpretação restritiva do art. 145, §1º, CF/88, no sentido de que os impostos devem ser graduados segundo a capacidade econômica e, de preferência, deveriam assumir o caráter pessoal, pois, assim, seria possível alcançar de forma mais plena a capacidade contributiva.

Em apertada síntese, objetivava o Pretório Excelso afastar a possibilidade de adoção da progressividade fiscal nos impostos reais, por ser incompatível com o princípio decorrente da capacidade contributiva, porquanto não se levava em consideração a pessoa do sujeito passivo, admitindo só ser possível a progressividade nos impostos dessa natureza quando existisse a finalidade extrafiscal. Ainda assim, era necessária expressa autorização no texto da Constituição.

Clássico exemplo é o Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU), que tem sua progressividade extrafiscal prevista nos artigos 156, §1º (em sua redação original), e 182, §4º, da Constituição Federal de 1988, em razão do cumprimento da função social da propriedade, com o objetivo de atingir a justiça social.

Importa mencionar que o referido imposto, de competência dos municípios, apresenta dois tipos de progressividade: a extrafiscal, em razão do tempo e do descumprimento da função social, prevista desde a promulgação do texto original da Constituição Federal (CF); e a de caráter fiscal, em razão do valor do imóvel, que foi inserida na CF/88, pela Emenda Constitucional (EC) nº 29/2000, que alterou o §1º do art. 156, inaugurando, pois, expressamente, a progressividade fiscal.

Antes da autorização formal dada pela Emenda Constitucional nº 29/2000, o Supremo Tribunal Federal (STF) considerou inconstitucionais todas as leis que trouxeram previsões de alíquotas progressivas para o IPTU com base no valor do imóvel, de acordo com o entendimento consubstanciado na Súmula 668, aprovada em setembro de 2003: “É inconstitucional a lei municipal que tenha estabelecido, antes da Emenda Constitucional nº

29/2000, alíquotas progressivas para o IPTU, salvo se destinada a assegurar o cumprimento da função social da propriedade urbana”.

O objetivo dessa Emenda é meramente fiscal, pois, ao aumentar as alíquotas incidentes sobre as bases econômicas mais elevadas, incrementa-se a arrecadação, onerando quem reúne maiores condições de contribuir. Criou-se, portanto, uma exceção à regra de que a progressividade só se aplicava aos impostos de caráter pessoal. Mesmo com essa alteração, continuaram sendo progressivos apenas os impostos pessoais e os tributos para os quais a própria Constituição Federal autorizasse a adoção. Posteriormente, foi editada outra emenda à CF (EC nº 42/2003) para autorizar a progressividade do Imposto Sobre a Propriedade Territorial Rural (ITR).

No mesmo dia em que foi aprovada a Súmula nº 668, a Suprema Corte também editou a Súmula nº 656, que trouxe a seguinte previsão em relação ao ITBI: “É inconstitucional a lei que estabelece alíquotas progressivas para o imposto de transmissão inter vivos de bens imóveis - ITBI com base no valor venal do imóvel”.

Por outro lado, em março de 2013, o STF reconheceu a constitucionalidade da fixação de alíquotas progressivas por lei estadual para cobrança do ITCD, sob os fundamentos de que essa progressividade não seria abusiva, na medida em que há o controle do teto das alíquotas pelo Senado Federal, nem seria incompatível com a Súmula nº 668 do STF, acima mencionada, que trata da inconstitucionalidade de lei municipal que tenha adotado alíquotas progressivas para o IPTU antes da edição da EC nº 29/2000.

Com essa decisão, ficou acertado, portanto, que, quanto maior o valor da doação/herança, mesmo que o bem tenha sido transmitido a herdeiro com baixo poder aquisitivo, maior será a alíquota do ITCD. Os ministros entenderam que essa progressividade não fere o princípio da capacidade contributiva e que, caso viessem a ser cometidos eventuais abusos, estes poderiam ser coibidos pela observância do princípio da vedação constitucional ao confisco (art. 150, IV, da CF/88). Acordaram, por fim, não haver necessidade de Emenda Constitucional para a instituição do imposto progressivo.

A partir desse julgado, questiona-se se estaria a Súmula nº 656 revogada tacitamente, visto que até 2013, ano da publicação do RE 562.045/RS, a progressividade só poderia ser aplicada aos impostos reais se esta viesse expressa na Carta Magna, como no caso do IPTU. Afinal, é constitucional a progressividade fiscal para impostos de caráter real? Com a decisão no RE nº

562.045/RS, teria o STF modificado definitivamente o entendimento até então consagrado naquela Corte? Estaria, portanto, cancelada a Súmula nº 656, podendo o ITBI também sofrer incidência de alíquotas progressivas?

2 PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA

O princípio republicano da capacidade contributiva encontra-se regido na primeira parte do art. 145, §1º, da Constituição Federal, na qual se prevê: “Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte”.

Esse preceito orientador do Direito Tributário Brasileiro surgiu com a Constituição de 1824, no art. 179, §15, *in verbis*: “Ninguém será isento de contribuir para as despesas do Estado em proporção a seus haveres”.

Em seguida, o Texto Constitucional de 1946 trouxe, em seu art. 202, o princípio da capacidade contributiva na sua integralidade, dispondo que: “Os tributos terão caráter pessoal, sempre que possível, e serão graduados conforme a capacidade econômica do contribuinte”.

Todavia desapareceu com a Emenda Constitucional nº 18, de 01/12/1965, ao tratar da reforma tributária, continuando silente a Constituição de 1967, embora alguns defendam a permanência implícita do princípio. Este ressurgiu expressamente na Carta Magna atual, em razão de se buscar uma sociedade mais justa e igualitária, de forma a impor uma tributação mais elevada aos contribuintes que possuem maior riqueza.

Observa Baleeiro (1997, p.688) que contemporaneamente a tendência é adotar a crença de que “a justiça tributária deve repousar na personalidade e na graduação dos tributos, segundo a capacidade econômica do contribuinte”.

De acordo com a maioria dos doutrinadores, o princípio da capacidade contributiva deriva de princípios basilares do sistema democrático de direito, quais sejam os da liberdade e da igualdade. Trata-se de um desdobramento do princípio da isonomia, com enfoque na matéria tributária, no intuito de se alcançar com êxito a justiça fiscal. Opina Carrazza (2006, p.86) que é:

justo e jurídico que quem, em termos econômicos, tem muito pague, proporcionalmente, mais imposto do que quem tem

pouco [...]. As pessoas, pois, devem pagar impostos na proporção dos seus haveres, ou seja, de seus índices de riqueza.

A norma jurídica precisa definir com clareza os fatores econômicos que resultam em uma mesma capacidade contributiva e aqueles que exprimem capacidade de contribuição diferenciada.

Por constituir receita derivada, o tributo deve ser um ônus suportável, uma obrigação que o contribuinte tem que cumprir sem precisar sacrificar bens essenciais à manutenção da vida. Amaro (2009, p.138) assim conceitua o referido princípio:

O princípio da capacidade contributiva inspira-se na ordem natural das coisas: onde não houver riqueza é inútil instituir imposto, do mesmo modo que em terra seca não adianta abrir poço à busca de água. Porém, na formulação jurídica do princípio, não se quer apenas preservar a eficácia da lei de incidência (no sentido de que esta não caia no vazio, por falta de riqueza que suporte o imposto); além disso, quer-se preservar o contribuinte, buscando evitar que uma tributação excessiva (inadequada à sua capacidade contributiva) comprometa os seus meios de subsistência.

A capacidade econômica seria, portanto, a possibilidade de ter seu patrimônio reduzido pela tributação, sem a destruição do indivíduo. Para alguns autores, a capacidade contributiva constitui uma capacidade econômica específica, referindo-se somente à aptidão do contribuinte de arcar com determinada imposição tributária. Nesta senda, haveria a possibilidade de um indivíduo ter capacidade econômica, mas não ter condições de contribuir com o Fisco.

Assim, apenas teria capacidade contributiva a pessoa que tivesse legitimidade para figurar no polo passivo da relação tributária, em virtude da cobrança de um tributo. Contudo, a Carta de 1988, em seu art. 145, §1º, não reconheceu essa distinção, utilizando, como sinônimos, as expressões capacidade econômica e capacidade contributiva (CARRAZZA, 2006).

Do exposto, é perceptível que, para se alcançar a equidade (tributação justa), faz-se necessária a observância de um conjunto de princípios, tais como o da isonomia, da capacidade contributiva, do não-confisco, da legalidade, da progressividade, entre outros. Não dá para se estudar o princípio da

capacidade contributiva de forma isolada.

3 PRINCÍPIO DA PROGRESSIVIDADE

O princípio da progressividade também está descrito no art. 145, §1º, da Constituição Federal de 1988:

Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e **serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte**, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte. (Grifo nosso).

É por meio da progressividade que se alcança de forma efetiva os princípios da capacidade contributiva e da igualdade.

Similarmente, é um princípio que consagra a realização da justiça fiscal, impondo aos cidadãos de maior poder aquisitivo o pagamento de elevadas exações, a partir do crescimento da carga tributária em virtude da majoração das alíquotas, na medida em que se dá o aumento da base de cálculo. Dessa forma, contribuem em proporções maiores aqueles que têm capacidade contributiva superior. Pelo princípio em tela, as alíquotas progressivas aumentam, a depender da base de cálculo, fixando percentuais variáveis.

Analisando a relação entre progressividade e proporcionalidade, Aires Barreto (2009) aduz que, na progressão, oneram-se mais gravosamente os indivíduos que revelam uma riqueza tributável maior; vale dizer, então, que ocorre um aumento da alíquota na medida em que se eleva o valor do elemento que compõe a matéria tributável, gerando o fenômeno da desigualação. Não se confunde, portanto, com a proporcionalidade. Nesta as diferenças das alíquotas são ocasionadas em razão proporcional à base de cálculo, conforme se constata no IPI e ICMS.

Convém ressaltar que a progressividade não pode ser aplicada de forma excessiva, a ponto de não serem consideradas as manifestações individuais de riquezas dos contribuintes, o que poderia resultar em um tributo de caráter confiscatório. O IR, ITR, IPTU, IPVA e mais recentemente o ITCD são

exemplos de impostos que se utilizam do instrumento da progressividade para instituição de suas alíquotas.

