

REVISTA

Abril / 2009 - Volume VII - Nº 1

Controle

Doutrina e Artigos



▪ Responsabilidade Fiscal - uma obra inacabada - Pg. 15

José Roberto R. Afonso e Marcos Nóbrega

▪ A Lei de Responsabilidade Fiscal e o desenvolvimento do Capital Social - Pg. 31

Romualdo Anselmo dos Santos

▪ Impactos macroeconômicos dos gastos públicos no Brasil - Pg. 41

Alexandre Manoel Ângelo da Silva e José Oswaldo Cândido

▪ A revelia e seus efeitos no âmbito dos Tribunais de Contas - Pg. 53

Gleydson Antônio Pinheiro Alexandre



ISSN 1980-086X



TRIBUNAL DE CONTAS
DO ESTADO DO CEARÁ



INSTITUTO PLÁCIDO CASTELO

REVISTA

Controle

Doutrina e Artigos

Volume VII - Nº 1

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.

Abril de 2009

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

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

Revista Controle.

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

Periodicidade irregular (1998-2004) Periodicidade anual
(2005-2008) Semestral (2009-)

ISSN 1980-086X

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

Pedro Augusto Timbó Camelo

Conselheiro Vice-Presidente

Francisco Suetônio Bastos Mota

Conselheiro Corregedor

José Valdomiro Távora de Castro Júnior

Conselheiros

Luís Alexandre A. Figueiredo de Paula Pessoa

Teodorico José de Menezes Neto

Soraia Thomaz Dias Victor

Auditores

Itacir Todero

Paulo César de Souza

Edilberto Carlos Pontes Lima

Procuradores de Contas do Ministério Público especial junto ao TCE-CE

Procurador Geral

Rholden Botelho de Queiroz

Procurador de Contas

Gleydson Antônio Pinheiro Alexandre

Instituto Escola de Contas e Capacitação

Ministro Plácido Castelo

Diretor-Presidente

Conselheiro Luís Alexandre A. Figueiredo de Paula Pessoa

Presidente do Conselho Consultivo Pedagógico

Conselheiro Francisco Suetônio Bastos Mota

Editor da Revista Controle

Auditor Edilberto Carlos Pontes Lima

Diretora Executiva

Maria Hilária de Sá Barreto

Coordenadora Técnica

Marcella Laura Leite Feitosa

Assessor Técnico

Paulo Alcântara Saraiva Leão

Secretário 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

Regina Lúcia da Silva Braga

Expediente

Conselho Editorial

Alexandre Figueiredo

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

Alexandre Cialdini

Mestre em Economia

Alcimor Rocha Aguiar Neto

Mestre em Direito e professor da Unifor

Augusto Sherman

Mestre em Direito, Ministro do TCU

Amandino Nunes

Doutor em Direito, professor do Uniceub

Bernardo Mueller

Pós-doutor em Economia, professor da
Universidade de Brasília

César Barreto

Professor da Uece, Secretário-Geral do
TCE-CE

Fernando Oliveira

Professor de Direito, Procurador-Geral do
Estado do Ceará

Filomeno Moraes

Livre docente, Professor da Unifor

Jair do Amaral Filho

Pós-doutor em Economia, professor do
CAEN-UFC

José Oswaldo Cândido Júnior

Doutor em Economia, pesquisador do
IPEA

José Roberto Afonso

Mestre em Economia, Economista do
BNDES e do Senado Federal

Marcus Mello

Doutor em Ciência Política, professor da
Universidade Federal de Pernambuco

Roberto Ellery

Doutor em Economia, professor da
Universidade de Brasília

Valmir Pontes Filho

Mestre em Direito, professor da Unifor e da
UFC

Edilberto Carlos Pontes Lima (Editor)

Doutor em Economia, Auditor do TCE-CE

Jornalista responsável

Salomão de Castro

CE 1272 JP

Projeto gráfico e editoração

Gessivando Alves

Colaboração

Antônio Simão Neto

Tiragem

2.000 exemplares - Distribuição gratuita

Nota do Presidente do Instituto Plácido Castelo

O Instituto Escola de Contas e Capacitação Ministro Plácido Castelo (IPC), unidade de apoio do Tribunal de Contas do Estado do Ceará, é a realização de um projeto acalentado há muitos anos. Embora previsto na Lei Orgânica do TCE desde 1995, só em julho de 2008 começou a funcionar. Sua principal finalidade é o aperfeiçoamento profissional, operacional e tecnológico dos servidores públicos do Estado do Ceará, tendo ainda como missão fomentar o controle social.

O nome é uma justa homenagem ao ex-governador e ex-ministro desta Corte de Contas, Plácido Aderaldo Castelo, personalidade que teve atuação marcante nas diversas áreas do conhecimento e muito contribuiu para o desenvolvimento do Estado.

Funcionando em instalações próprias (foto da capa), em belo edifício anexo, construído pelo ex-presidente Valdomiro Távora e instalado com os mais modernos equipamentos pelo atual Presidente Pedro Timbó, o IPC está implementando um amplo programa de treinamento. Na área acadêmica, está em andamento uma especialização em Direito Previdenciário, parceria com a Universidade Vale do Acaraú. Iniciamos a seleção de estagiários que serão treinados para o Programa **Agente de Controle** cujo cerne é promover o controle social através de visitas às escolas públicas e privadas de segundo grau e de nível superior.