Sabe-se que a Constituição Federal de 1988 definiu expressamente os casos em que a progressão das alíquotas dos impostos é permitida.

Na pertinente observação de Barreto (2009), o Texto Constitucional preferiu disciplinar as hipóteses de aplicação da progressividade para prevenir possíveis abusos do legislador ordinário.

Durante muitos anos, o entendimento dos tribunais, quanto ao Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos (ITCD), foi no sentido de incompatibilidade deste com o princípio da capacidade contributiva, em razão da natureza real do imposto, considerando sempre inconstitucional a aplicação de alíquotas variáveis ao referido tributo.

Em março de 2013, a Suprema Corte alterou esse entendimento após o julgamento do Recurso Extraordinário nº 562.045/RS, objeto de análise deste trabalho.

4 IMPOSTOS PESSOAIS X IMPOSTOS REAIS

Como é sabido, imposto é espécie de tributo não vinculado. Isto significa, conforme o art. 16 do Código Tributário Nacional (CTN), que o fato gerador da obrigação tributária não depende de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte. Do exame das hipóteses de incidência dos impostos, infere-se que em nenhuma há previsão de atuação do Estado.

No Sistema Tributário Brasileiro, os impostos recebem algumas classificações, a depender do critério analisado. Podem ser classificados em fixos ou graduados, proporcionais ou progressivos, reais ou pessoais, entre outros.

A doutrina e jurisprudência ainda não definem com clareza os critérios que distinguem os impostos entre pessoais e reais. A tentativa de se discutir a classificação dessa espécie tributária tem por base o art. 145, § 1º, do texto da Constituição Federal, que faculta à administração pública a tributação do patrimônio, rendimentos e atividades econômicas do contribuinte, respeitando os direitos individuais, com a ressalva de que, sempre que possível, deve atribuir caráter pessoal aos impostos, graduando-os segundo a capacidade econômica do sujeito.

Da análise mais atenta do dispositivo constitucional, chega-se ao en-

tendimento de que o imposto pessoal é aquele em que o legislador, ao prevê-lo, leva em consideração aspectos relativos às condições específicas de cada contribuinte para que possa definir um valor justo para o pagamento da exação prevista em lei, evitando, assim, a aplicação de encargos difíceis de serem suportados. Segundo Ricardo Alexandre (2008, p.48):

São pessoais os impostos que incidem de forma subjetiva, considerando os aspectos pessoais do contribuinte. Nessa linha de raciocínio, a incidência do imposto de renda é personalizada, levando em conta a quantidade de dependentes, os gastos com saúde, com educação etc.

O IR, por exemplo, sofre intervenção da personalidade econômica do titular do patrimônio produzido, que é um dos elementos que mais influencia na formação da renda.

Assim, pode-se concluir que os impostos pessoais são aqueles em que a hipótese de incidência do tributo está relacionada a certas características da pessoa do sujeito passivo, ou seja, são calculados sobre as condições do contribuinte com base na sua capacidade contributiva.

Nesse diapasão, convém trazer à baila os ensinamentos de Barreto (2009. P.132), que, na tentativa de contribuir para essa discussão, explica que o aspecto pessoal é o atributo da hipótese de incidência que vai determinar, de forma explícita ou implícita, quem é o sujeito ativo e, genericamente, designará os sujeitos passivos.

Isto porque, de acordo com as lições do autor supracitado, o sujeito ativo será estabelecido pela própria lei.

Em relação ao sujeito passivo, a questão é diversa, uma vez que pode ser indicado genericamente, exigindo-se a prestação de qualquer um, como, por exemplo, a norma definidora do IPTU, que afirma serem sujeitos passivos do imposto o proprietário, o titular de domínio útil e o possuidor a qualquer título, ou pode referir-se a uma pessoa concretamente determinada.

É possível identificar o sujeito passivo no próprio aspecto subjetivo da hipótese de incidência, sendo ele o destinatário legal do tributo, genericamente considerado. Mesmo que o legislador restrinja o campo de incidência tributária, deverá sempre observar os destinatários designados na Lei Maior.

Serão subjetivos os impostos que levam em conta a situação pessoal do contribuinte no intuito de determinar a existência da exação e estabelecer a

quantia a ser exigida para a realização da obrigação tributária. A tributação é levada a cabo considerando a situação socioeconômica do contribuinte, o valor de seus rendimentos, das fortunas e dos encargos que obrigatoriamente terá que cumprir.

Assim sendo, impende pontuar que o contribuinte genérico será determinado por lei, enquanto a identificação específica de um destinatário só poderá ser cogitada em face da concretização do fato tributário. Por isso é importante distinguir os sujeitos passivos indeterminados ou genéricos e os sujeitos passivos determinados ou individuados.

Destarte, terá cunho pessoal a tributação que necessariamente leve em consideração a situação subjetiva do contribuinte. Ao legislador ordinário, cabe a tarefa de verificar a possibilidade de conferir caráter subjetivo ao imposto, no ato de elaboração das leis que o institui, em obediência ao princípio da isonomia, já comentado no capítulo anterior.

Por sua vez, os impostos reais são aqueles que incidem sobre uma coisa, cujo aspecto material da hipótese de incidência toma como relevante características do objeto tributado e, não, da pessoa do contribuinte, limitando-se a descrever um fato, independentemente dos aspectos subjetivos. Pouco importa, para configurar essa espécie tributária, quem será o sujeito passivo da obrigação e suas qualidades.

Cita-se, a título de exemplo, o IPI, ICMS, IPTU, IPVA e ITR. Este último, por exemplo, é imposto real cuja exigência se baseia em peculiaridades do respectivo bem imóvel rural, que é o critério material da hipótese da regra-matriz de incidência do ITR.

5 A CONSTITUCIONALIDADE DA PROGRESSIVIDADE FISCAL PARA OS IMPOSTOS DE CARÁTER REAL

Os impostos reais, conforme já explicitado, são tributos assentados sobre o aspecto material do bem tributável, em que não se considera, para fins de caracterização, a pessoa do contribuinte. Alguns doutrinadores têm entendido que a alíquota tributária é fixada com base apenas nas circunstâncias materiais que definem o fato gerador da exação, não tendo como parâmetro as condições econômicas, jurídicas e pessoais do sujeito passivo e, por esse motivo, não seria razoável aplicar alíquotas progressivas.

Muito se discutiu, em razão do art. 145, § 1º, da Lei Maior, se os impostos reais, por não mensurar as condições individuais de cada contribuinte, poderiam ou não ter suas alíquotas progressivas sem violar o princípio da capacidade contributiva. A expressão “sempre que possível” causa grande discussão na doutrina acerca da constitucionalidade da progressividade fiscal aplicada a esta espécie de imposto.

Por diversas vezes, o tema foi discutido pela doutrina e questionado em sede de julgamento nos tribunais, os quais, durante muitos anos, concluíram que os impostos deveriam ser graduados de acordo com a capacidade contributiva do indivíduo e não de forma real, como acontece com o IPTU, IPVA, ITBI e ITCD, que levam em conta o bem a ser tributado.

6 PROGRESSIVIDADE FISCAL NO IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS E DOAÇÃO (ITCD): EVOLUÇÃO HISTÓRICA E JURISPRUDENCIAL DO STF

O Imposto sobre a Transmissão *Causa Mortis* e Doação incide na transação de quaisquer bens (móveis ou imóveis) ou direitos, os quais podem ser frutos de doação ou transmissão *causa mortis*. A competência para instituir o ITCD, que é tido como um imposto real, dado o seu caráter objetivo, é estadual, consoante previsão do art. 155, I, da Constituição Federal de 1988.

O tributo possui natureza arrecadatória, tendo em vista sua finalidade de gerar recursos financeiros aos cofres públicos, podendo também ter função extrafiscal.

O fato gerador do ITCD ocorre com a transmissão da propriedade de quaisquer bens ou direitos por causa da morte ou da doação, excluindo-se as transmissões de bens imóveis inter vivos a título oneroso.

O art. 38 do CTN dispõe que a base de cálculo do ITCD será o valor venal dos bens ou direitos transmitidos a título gratuito em razão da morte e por doação. Com base nas Súmulas 113 e 114 do STF, o imposto de transmissão *causa mortis* é calculado sobre o valor dos bens na data da avaliação, não podendo ser exigível antes da homologação do cálculo.

No caso dos bens imóveis, via de regra, o valor venal é aquele apurado pelo Município no cálculo do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU) ou pela União, quando se trata de Imposto sobre

a Propriedade Territorial Rural (ITR). Destarte, nada impede que os sujeitos passivos requeiram uma nova avaliação do imóvel, por via judicial. No tocante aos bens móveis ou direitos, a base de cálculo é o valor de mercado, isto é, do preço do bem ou do direito transmitido em uma venda à vista, na data de sua transmissão ou do ato translativo.

No que tange à fixação das alíquotas, apesar de o Imposto sobre a Transmissão *Causa Mortis* e Doação ser de competência dos Estados e do Distrito Federal, cabe ao Senado Federal estabelecer as alíquotas máximas do tributo (art. 155, § 1º, IV, CF/88). Por meio da Resolução n. 09/1992, o Senado fixou em 8% a alíquota máxima para a cobrança do ITCD. Como sabido, o imposto é calculado pela alíquota vigente ao tempo da abertura da sucessão.

Segundo Palsen (2013), o art. 2º da Resolução 09/1992 que autoriza a progressividade das alíquotas sobre transmissão *causa mortis*, com base no quinhão, legado ou bens doados a cada um dos beneficiários não teria amparo na Constituição Federal. Fernandes (2005, p.65) também critica o dispositivo, sob o argumento de que:

O legislador constituinte não outorgou poderes ao Senado para determinar que fossem progressivas as alíquotas, como pretendeu este, razão pela qual o art. 2º da Resolução do Senado 9/1992 padece de inconstitucionalidade.

O Estado do Ceará fixou alíquota progressiva, estabelecendo a progressividade em função do valor da base de cálculo, a qual pode variar entre 50%, 75% e 100% da alíquota máxima fixada pelo Senado Federal.

Machado (2010) refere-se a essa progressividade como sendo a forma de se alcançar o princípio da capacidade contributiva, isto é, adequar o tributo à capacidade econômica de cada contribuinte, afirmando, ainda, que é possível reduzir a acumulação de riqueza e, em consequência, aumentar a redistribuição de renda.

Entende o jurista que a aplicação de alíquotas progressivas sobre heranças e doações deve ser feita com base no valor do quinhão ou dos bens doados referentes à parte recebida por cada um dos beneficiários e não sobre a totalidade dos bens ou direitos transmitidos, uma vez que “a capacidade contributiva a ser considerada é a daquele a quem os bens se destinam, e não

a do autor da herança ou do doador” (MACHADO, 2010, p. 380).

A doutrina brasileira, sem grandes divergências, afirmava que as alíquotas progressivas do ITCD não podiam ser aplicadas em razão da soma do valor venal de todos os bens e direitos transmitidos por herança ou doação, sob o risco de violar o princípio da capacidade contributiva, pois o destinatário do imposto é o novo contribuinte e não a pessoa que transmitiu o bem.

Até 2013, a jurisprudência do STF sempre adotou, na discussão sobre a progressividade fiscal para os impostos de caráter real, o entendimento de que o princípio da capacidade contributiva só se destinava aos impostos de natureza pessoal, não sendo possível sua aplicação aos tributos incidentes sobre o patrimônio, como o ITBI e o ITCD, com exceção do IPTU, imposto real cuja progressividade foi admitida pela emenda Constitucional nº 29/2000.

A Suprema Corte reforçava em seus julgados que a progressividade somente poderia ser possível nos impostos pessoais, de acordo com o art. 145, § 1º, da CF, uma vez que, nesta espécie tributária, o fato gerador já reflete de forma direta e imediata a capacidade contributiva. Essa era a orientação seguida pelos tribunais de justiça estaduais, conforme abaixo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ARROLAMENTO DE BENS. IMPOSTO SOBRE A TRANSMISSÃO `CAUSA MORTIS` E DOAÇÃO (ITCD). PROGRESSIVIDADE DA ALÍQUOTA. INCONSTITUCIONALIDADE. IMPOSTO DE NATUREZA REAL, SOBRE O QUAL A CONSTITUIÇÃO FEDERAL VEDA A PROGRESSIVIDADE, COM EXCEÇÃO DO IPTU, CUJA GRADUAÇÃO TRIBUTÁRIA FOI EXPRESSAMENTE AUTORIZADA PELA CARTA MAIOR PARA DAR EFETIVIDADE AO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE URBANA. UMA VEZ DECLARADA INCONSTITUCIONAL PELO COLENO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA A PROGRESSIVIDADE DO ITBI, E SENDO O ITCD TAMBÉM IMPOSTO DE NATUREZA REAL, A ELE SE ESTENDENDO A VEDAÇÃO, É DE SER ACOlhIDA A ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI ESTADUAL N.º 8.821/89, NA PARTE QUE INSTITUI A PROGRESSIVIDADE DO ITCD, IMPONDO-SE DETERMINAR SEJA APLICADA A ESPÉCIE A MENOR ALÍQUOTA NELA PREVISTA. Agravo de instrumento provido. (Agravo de Instrumento Nº. 70015059629, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Raupp Ruschel, Julgado em 24/05/2006)

No Agravo de Instrumento nº 70034728717, referente a uma ação de inventário, o Estado do Rio Grande do Sul interpôs recurso em face da decisão que concluiu pela inconstitucionalidade do ITCD no que diz respeito à aplicação de alíquotas progressivas. Nos autos do caso em questão, o Estado do Rio Grande do Sul asseverava que a alíquota legal deveria incidir sobre o monte-mor, nos termos da Lei nº 8.821/89, bem como afirmava também que o art. 155, § 1º, IV, da CF/88 não fazia menção a qualquer tipo de vedação à progressividade do imposto em exame, cabendo ao Senado definir as alíquotas máximas.

O desembargador-relator Claudir Fidélis Faccenda, da 8ª Câmara Cível do TJRS, decidiu que a progressividade de alíquota do ITCD, por ser este um imposto real, é inconstitucional, o que impõe a aplicação da menor alíquota prevista. Vejamos um excerto do voto:

O tema todo em debate diz respeito à impossibilidade do estabelecimento da progressividade nos impostos ditos como reais, visto que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já se consolidou no sentido de que, nestes impostos, a progressividade somente é possível se estiver expressa na Constituição Federal, por disposição do chamado Poder Constituinte Originário, não podendo ser admitido sequer por Emenda Constitucional proveniente do poder constituinte congressional ou meramente derivado.

[...]

Então, por esses motivos, estou conhecendo do incidente e declarando inconstitucional a progressividade das alíquotas dos arts. 18 e 19 da Lei Estadual nº 8.821/89, ficando as demais questões à deliberação da Câmara, inconstitucionalidade esta proclamada na esteira de reiterada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que exige expressa previsão constitucional para que se possa adotar a progressividade, como há com relação a vários impostos, consignando expressamente no RE nº 234.105, que, quanto ao ITBI, substancialmente idêntico ao imposto que aqui tratamos, o princípio da capacidade contributiva se realiza pela proporcionalidade ao preço da venda, e não pela progressividade. Sendo então o ITCD imposto de natureza real, a ele se estende a vedação legal da possibilidade de progressividade.

(Agravo de Instrumento Nº 70034728717, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Claudir Fidélis Faccenda, Julgado em 18/02/2010. Publicação: Diário da Justiça do dia 23/02/2010)

Contra esse acórdão, o Estado do Rio Grande do Sul interpôs Recurso Extraordinário, que ficou sobrestado, nos termos do art. 543-B, § 1º, do CPC. O Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, reconheceu, no dia 06 de fevereiro de 2013, ser constitucional a progressividade – entre 1% e 8% – das alíquotas incidentes sobre o ITCD, prevista na Lei nº 8.821/89, por entender que a legislação estadual mencionada respeita o princípio da capacidade contributiva.

Estaria o STF mudando o entendimento acerca da aplicação dos princípios da capacidade contributiva e da progressividade fiscal, estendendo-os a todos os impostos, independentemente de sua natureza? Ou haveria conflito jurisprudencial, visto que a Súmula 656, que versa sobre a transmissão de bens imóveis inter vivos, ainda permanece em vigor?

7 ANÁLISE DO RE 562.045/RS: MUDANÇA NO ENTENDIMENTO DA SUPREMA CORTE

No julgamento do RE 562.045, venceu, por maioria de votos, o novo entendimento da Suprema Corte, que admitiu a constitucionalidade da progressividade das alíquotas para a cobrança do ITCD, com base no valor dos bens sujeitos à tributação, conforme previsão da lei estadual 8.821/1989, pondo fim, ao meu ver de forma acertada, à clássica divisão entre impostos reais e pessoais para aplicação do princípio da progressividade fiscal. O acórdão porta a seguinte ementa:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. LEI ESTADUAL: PROGRESSIVIDADE DE ALÍQUOTA DE IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS E DOAÇÃO DE BENS E DIREITOS. CONSTITUCIONALIDADE. ART. 145, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. PRINCÍPIO DA IGUALDADE MATERIAL TRIBUTÁRIA. OBSERVÂNCIA DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO.

Na esteira do voto proferido pelo então ministro Eros Grau, defendeu-se que a decisão visou à concretização do princípio constitucional da

capacidade contributiva, contrariando o posicionamento do relator, ministro Ricardo Lewandowski, que apresentou voto pela inconstitucionalidade da cobrança, ao defender a impossibilidade de se medir a capacidade econômica do contribuinte nos impostos de natureza real. Destaco trecho do voto-relator:

Isso porque é da natureza do imposto real atingir uma dada situação, eleita pelo legislador, sem levar em consideração as qualidades pessoais que refletem o poder econômico dos contribuintes. Não é possível, com efeito, aferir a capacidade contributiva do sujeito passivo do Imposto sobre a Transmissão *Causa Mortis* e Doações com base, exclusivamente, no conjunto de bens ou direitos transferidos ao herdeiro, legatário ou donatário.

Entendo, ademais, que cumpre também aplicar, com relação a estes, o mesmo raciocínio desenvolvido pelo Supremo Tribunal Federal no tocante ao Imposto sobre a Transmissão *Inter Vivos* de Bens Imóveis - ITBI e ao Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana - IPTU, segundo o qual não é possível presumir a capacidade econômica do contribuinte, simplesmente, a partir do valor do bem ou da operação tributada.

Nada se pode afirmar, à evidência, quanto à capacidade econômica daquele que recebe uma herança, um legado ou uma doação, ainda que de grande valor, apenas em razão de tal circunstância. É possível, até, que haja, em certos casos, um incremento em seu patrimônio, mas não se mostra razoável chegar-se a qualquer conclusão quanto à respectiva condição financeira apenas por presunção.

Basta verificar que, por vezes, uma pessoa abastada herda algo de pequeno valor, ao passo que alguém de posses modestas é aquinhoadado com bens de considerável expressão econômica. Há casos, por demais conhecidos, em que as dívidas do herdeiro superam, em muito, o próprio valor dos bens herdados. Não são raras, aliás, as situações em que os processos de inventário ficam paralisados durante longo tempo porque os herdeiros não têm condições de saldar os impostos que incidem sobre a herança, vendo-se, muitas vezes, obrigados a desfazer-se de algum bem ou direito para cumprir suas obrigações relativamente ao Fisco.

O ministro Marco Aurélio acompanhou o entendimento do relator, com a apresentação de voto-vista pela impossibilidade da cobrança do ITCD sob o critério da progressividade. Ressaltou que não haveria incompatibili-

dade entre o disposto no art. 145, § 1º, da Carta Federal com a aplicação da técnica de progressão de alíquotas para os impostos reais, quando o objetivo precípua fosse o da realização da justiça fiscal, entretanto, frisou a necessidade de se discutir a questão sob a ótica do princípio da capacidade contributiva.

De acordo com Marco Aurélio, a progressão de alíquotas, almejada pelo Estado do Rio Grande do Sul, não leva em consideração a situação econômica do destinatário do tributo, pois defende que uma pessoa que recebe um bem no valor de um milhão de reais, por herança, doação ou legado, poderá não ter a mesma capacidade de contribuir do que uma pessoa que adquire um imóvel no mesmo valor por vontade própria.

Afirma, ainda, que o sistema de progressão de alíquotas pode compelir muitos beneficiados a renunciar à herança para não ser esta submetida a uma alta carga tributária. Por fim, lembra que a herança vacante beneficia principalmente o Poder Público, “deixando abertas as portas para a expropriação patrimonial por vias transversas”. No entanto, os votos dos ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski foram vencidos.

Em ocasião anterior, os ministros Eros Grau, Menezes Direito, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa, Ayres Britto e Ellen Gracie já haviam se manifestado pela possibilidade da cobrança progressiva do imposto debatido. Posteriormente, ao analisar a matéria, os ministros Teori Zavascki, Gilmar Mendes e Celso de Mello também se aliaram a esse entendimento, chegando à conclusão de que a progressividade não viola preceitos constitucionais nem fere o consagrado princípio da capacidade contributiva.

Conclui-se, com o julgamento do RE 562.045-RS, que houve uma nítida mudança na jurisprudência do STF. No voto-vista do ministro Eros Grau, restou claro o novo posicionamento quanto à interpretação do art. 145, § 1º, CF/88. Como muito bem observou o magistrado, a expressão “sempre que possível” refere-se, exclusivamente, à classificação dos impostos de caráter pessoal, tendo em vista a existência de outros com características distintas, que é o caso daqueles que assumem o título de tributos reais, como o IPTU.

Deve-se, portanto, de acordo com o preceito constitucional, dar pessoalidade ao imposto sempre que possível. Por outro lado, o dispositivo ora discutido não limita a aplicação do princípio da capacidade contributiva aos impostos pessoais, podendo ser admitido nos tributos de qualquer natureza. A esse respeito, transcrevo trecho do voto do ministro Eros Grau:

Presta-se a deixar claro que todos os impostos podem e devem guardar relação com a capacidade contributiva do sujeito passivo e não ser impossível aferir-se a capacidade contributiva do sujeito passivo do ITCD. Ao contrário, tratando-se de imposto direto, a sua incidência poderá expressar, em diversas circunstâncias, progressividade ou regressividade direta. Todos os impostos repito estão sujeitos ao princípio da capacidade contributiva, especialmente os diretos, independentemente de sua classificação como de caráter real ou pessoal; isso é completamente irrelevante.

Perfilho do mesmo entendimento, uma vez que a dicotomia entre impostos reais e pessoais nada mais é do que uma recomendação doutrinária ao legislador, não se tratando de uma classificação legal, pois não existe uma lei que expressamente traga essa distinção.

Já dizia Ataliba (2003) que a hipótese de incidência do imposto real pode ter aspecto pessoal, entretanto, as qualidades do sujeito passivo vão ser indiferentes à estrutura material do imposto. A diferenciação dos impostos em reais e pessoais, segundo a doutrina clássica, não faz mais tanto sentido, sendo necessário, para classificar o tributo, o exame do fato gerador em todos os seus aspectos.

A não vedação constitucional da progressividade fiscal nos impostos reais já havia sido defendida por doutrinadores, como Machado (2010) e Tipke e Yamashita (2002), os quais destacaram a importância de se aplicar o princípio da capacidade contributiva para todos os impostos diretos que se destinam à finalidade fiscal, podendo, para isso, utilizar-se de técnicas de graduação do imposto, como a da progressividade, que visa à redistribuição de riqueza.

A decisão do STF no julgamento do RE 562.045 já havia sido “antecipada” quando da análise do RE 234.105-SP, ocasião em que os ministros apontaram a possível constitucionalidade das alíquotas progressivas para o ITCD e, por outro lado, declararam a inconstitucionalidade do ITBI progressivo, sob o argumento de ser um imposto de natureza real e, por isso, não poderia ser graduado de acordo com a capacidade contributiva do contribuinte. Foi o mesmo fundamento utilizado para o IPTU, antes do advento da Emenda Constitucional 29/2000.

A toda evidência, os fundamentos que basearam a inconstitucionalida-

de da progressividade do IPTU e ITBI, os quais deram origem às Súmulas 668 e 656 do STF, perderam a nitidez. Com esse novo entendimento da Suprema Corte, firmado após o julgamento do RE 562.045, nada mudou quanto ao IPTU, tendo em vista a alteração já trazida pela emenda acima mencionada, que modificou a redação do artigo 156, § 1º, passando a admitir expressamente a progressividade do IPTU em razão do valor do imóvel.

Mas, no que se refere ao ITBI, a Súmula 656 deixou de ter sentido, visto que o argumento de que os impostos reais não podem ter suas alíquotas progressivas foi superado com a decisão do Supremo Tribunal Federal. Portanto, pode-se afirmar que, embora não cancelada a Súmula n. 656 do STF ao ITBI, o novo posicionamento do Supremo sobre a aplicação do princípio da capacidade contributiva a todos os impostos, independentemente de sua natureza, torna constitucional a graduação das alíquotas para a cobrança dos impostos reais, a ponto de restar prejudicada a redação da referida súmula.

Com a mudança de entendimento da Suprema Corte, não há mais o que se discutir quanto à progressividade dos impostos reais, mesmo que a Constituição Federal não traga previsão expressa.

Vejo que a decisão tomada pelo STF foi um avanço na jurisprudência, pois permite a aplicação da capacidade contributiva real, podendo reduzir injustas diferenças de riqueza entre contribuintes, haja vista que aqueles que incorporam mais patrimônio em decorrência de herança ou doação vão ser submetidos a alíquotas maiores. Assim, os indivíduos que detêm maiores condições econômicas irão contribuir mais do que aqueles que se encontram em situação inferior, alcançando-se, dessa forma, a justiça fiscal.

Cabe ainda ressaltar que não há violação ao princípio do não-confisco, visto que a progressividade das alíquotas, em razão do quinhão hereditário, não pode ultrapassar a alíquota máxima de 8%, instituída pelo Senado Federal.

Ademais, devo concordar com o ministro Marco Aurélio quando o magistrado alega que um sujeito, ao receber uma herança ou doação, pode não ter a mesma capacidade econômica para pagar o tributo que o indivíduo que, por vontade própria, compra um bem imóvel de igual valor. Por isso, considero que o ITBI, assim como o ITCD, deve ter alíquotas progressivas para a cobrança do imposto, reforçando mais uma vez que a Súmula n. 656 do STF perdeu sua eficácia, após o novo posicionamento da Suprema Corte.

8 CONCLUSÃO

O Neoconstitucionalismo, também intitulado de Nova Hermenêutica Constitucional, trouxe enorme contribuição ao direito por disseminar a importância dos princípios constitucionais na atividade interpretativa das normas jurídicas, sem que houvesse uma hierarquia entre regras e princípios, uma vez que revelam a mesma natureza na composição do ordenamento jurídico.

Em seu preâmbulo, a Constituição Federal de 1988 prestigiou os princípios da isonomia e da justiça social para a instituição de um Estado Democrático de Direito.

A busca pela igualdade fiscal ganhou guarida desde a Carta de 1946, com a previsão do art. 202, que teve seu texto reforçado na atual CF, no art. 145, § 1º, para enfatizar o caráter pessoal dos tributos, sempre que possível, e a graduação conforme a capacidade econômica, a fim de que se possa alcançar um Estado Democrático de Direito.

O princípio da progressividade tem relação direta com o princípio da isonomia, pois se manifesta como instrumento de redistribuição de riqueza, uma vez que as alíquotas crescem à medida que há um alargamento da base de cálculo. Ambos também se relacionam com o princípio da capacidade contributiva, o qual se concretiza quando se onera mais gravosamente aquele indivíduo que possui uma riqueza tributável maior.

Distinguir os impostos entre pessoais e reais tem finalidade meramente didática, pois a pessoalidade vai depender da forma com a qual o legislador irá prever as regras referentes ao tributo, podendo destacar ou não características que remetam à capacidade contributiva de cada sujeito passivo.

Relacionar o princípio da capacidade contributiva com a progressividade fiscal nos impostos reais é uma forma de se tentar a justiça social, cabendo aos entes estatais cumprir com uma de suas funções, qual seja a de executar políticas públicas com o fito de se concretizar os preceitos destacados expressamente no preâmbulo da nossa Lei Maior.

Por muitos anos, os tribunais mantiveram o entendimento de que não se aplicava o princípio da capacidade contributiva aos impostos de caráter real, com exceção do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU), uma vez que o dispositivo constitucional trazia a possibilidade

de aplicação de alíquotas variáveis (progressividade extrafiscal) e, posteriormente, com a EC 29/2000, admitiu-se a progressividade fiscal em razão do valor do imóvel.

O posicionamento dos tribunais, quanto à possibilidade de aplicação do princípio da capacidade contributiva ao IPTU, só foi consolidado após o julgamento pelo STF do Recurso Extraordinário nº 423.768-7/SP, que reconheceu a dupla progressividade para o referido imposto.

Apesar disso, a posição que prevalecia entre os tribunais pátrios era pela inaplicabilidade deste princípio aos impostos incidentes sobre a propriedade (ITBI e ITCD) e, conseqüentemente, pela inconstitucionalidade da progressividade de suas alíquotas, tendo em vista a natureza real desses tributos.

Entretanto, com a decisão do Recurso Extraordinário nº 562.045/RS no ano de 2013, em sede de repercussão geral, a Suprema Corte admitiu não haver incompatibilidade entre o princípio da capacidade contributiva e a aplicação da técnica da progressividade fiscal na cobrança do Imposto sobre a Transmissão *Causa Mortis* e Doações, pois, independentemente da sua natureza, os impostos reais podem ter suas alíquotas diferenciadas com base no valor dos bens sujeitos à tributação.

Conclui-se, a partir desse novo entendimento acerca da aplicação do princípio da capacidade contributiva aos impostos reais, que, embora não cancelada expressamente a Súmula 656 do STF em relação ao ITBI, o RE 562.045 acabou por reconhecer a constitucionalidade da progressividade não só do ITCD como também do ITBI, de modo que restou prejudicada a redação desta Súmula.

REFERÊNCIAS

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº **70034728717**, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Claudir Fidélis Faccenda, Julgado em 18/02/2010. Publicação: Diário da Justiça do dia 23/02/2010. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17274240/agravo-de-instrumento-ai-70034728717-rs>> Acesso em: 20 agosto 2014.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº. **70015059629**, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Raupp Ruschel, Julgado em 24/05/2006.

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito tributário esquematizado**. 2. ed. São Paulo: Método, 2008.

AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BALEIRO, Aliomar. **Limitações Constitucionais ao poder de tributar**. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

BARRETO, Aires F. **Curso de direito tributário municipal**. São Paulo: Saraiva, 2009. BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil**, de 25 de março de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm> Acesso em: 16 ago. 2014.

BRASIL. Constituição (1946). Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao46.htm> Acesso em: 16 ago. 2014.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Lei nº 5.172**, de 25 de outubro de 1966. Sistema Tributário Nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm> Acesso em: 16 ago. 2014.

CARRAZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional tributário**. 22.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

FERNANDES, Regina Celi Pedrotti Vespero. **Imposto sobre transmissão *causa mortis* e doação – ITCMD**. 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 31.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

PAULSEN, Leandro; MELO, José Eduardo Soares de. **Impostos federais, estaduais e municipais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. **Justiça fiscal e princípio da capacidade contributiva**. São Paulo: Malheiros, 2002.

A Qualidade e a Agilidade do Controle Externo Dependem Diretamente do Desempenho de seus Servidores

Quality and Agility of the External Control depend directly on the Performance of its government employees

Evilânia Macêdo¹

RESUMO

Com a globalização e o acelerado avanço tecnológico surgiram novos cenários de gestão e, em particular, na área de Recursos Humanos, cuja função foi elevada à condição de natureza estratégica nos últimos 20 anos. Passamos do RH tradicional à Gestão de Pessoas. Do operacional ao estratégico. De uma arquitetura burocrática e rotineira para um modelo estratégico de alinhamento do desempenho individual com as estratégias organizacionais. Esse novo cenário, hoje denominado *Gestão de Pessoas*, exige uma reflexão mais aprofundada acerca dessa realidade ainda pouco conhecida no âmbito organizacional dos Tribunais de Contas. Então, o objetivo deste artigo é discutir acerca das políticas e das práticas de *Gestão de Pessoas* desenvolvidas por essas instituições na busca de um bom desempenho organizacional, que garanta a *qualidade* e a *agilidade* dos serviços por elas prestados à sociedade. Para tanto, optou-se por apresentar inicialmente a evolução histórica do RH, contextualizada dentro da Teoria Geral da Administração, para, em seguida, descrever o cenário atual dessa área – *Gestão de Pessoas* – onde há forte tendência de que as organizações governamentais, em especial, neste artigo, os Tribunais de Contas, incorporem cada vez mais em suas práticas cotidianas os conceitos e tendências há muito utilizados pelas organizações privadas. Por fim, falamos do ambiente multigeracional que hoje caracteriza o contexto interno dessas instituições de contas, destacando o papel da *ATRICON* e do *IRB* nesse processo.

Palavras-Chave: Evolução RH. Gestão de Pessoas. Tribunais de Contas. Ambiente Multigeracional.

¹ Analista de Controle Externo do Tribunal de Contas do Estado do Ceará. Especialista em Psicologia Organizacional e Recursos Humanos. E-mail:evilaniamacedo@gmail.com

ABSTRACT

As consequence of the globalization and a high technological progress, new scenarios of management have appeared, particularly, in the field of Human Resources (HR) whose function was risen to the condition of strategical perspective over the last 20 years. There has been a shift from the traditional HR to People Management. From the operational to the strategical. From a bureaucratic and routine architecture to a strategical alignment model of the individual performance to the organizational strategies. This new scenario, named People Management, demands a deeper reflection about that still little known reality in the organizational scope of the Court of Accounts. The objective of this article is thus to discuss about the politics and practices of People Management developed by these institutions in search for a good organizational development that should ensure quality and agility to the services delivered to society. To that end, it was chosen to present at first the historical evolution of HR as contextualized inside the General Theory of Management, and, after that, to describe the present scenario of that field – People Management – where there is a strong tendency of the government organizations, chiefly among them, in this article, the Court of Accounts, to increasingly incorporate, in their daily practices, concepts and tendencies long already used by private organizations. Finally, we mention the multigenerational environment that today characterizes the inner context of these audit institutions by highlighting the role of ATRICON and IRB in that process.

Keywords: Evolution HR. People Management. Audit Office. Multigenerational Environment.

1 INTRODUÇÃO

A globalização e o acelerado avanço tecnológico fizeram surgir novos cenários de gestão que afetaram, também, a área de Recursos Humanos, quando mudou a visão tradicional com foco em processos para uma visão mais ampliada com foco em resultados. Este novo formato aponta agora para o desempenho das pessoas, as quais passaram a ser tratadas como o diferencial, como o único elemento capaz de trazer vantagem competitiva. São as pessoas que geram resultados dentro das instituições. São elas que tem a expertise de transformar dados em informações que gerarão os resultados

esperados.

Para esta reflexão sobre o assunto, inicialmente apresentaremos a evolução histórica da área para, em seguida, discorrermos sobre um dado que tem chamado a atenção dos especialistas: a *Gestão de Pessoas* atua hoje em ambientes multigeracionais. Esta é uma característica que também alcança o espaço organizacional dos Tribunais de Contas. Com isso, é importante que todos os agentes públicos, gestores e servidores que compõem essas organizações conheçam essa nova realidade para entender melhor o impacto que esse ambiente multigeracional causa nas metas planejadas e nos resultados esperados. Contudo, essa nova realidade ainda é pouco conhecida pelos Tribunais de Contas. Na esfera pública, a literatura sobre gestão de pessoas ainda é dispersa, escassa e pontual. É necessário, pois, que se construa uma base conceitual sólida, interligada e sistêmica, que sirva de parâmetro para o desenvolvimento uniformizado das políticas e das práticas em *Gestão de Pessoas* dentro das Cortes de Contas, fortalecendo assim o *Sistema Controle Externo*.

Esse é o papel que cabe à *Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil – ATRICON*, como entidade representativa dos membros dos Tribunais de Contas, responsável pelo entrosamento, coordenação de atividades e uniformização de procedimentos dos Tribunais de Contas do Brasil; esse também é o papel do *Instituto Rui Barbosa – IRB*, na qualidade de associação civil de estudos e pesquisas, ‘responsável por realizar capacitações, seminários, encontros e debates [...] para promover o desenvolvimento e o aperfeiçoamento dos serviços dos Tribunais de Contas do Brasil’.

2 DO DEPARTAMENTO DE RELAÇÕES INDUSTRIAIS À GESTÃO DE PESSOAS – A EVOLUÇÃO DO RH

Em meados do século XIX, os novos rumos industriais, marcados por mudanças significativas no processo produtivo, pela presença da indústria mecanizada, afirmaram o capitalismo como modo de produção, que fizeram o empregado perder o controle do processo produtivo, pela divisão do trabalho e imprimiram intensa modificação das relações de trabalho. Foi nesse cenário de grandes crises e contradições que a administração das pessoas começou dentro das estruturas organizacionais burocráticas, à época, com o

nome de Departamento de Relações Industriais, que se restringiam a padrões rígidos de registros burocráticos e controle de conduta dos trabalhadores. Eficiência e custos eram as preocupações básicas dessa fase inicial, a ênfase estava na padronização dos processos de trabalho e das máquinas, não nos trabalhadores.

No início do século XX, ainda nesse contexto de rápida industrialização e condições precárias de trabalho, a concepção de homem adotada pela área de pessoal era do *homo economicus*, motivado exclusivamente por recompensa salarial. Baseado nesse conceito, Taylor, inaugurou a Administração Científica com o estudo de tempos e movimentos a fim de aumentar a produtividade, ou seja, a ênfase era nas tarefas. Nesse cenário de pressão por maior produção, o principal problema da gestão dos trabalhadores, era a fadiga causada pela padronização das tarefas. A fadiga influenciava na produtividade do trabalhador e o desafio da área era adequar o homem à máquina para evitar dores, fadigas e doenças crônicas em benefício da produção.

Na década de 1930, surge a *Teoria das Relações Humanas*, um movimento voltado para a humanização da organização, como consequência da Experiência de Hawthorne, coordenada por Elton Mayo, que pesquisou o efeito das condições de trabalho sobre a produtividade e concluiu que os resultados obtidos nas organizações eram influenciados por fatores psicológicos e não por fatores físicos ambientais. Descobriu-se que o comportamento do empregado pode ser motivado e influenciado pelo estilo de liderança ao qual se encontra submetido como também pelo sentimento de participação, de pertencimento aos grupos informais constituídos dentro das instituições.

Dentro dessa ótica, os departamentos de pessoal viram surgir uma nova concepção de homem: o *homem social*, cuja eficiência e produtividade passam a ser motivadas por reconhecimento, por valorização, por compartilhamento. A ênfase passou das tarefas para as pessoas. Ainda nessa década, em 1936, Getúlio Vargas implementou na administração pública brasileira o *modelo burocrático*, idealizado pelo sociólogo alemão Max Weber, amparados nos princípios da impessoalidade, do formalismo e da meritocracia, entre outros, como tentativa de eliminar a corrupção e o nepotismo presentes no modo de gestão anterior o patrimonialismo – e melhorar a eficiência, com foco nos processos, modelo que perdurou até 1995, quando a administração pública foi revitalizada com a adoção do *modelo gerencial*, cujo objetivo principal era dotar a máquina pública de maior agilidade, flexibilidade e

eficiência. Também nessa década foi criado o DASP – Departamento Administrativo do Serviço Público, com objetivo de modernizar a administração burocrática do modelo weberiano, mas que não instituiu políticas mais consistentes de recursos humanos.

Na segunda metade do século XX, a Administração Neoclássica de pós-guerra – décadas de 1950 a 1990 – trouxe novos conceitos. Na Teoria Geral da Administração, o modelo administrativo burocrático foi redimensionado pela *Teoria Estruturalista*, um movimento predominantemente europeu, que proporcionou uma análise organizacional mais abrangente, uma vez que surgiu como tentativa de conciliar propostas da Teoria Clássica e da Teoria das Relações Humanas; a Teoria das Relações Humanas foi substituída pela *Teoria Comportamental* que, além das pessoas, também foca o espaço organizacional, com utilização de processos mais humanísticos em contraponto ao conceito de administração baseada em estruturas convencionais, normas rígidas e procedimentos burocráticos. Essa teoria trouxe novos conceitos para dentro das organizações, como a noção de comportamento organizacional, de relações interpessoais, de estrutura informal, considerando as atitudes, as crenças e os valores.

Nesse período, motivado pelo crescimento significativo das indústrias e em resposta à precariedade dos modelos anteriores que já não atendiam a demanda da nova realidade, surgem os *Departamentos de Recursos Humanos* com funções mais especializadas como recrutamento, seleção, treinamento, avaliação e fortemente influenciados pelos estudos comportamentais das teorias psicológicas como as dinâmicas de grupo de Kurt Lewin, a pirâmide das necessidades de Maslow, os estilos de liderança, as teorias motivacionais, entre tantas outras. Os conceitos elaborados especificamente pela Psicologia Organizacional foram adaptados à teoria administrativa na busca de uma visão mais humanizada das organizações. A melhoria da tecnologia e o aumento da competitividade do final desse período teve forte impacto na forma de administrar as pessoas. Foi um tempo marcado pelos primeiros programas de Planejamento Estratégico e pelos programas de Qualidade que foram também adotados na esfera pública.

Em 1990, na era da informação, teve início a fase da *Gestão de Pessoas*, da *Gestão de Talentos*, da *Gestão do Capital Humano*, todas elas expressões utilizadas para designar processo de liderar pessoas nas organizações, um modelo mais moderno para os sistemas clássicos até então centrados em

cargos e processos, inclusive na Gestão Pública, que adotou a *administração gerencial*, cujo objetivo básico é a *qualidade* dos serviços prestados ao cidadão-cliente. Com a adoção do modelo gerencial por parte da administração pública, o foco migrou dos processos para os resultados e os clientes, com ênfase agora na produtividade e na *qualidade e agilidade* da prestação do serviço público prestado à sociedade, mudando práticas burocráticas antigas e utilizando-se de ferramentas das instituições privadas. As pessoas passaram a ser a base da organização, o ativo mais importante. O propósito do RH agora é estratégico: alinhar as políticas de pessoas às estratégias organizacionais.

Nessa direção, LUZ *et al*, 2009, p. 3, aponta:

O modelo de gestão de pessoas deve responder a fatores internos e externos à organização, uma vez que a ação dos gestores de pessoas deve considerar os interesses dos diversos atores organizacionais [...] assim como do governo e da comunidade, sem perder de vista as pressões situacionais.

Para CHIAVENATO (2000, p. 6), “*A tarefa da Administração é a de interpretar os objetivos propostos pela organização e transformá-los em ação organizacional [...]*”, por meio dos processos de planejamento, organização, direção e controle. Assim, o procedimento de gerenciar os recursos e liderar as pessoas é único tanto na esfera pública, quanto na privada. As práticas administrativas são as mesmas, divergindo somente quanto à legislação específica, às normas internas e à cultura organizacional.

Em resumo, SOUZA (2006, p.58) arremata:

O RH adquiriu um papel estratégico que antes não lhe era solicitado, passando a ser parceiro importante para a empresa no incremento dos seus negócios. O RH foi repaginado e, conforme Dave Ulrich (1997), maior referência mundial em assuntos de RH, ele deve estar bem atento aos seus quatro novos e principais papéis para sobreviver dentro das organizações: o papel de parceiro estratégico, o de especialista administrativo, o de parceiro do funcionário e o de agente de mudança.

Diante desse cenário, quais são os desafios da *Gestão de Pessoas* dentro do espaço organizacional dos tribunais de contas? É o que veremos a seguir.

3 DA GESTÃO DE PESSOAS NOS TRIBUNAIS DE CONTAS – A BUSCA PELA QUALIDADE E AGILIDADE DO CONTROLE EXTERNO

Em uma atitude histórica e ousada, a *Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil – ATRICON*, em 2013, mediu, avaliou e diagnosticou de forma concreta a real situação dos Tribunais de Contas brasileiros. Um marco referencial do setor, consentido e referendado por 28 dos 33 tribunais de contas, uma representação, portanto, de 85% do total, o que por si mesmo revela o grau de amadurecimento do *Sistema de Controle Externo*. Todavia, é preciso avançar. E esse avanço passa, necessariamente, pela integração entre os agentes públicos responsáveis pelo funcionamento desses tribunais e os servidores que, no dia a dia, executam os projetos estratégicos, atingem as metas, cumprem prazos e alcançam resultados.

Nos últimos 20 anos, percebemos que o mundo dinâmico, mutável e incerto elevou a área de *RH* à função de *staff*, de natureza mais estratégica. Essa é a forte característica atual da área: a mudança para um *RH* mais estratégico. Aqui nasce a abordagem de *Gestão de Pessoas*. A globalização dos mercados e o aumento da competitividade exigiram do *RH* a transição de uma arquitetura burocrática e rotineira para um modelo mais estratégico em que os gestores de linha desempenham o papel de gestores de pessoas, numa clara ampliação dos limites da área de *RH* dentro das instituições. Nessa perspectiva, aos profissionais de *RH* integrantes da estrutura do setor público cabe o papel de consultores internos, posição fundamental para um maior alinhamento entre a *Gestão de Pessoas* e as estratégias da Instituição, contemplando, assim, uma visão mais sistêmica, que pressupõe um funcionamento mais integrado e dinâmico, capaz de dotar a máquina pública, em especial os tribunais de contas, de *qualidade* e *agilidade* em todos os seus processos.

Com um olhar mais apurado para dentro dos Tribunais de Contas vemos um cenário que não difere de outras instituições públicas. Atualmente essas Cortes de Contas possuem planejamentos estratégicos e adotam o modelo de *Gestão por Competências* quando instituem, através de Resoluções, suas políticas de *Gestão de Pessoas*. Esse modelo alinha as políticas de *RH* à missão institucional, com foco em mapeamento de perfis de competências,

tanto dos cargos quanto de seus ocupantes.

Do cruzamento entre esses dois perfis – cargo/ocupante do cargo – resultam a melhor opção para que a *qualidade* e a *agilidade* do Controle Externo se concretizem. Identificadas através de questionários com desenhos específicos, as competências técnicas e comportamentais indicam o mapeamento pelo qual a alta direção desses órgãos podem se guiar em suas escolhas com menor margem de erro. A adoção desse modelo proporciona à instituição competitividade e permite uma sintonia maior entre as estratégias, as pessoas e os processos. Ocorre, porém que, nas instituições em tela, o **modelo foi instituído, mas não implementado**, exigindo assim, por parte da alta direção, sensibilidade para essa realidade.

A *Gestão de Pessoas* dentro dos Tribunais de Contas – onde estamos e aonde queremos chegar – foi tema do VI Encontro Técnico de Gestão de Pessoas dos Tribunais de Contas do Brasil, realizado em Belo Horizonte nos dias 16 e 17 de outubro de 2014. No referido Encontro Técnico percebemos, com clareza, que existem muitas ações nessa área, mas todas isoladas. Quando se trata de *Gestão de Pessoas*, os Tribunais de Contas estão dispersos e o sentimento que restou ao final do Encontro Técnico foi a urgência de que o Instituto Rui Barbosa – IRB – promova o debate e capacite todos aqueles que compõem o *Sistema de Controle Externo* unificando políticas e práticas em *Gestão de Pessoas*, dando feição única ao setor.

Dentro desse quadro, ainda podemos perceber que em 53% dos tribunais que atendem ao critério de Planejamento estratégico como ferramenta de gestão, todos possuem a mesma missão (como era de se esperar, já que pertencem ao mesmo setor de atuação), mas usam linguagem diversa quando manifestam essa missão. Idem, em relação à visão de futuro. Se o *Sistema de Controle Externo* é composto por todos nós, por que não termos a mesma missão e visão de futuro? Hoje nossa missão é promover de forma segura, ética e transparente o controle do dinheiro público.

Se olharmos mais atentamente para os valores definidos na maioria dos Planejamentos estratégicos dessas instituições de contas, veremos que a *Ética* e a *Transparência* compõem a quase totalidade de suas Identidades Organizacionais, a exemplo de outros. Em assim sendo, podemos e devemos compartilhar os mesmos valores. Podemos e devemos dotar o *Sistema de Controle Externo* de uma Identidade Organizacional com sistemas informatizados que possibilitem a integração, a *Gestão do Conhecimento* produzido

e o compartilhamento das informações entre seu corpo técnico, reconhecidamente competente.

Outra leitura que podemos fazer do cenário interno dos Tribunais de Contas é o ambiente multigeracional que compõe seu contexto organizacional. De forma geral, as Cortes de Contas apresentam em seus quadros servidores pertencentes a diferentes gerações e possuem, cada uma, características próprias e distintos sistemas de valores e visões de mundo.

Nessa seara, os pesquisadores enfatizam a diferença existente entre os diferentes grupos baseada em faixa etária. Assim classificam e descrevem a geração *Baby boomers*, a *geração X* e a mais recente *geração Y*. A primeira tem sua história baseada em tradição e segurança, nasceram entre 1946 e 1966, acreditam em uma carreira para a vida toda e criam vínculos com a instituição a que pertencem; a segunda, nascidos entre 1966 e 1980, promoveram revoluções sociais, como os movimentos estudantis, lutaram por liberdade de escolhas e, no trabalho, buscam ambientes mais informais com hierarquias mais flexíveis; a terceira e última – *geração Y* – são filhos da *geração Baby boomers*, nascidos entre 1980 e 2000, dominam a tecnologia e lidam facilmente com as informações. No trabalho, eles tem pressa, demonstram afeto por competência real, mas não por hierarquia e buscam o equilíbrio entre vida profissional e particular. Assim, implantar *Gestão de Pessoas por competência* requer visão ampliada do público que compõe sua força de trabalho para que potencialize adequadamente seu desempenho. Todas essas questões passam pela *Gestão do Talento*.

Considerando esse contexto, sugerimos à *Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil – ATRICON* – a inclusão em seus critérios de aferição de resultados, mais especificamente, no item 3.6 – *Recursos Humanos e Liderança* – o subitem ***implantação***, de fato, do modelo *Gestão por Competência* por todos os tribunais de contas. Essa medida é o passo seguinte ao diagnóstico já apresentado pela *ATRICON*. Essa é a maneira de, efetivamente, buscar a *Qualidade* e a *Agilidade do Sistema Controle Externo*.

4 CONCLUSÃO

Frente a tudo o que foi exposto, é possível compreender que o Desempenho Organizacional dos Tribunais de Contas depende diretamente do

desempenho das pessoas. A *Qualidade* e a *Agilidade* do Controle Externo dependem diretamente do Desempenho de seus Servidores, conforme preceitua o título deste artigo. Assim, o foco das políticas e práticas da *Gestão de Pessoas* são as pessoas, não só os resultados.

Implantar uma efetiva gestão de talentos, gerenciando todos os seus subsistemas de *Agregar, Aplicar, Desenvolver, Recompensar, Manter e Monitorar* é o grande desafio. *Agregar* são políticas de recrutamento, via Edital, para a seleção, através de concurso público, de novos funcionários. Fechando o ciclo de atração, temos a integração dessas pessoas à organização mediante curso de formação e/ou programas de ambientação; *Aplicar* é o processo de análise e descrição dos cargos, além de avaliar a interação perfil do cargo/perfil do ocupante, por meio de Avaliações de Desempenho; *Desenvolver* são políticas que definem as regras para capacitar e potencializar os talentos, bem como o planejamento de desenvolvimento individual advindo da Avaliação de Competências; *Recompensar* é um dos subsistemas que requer cuidado e amplo conhecimento dos perfis dos cargos e de seus ocupantes, uma vez que afeta a motivação do servidor, interferindo em seus resultados; *Manter* são as políticas elaboradas para reter talentos dentro da instituição através de diversos recursos hoje existentes no mercado, como ergonomia, programas de qualidade de vida no trabalho, administração de salários, planos de benefícios sociais etc; *Monitorar* é um subprocesso cuja peça chave é o sistema de informações gerenciais que subsidiam as tomadas de decisões.

Em linhas gerais, todos esses processos estão presentes em todas as questões relativas às pessoas que trabalham nos Tribunais de Contas, sejam elas seus agentes, seus funcionários, seus comissionados ou seus colaboradores. *Qualidade e Agilidade do Controle Externo* deve ser uma construção coletiva de traduzir em resultados os anseios da população brasileira.

REFERÊNCIAS

CHIAVENATO, Idalberto. **Gestão de pessoas: o novo papel dos recursos humanos nas organizações**. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier Editora Ltda, 2010.

CHIAVENATO, Idalberto. **Introdução à teoria geral da administração:**

uma visão abrangente da moderna administração das organizações. 7.ed.rev. e atual. Rio de Janeiro: Elsevier Editora Ltda, 2003.

DUTRA, Ademar. **Curso de Especialização em Administração Pública. Gestão de pessoas na área pública.** 2009.

LUZ et al. **Gestão de pessoas e Competências no trajeto da estrada real:** um estudo exploratório em Minas Gerais. ENCONTRO ANUAL DA ANPAD, 33, 2009, São Paulo, 19 a 23 set. 2009, Anais.

PIRES, Alexandre Kalil et al. **Gestão por competências em organizações de governo.** Brasília, DF: ENAP, 2005. 100 p.

SOUZA, Gustavo C. **Cultura organizacional com o elemento de controle:** uma perspectiva antropológica. In: ENCONTRO ANUAL DA ANPAD, 30, 2006, Salvador. Anais. p. 1-14 (MÍDIA ELETRÔNICA, CD- ROM).

RESENHA

A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial, de Luís Roberto Barroso

Fernando Luiz Ximenes Rocha¹

O Professor e Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso, sob o selo da Editora Fórum, traz a público mais uma importante obra de sua lavra, cuja temática diz respeito a um dos princípios fundamentais do constitucionalismo contemporâneo, quiçá o mais relevante, que é a dignidade da pessoa humana, a qual desponta como fundamento do Estado democrático de direito e deve ser tomada, consoante observa Flávia Piovesan, “como núcleo básico e informador de todo ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional”.²

Na mesma esteira, leciona Jorge Miranda “que a Constituição, a despeito de seu carácter compromissório, confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais. E ela repousa na dignidade da pessoa humana, ou seja, na concepção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado”. E diz mais o ilustre constitucionalista lusitano: “Pelo menos, de modo directo e evidente, os direitos, liberdades e garantias pessoais e os direitos econômicos, sociais e culturais comuns têm a sua fonte ética na dignidade da pessoa, de **todas as pessoas**. Mas quase todos os outros direitos, ainda quando projectados em instituições, remontam também à idéia de protecção e desenvolvimento das pessoas. A copiosa extensão do elenco não deve perder de vista esse referencial”.³

1 Mestre em Direito Público, Professor aposentado de Direito Constitucional da Universidade Federal do Ceará (UFC) e Desembargador do Tribunal de Justiça do Ceará.

2 Cf. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 2a. ed., São Paulo, Max Limonad, 1997, p. 59.

3 Cf. *Manual de Direito Constitucional*, 2a. ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1993, Tomo IV, pp. 166-167.

De fato, os valores constitucionais que compõem o arcabouço axiológico destinado a embasar a interpretação de toda ordem jurídica, inclusive servindo de orientação para as demais normas legislativas, hão de repousar no princípio da dignidade humana, porquanto o homem é, em última análise, o verdadeiro titular e destinatário de todas as manifestações do poder.

Com efeito, o livro de Luís Roberto Barroso aborda tema da maior relevância nos dias atuais, não só no campo do Direito Constitucional como no âmbito do Direito Internacional. Aliás, o que se tem observado modernamente é uma aproximação e harmonização cada vez maior entre essas disciplinas, gerando o fenômeno da internacionalização do Direito Constitucional ou da constitucionalização do Direito Internacional, rumo ao que já está sendo denominado (notadamente no campo dos direitos humanos e fundamentais) de Direito Constitucional Internacional.⁴

A obra em apreço, intitulada “A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo”, tem como subtítulo “A construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial”, compõe-se de 132 páginas, contendo três capítulos, além de introdução, conclusão, um *post scriptum* e substancial bibliografia sobre o assunto.

No primeiro capítulo, Barroso discorre sobre a dignidade humana no Direito contemporâneo, a começar por sua origem e evolução até chegar à compreensão atual, assentada no pressuposto de que cada ser humano possui um valor intrínseco e desfruta de uma posição especial no universo, passando pelos marcos religiosos e filosóficos, aportando no marco histórico decisivo para o delineamento hodierno da dignidade humana, que foram as atrocidades cometidas pelos regimes totalitários (nazismo e fascismo) e a reação que eles provocaram após a Segunda Grande Guerra, com o despertar dos povos e nações para o sentimento de que a proteção dos direitos da pessoa humana há de ser objeto de preocupação internacional. Desse modo, a dignidade humana incorporou-se ao discurso político dos vitoriosos como alicerce a resguardar a paz mundial e a estabilidade das relações internacionais. Em seguida, é transportada para discurso jurídico, com sua inserção nas Declarações de Direitos e nos diversos textos constitucionais do pós-guerra.

Nesse diapasão, o autor examina com percuciência a dignidade humana no Direito Comparado, Internacional e no que denomina de discurso

4 Cf. PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, 2a. ed., São Paulo: Max Limonad, 1997; MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito constitucional internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

transnacional, fazendo uma análise desse princípio fundamental nas constituições e na jurisprudência dos mais diferentes países, nos tratados e convenções de direitos humanos e na jurisprudência das cortes internacionais, bem como do significativo papel que a Suprema Corte norte-americana e o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha têm desempenhado perante as novas democracias, ressaltando ainda a importância de outras cortes instituídas mais recentemente, como a Corte Suprema do Canadá e a Corte Constitucional da África do Sul, que também se tornaram particularmente influentes e são frequentemente citadas em tribunais de diversos países.

Em seguida, faz um acurado diagnóstico da dignidade humana nos Estados Unidos da América e finaliza o capítulo expondo os argumentos contrários ao uso da dignidade humana como um conceito jurídico em razão do seu uso indevido, para concluir que não só a ideia de dignidade humana, mas toda e qualquer ideia complexa, como democracia, federalismo, controle judicial de constitucionalidade podem ser objeto de abuso e má utilização, mas nem por isso devem ser abandonadas. Daí aduz que a dignidade humana, como inúmeros outros conceitos cruciais, “precisa de uma boa teoria, debate, consenso sobrepostos e juízes prudentes”. Por conseguinte, há de se encontrar “um conteúdo mínimo para a dignidade humana que possa garantir a sua utilização como um conceito significativo e consequente, compatível com o livre arbítrio, com a democracia e com os valores seculares”.

No segundo capítulo, aborda acerca da natureza jurídica e do conteúdo mínimo da dignidade humana, e o faz concebendo-a como um valor fundamental que também é um princípio constitucional, razão pela qual funciona tanto como justificação moral quanto como supedâneo jurídico-normativo dos direitos fundamentais. Como princípio constitucional desempenha diferentes papéis no sistema jurídico. Nesse aspecto, ora atua como fonte direta de direitos e deveres, ora como instrumento de interpretação dos direitos constitucionais, colaborando na definição de seu sentido nos casos concretos. Além disso, assevera o ilustre constitucionalista que “nos casos envolvendo lacunas no ordenamento jurídico, ambiguidades no direito, colisões entre direitos fundamentais e tensões entre direitos e metas coletivas, a dignidade humana pode ser uma boa bússola na busca da melhor solução”. Diz mais, “qualquer lei que viole a dignidade, seja em abstrato ou em concreto, será nula”.

Depois, passa a fazer breves considerações a respeito do pensamento

de Immanuel Kant, um dos filósofos mais destacados do Iluminismo, em face de sua influência nos estudos da dignidade humana.

Encerra esse capítulo com o tópico referente à necessidade de estabelecer um conteúdo mínimo da ideia de dignidade humana, com o escopo de unificar seu uso e conferir-lhe alguma objetividade. Assim, identifica três elementos na concepção de dignidade humana: valor intrínseco, autonomia e valor comunitário. O primeiro consiste naquela singularidade inerente e comum a todos seres humanos, que os torna especiais e os distingue de outras espécies. Nesse sentido invoco a máxima kantiana que diz “o homem não pode ser empregado como um meio para a realização de um fim, pois é fim em si mesmo, uma vez que apesar do caráter profano de cada indivíduo, ele é sagrado, já que na sua pessoa pulsa a humanidade”.⁵

Fábio Konder Comparato, por sua vez, proclama que “todos os seres humanos, apesar das inúmeras diferenças biológicas e culturais que os distinguem entre si, merecem igual respeito, como únicos entes no mundo capazes de amar, descobrir a verdade e criar a beleza. É o reconhecimento universal de que, em razão dessa radical igualdade, ninguém – nenhum indivíduo, gênero, etnia, classe social, grupo religioso ou nação – pode afirmar-se superior aos demais”.⁶

No plano jurídico, leciona Luís Roberto Barroso na obra em comento que “o valor intrínseco está na origem dos direitos fundamentais”, destacando como o principal deles o *direito à vida*, condição para o gozo de qualquer outro direito.

A autonomia, segundo Barroso, “é o elemento ético da dignidade humana. É o fundamento do livre arbítrio dos indivíduos, que lhe permite buscar, de sua própria maneira, o ideal de viver bem e ter uma vida boa”. Essa autonomia, enfatiza, “é a parte da liberdade que não pode ser suprimida por interferências sociais ou estatais por abranger as decisões pessoais básicas, como as escolhas relacionadas com religião, relacionamentos pessoais, profissão e concepções políticas, entre outras”.

Ainda com relação ao elemento autonomia, destaca o conceito de mínimo existencial como ínsito à ideia de dignidade humana, ou seja, os seres humanos necessitam daquelas provisões básicas para viver dignamente, tais

5 Apud LAFER, Celso. **A Reconstrução dos direitos humanos**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 117-118.

6 Cf. COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999, p.

1.

como educação fundamental, serviços de saúde, alimentação, vestuário, saneamento e habitação. Para serem livres, iguais e capazes de exercer uma cidadania responsável, os indivíduos precisam desses patamares mínimos de bem-estar, sob pena de a autonomia se tornar mera ficção e inexistir a verdadeira dignidade humana. A esse propósito, é pertinente trazer à colação a lição de Bobbio quando diz “alguns desses direitos são os pressupostos ou a precondição para o efetivo exercício dos direitos da liberdade, porquanto o homem instruído é mais livre do que o inculto, o que trabalha é mais livre do que o desempregado, assim como o sadio é mais livre do que aquele que padece de enfermidade”.⁷

Já no tocante ao denominado valor comunitário, este terceiro elemento representa o aspecto social da dignidade, pois o homem não vive apenas no seu plano individual, mas também no plano social, no qual interage com os seus semelhantes e com o mundo a seu redor. Portanto, chama atenção o autor para o fato de o homem viver dentro de si mesmo, de uma comunidade e de um Estado, pelo que “sua autonomia pessoal é restringida por valores, costumes e direitos de outras pessoas tão livres e iguais quanto ele, assim como pela regulação estatal coercitiva”.

No capítulo terceiro, reporta-se à utilização da dignidade humana para a estruturação do raciocínio jurídico nos casos difíceis, que são aqueles que trazem à baila temas polêmicos como o aborto, o casamento de pessoas do mesmo sexo e o suicídio assistido, os quais são objeto de percuciente análise na obra em questão.

Por fim, após sua conclusão, apresenta um *post scriptum*, no qual faz um breve registro do uso da dignidade humana pela jurisprudência brasileira, para deduzir do conjunto jurisprudencial examinado, “que raramente a dignidade é o fundamento central do argumento e, menos ainda, tem o seu conteúdo explorado ou explicitado”.

7 Cf. BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política – a filosofia política e as lições dos clássicos**. Organizado por Michelangelo Bovero. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2000, p. 507-508.

Regras para envio de artigos ao Conselho Editorial da Revista Controle

A Revista Controle – Doutrina e Artigos - é uma publicação do Tribunal de Contas do Estado do Ceará (TCE-CE). Os artigos devem abordar assuntos relacionados as seguintes áreas: Direito Constitucional, Direito Administrativo, Finanças Públicas, Contabilidade, Controle Externo, Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), Lei de Licitações e Contratos, Fiscalização das Organizações Sociais, Processo Administrativo, Finanças Públicas, Contabilidade Pública, Auditoria Operacional, de Gestão e de Processos e temas afins.

A Revista Controle recebe artigos para compor sua próxima edição, obedecendo às seguintes regras:

Os artigos e resenhas enviados para seleção devem ser inéditos.

Para fins de seleção, o(s) autor(es) deverá(ão) enviar cópias para o e-mail revistacontrole@tce.ce.gov.br com o assunto **“Publicação Revista Controle”**.

Título em português (e na língua original do artigo, para os textos escritos em língua estrangeira) e em inglês.

O título em português deve estar escrito sem negrito, centralizado e em letras caixa-baixa. O título em inglês e/ou na língua original do texto deve estar abaixo do título em português, em itálico, centralizado, em letra caixa-baixa.

Resumo e palavras-chave em português e em inglês (e na língua original do artigo). Cada resumo deve conter no máximo 250 palavras, devendo ser evitadas as abreviaturas. O resumo em língua estrangeira deve ser uma versão fiel do resumo em português, assim como as palavras-chave em língua estrangeira. Ao final de cada resumo devem constar 03 a 06

descritores ou palavras-chave para indexação.

Texto (contendo introdução, desenvolvimento e conclusão, mesmo que os tópicos recebam designações diferentes). A estruturação do texto deve se adequar às exigências de um trabalho científico, contendo introdução, desenvolvimento, conclusão e referências alinhados à esquerda.

Formatação

Fonte

- Times New Roman
- Resumo 10
- Texto 12
- Citação longa 10
- Nota de rodapé 10
- Títulos
- Título do artigo 14 Caixa baixa - sem negrito
- Títulos das partes do artigo - 12 Caixa baixa negrito
- Subtítulos 12 Caixa baixa itálico
- Sub-subtítulos 12 Caixa baixa normal

Referências

- Fonte tamanho 12 (destaque para títulos das obras em negrito)

Margens

- esquerda: 3,0 cm
- direita: 2,0 cm
- superior: 3,0 cm
- inferior: 2,0 cm

Os artigos deverão ter, no máximo, 20, e, no mínimo, 10 páginas, com espaçamento entrelinha de 1,5.

As **citações e referências** devem seguir as normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT (NBR 10520/2002 e NBR 6023/2002), respectivamente. As citações deverão ser cuidadosamente conferidas pelos autores e suas fontes deverão constar no próprio corpo do texto, conforme os exemplos abaixo:

Citação direta

Segundo Fulano (ano, página), “entende-se que ...” , ou “Entende-se que ...” (FULANO, ano, página).

Citação indireta

A teoria da ... (Cf. FULANO, ano, página), ou,

A teoria da ... (FULANO, ano, página).

Quanto às referências

Ao final do artigo, o texto deverá conter lista de referências completas dos documentos utilizados pelo autor para seu embasamento teórico.

As referências deverão ser apresentadas em ordem alfabética e alinhadas à esquerda.

As obras poderão ser referenciadas em parte ou no todo, em formato impresso ou digital, conforme os exemplos abaixo:

Monografias no todo

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Obras públicas: recomendações básicas para a contratação e fiscalização de obras de edificações públicas.

Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização de Obras e Patrimônio da União, 2002.

Parte de monografia

QUINTIERE, Marcelo de Miranda Ribeiro. A importância da dimensão ambiental nas contas públicas: alguns temas para análise no Tribunal de Contas de Santa Catarina . In: CONCURSO de Monografia do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, 1, 2006 , Florianópolis. Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina: contas públicas: transparência, controle social e cidadania. Florianópolis: TCE, 2006. p. 73-147.

Artigo ou matéria de revista, boletim etc.

CUNHA, Jatir Batista da. Legitimação ativa para exigir quitação. Revista do Tribunal de Contas da União, Brasília, v.31, n.83, p.19-21, jan./mar. 2000.

Trabalho apresentado em evento

Conflito de interesses: como identificar e prevenir. In: ENCONTRO DE REPRESENTANTES SETORIAIS DA COMISSÃO DE ÉTICA PÚBLICA, 5., 2004, BRASÍLIA. Ética na gestão. Brasília : ESAF, 2004. p. 93-104.

CABRAL, Analúcia Mota Vianna. Estudo de modelo de eficácia da gestão de obras públicas municipais. In: SIMPÓSIO NACIONAL DE AUDITORIA DE OBRAS PÚBLICAS, VII, 2002, Brasília. Disponível em: Acesso em: 23 de março de 2006.

Teses e dissertações

BUENO, H. Utilização da sala de situação de saúde no Distrito Federal. Brasília. Dissertação (Mestrado em Ciências da Saúde), Universidade de Brasília, Distrito Federal, 2003.

Legislação

BRASIL. Lei nº 11.474 , de 15 de maio de 2007. Diário Oficial da União, Brasília, DF, Ano 144, nº 93, 16 maio 2007. Seção I, p.1.

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: . Acesso em: 8 maio 2006.

Jurisprudência

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 016/2002-TCU-Plenário. Relator: Ministro Ubiratan Aguiar. Brasília, 30 de janeiro de 2002. **Diário Oficial de União**, 15 de fev. 2002.

Cada autor receberá, sem nenhum ônus, três exemplares do número da revista em que foi publicado o seu trabalho.

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.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO CEARÁ

INSTITUTO SUPERIOR DE CONTAS E GESTÃO PÚBLICA MINISTRO PLÁCIDO CASTELO

RUA SENA MADUREIRA, 1047 - CENTRO
CEP: 60-055-080 - FORTALEZA - CEARÁ



www.tce.ce.gov.br