Dentre os muitos eventos programados como parte de suas atividades, o Instituto realizou concorrido seminário sobre a Lei de Responsabilidade Fiscal na ESMEC, no final do ano passado, coordenado pelo Editor desta revista, Auditor Edilberto Carlos Pontes Lima que está configurando nova dimensão à nossa **Revista Controle**, ora em mão.

O IPC enceta seus primeiros passos já com a desenvoltura de quem vai engatinhar muito pouco. Entusiasmado, o nosso ilustre Editor refere uma das passagens de Platão que diz que *o começo é um deus e que enquanto ele estiver entre nós, tudo estará salvo*. É a nossa oração!

Conselheiro Alexandre Figueiredo
Diretor-Presidente do IPC

Nota do Editor

A **Revista Controle** vive uma nova etapa. A partir do presente número, a publicação - criada pelo conselheiro Alexandre Figueiredo em 1998, quando presidente desta Corte de Contas - passa a integrar a estrutura do Instituto Escola de Contas e Capacitação Ministro Plácido Castelo (IPC). A **Revista Controle** publicará exclusivamente artigos doutrinários, não mais veiculando notícias sobre eventos do Tribunal de Contas, que serão divulgados em publicação separada.

Outra alteração é a renovação do seu conselho editorial, que conta com especialistas de notória reputação, aos quais agradecemos por terem aceitado nosso convite. Assim, objetivamos dar dimensão nacional à **Revista Controle**, aprofundando a densidade metodológica e o rigor científico dos artigos. Além disso, em busca de maior atualidade, a edição torna-se semestral.

Neste número, os leitores vão encontrar reflexões sobre o papel dos tribunais de contas, a lei de responsabilidade fiscal e sua efetividade, as parcerias público-privadas, a importância de avaliar o gasto público, o processo administrativo nos tribunais de contas, os critérios para reajustamento de contratos, entre outros temas. Vão notar o caráter interdisciplinar da revista, com artigos no campo das finanças públicas, do direito administrativo, da economia, do direito constitucional e da gestão pública. É igualmente digna de nota a origem dos colaboradores. Além de autores do Ceará, há colaboradores de diversos Estados da Federação, incluindo Amazonas, Pará, Piauí, Pernambuco, Brasília, Rio de Janeiro, São Paulo, Goiás, Paraná e Minas Gerais.

Este é o objetivo da revista: debater e refletir sobre temas que digam respeito à atuação dos tribunais de contas. Um espaço para, a partir do Ceará, pensar os problemas do Estado e do Brasil.

Edilberto Carlos Pontes Lima
Editor
pontes.lima@uol.com

SUMÁRIO

Responsabilidade fiscal - uma obra inacabada	15
José Roberto R. Afonso e Marcos Nóbrega	
A Lei de Responsabilidade Fiscal e o desenvolvimento do Capital Social	31
Romualdo Anselmo dos Santos	
Impactos macroeconômicos dos gastos públicos no Brasil	41
Alexandre Manoel Angelo da Silva e José Oswaldo Cândido Júnior	
A revelia e seus efeitos no âmbito dos Tribunais de Contas	53
Gleydson Antônio Pinheiro Alexandre	
Democracia, direitos sociais e controle de Políticas Públicas pelos Tribunais de Contas	63
Rholden Botelho de Queiroz	
Tribunais de Contas e proteção ambiental - evolução do Controle Externo nos vinte anos da Constituição Federal	85
Fernando do Rego Barros Filho	
O papel dos Tribunais de Contas na atual conjuntura política e econômica do país	97
Suenya Talita de Almeida	
Súmula Vinculante Nº 03 do STF - Mudança À Vista	105
João Renato Banhos Cordeiro	
Do conceito de dano ao erário para prestação de contas	115
Sérgio Oliva Reis	
Renúncia de receita - repercussão da Lei de Responsabilidade Fiscal	125
Tatiana de Oliveira Takeda	
Critérios para reajustamento de contratos são utilizados na Administração Pública de forma imprópria	147
Leonardo Teixeira Ramos	

O papel dos Tribunais de Contas na atual conjuntura política e econômica do país - uma questão de cidadania	165
Dalton Tria Cusciano	
As subcontratações nas licitações públicas em face do tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte com o advento da lei complementar n.º. 123, de 14 de dezembro de 2006	171
Thiago Dellazari Melo	
Breves considerações sobre a contratação direta de instituições de pesquisa com base no artigo 24, inciso xiii, da lei n.º 8.666/93 e a súmula 250 do TCU	183
Simone Coêlho Aguiar	
Auditoria operacional - um enfoque multidisciplinar	197
Humberto Ferreira Oriá Filho	
A responsabilidade do gestor público com a documentação governamental: importância da gestão documental como recurso estratégico para a tomada de decisões	211
Regina Lúcia da Silva Braga e Maria Verônica Lima Marcelo	
Controle Interno na administração pública	225
Antônio Almir Santos de Souza	
A regulação contábil dos contratos de Parcerias Público-Privada - PPP, como instrumento de transparência das entidades públicas e privadas	235
Vinícius Aversari Martins e Maria Elisabeth Moreira Carvalho Andrade	
A “engenharia” jurídico-financeira que envolve a operacionalização das parcerias público-privadas	257
Ana Paula de Oliveira Gomes	
A (in) dispensabilidade da presença do advogado no processo administrativo disciplinar	273
Igor de Carvalho Leal Campagnolli	

O Governo Eletrônico e a Nova Administração Pública	285
Joaquim Castro Oliveira, Paulo Alcântara Saraiva Leão e João Corte Magalhães Filho	
O conflito entre tratados internacionais de direitos humanos e o direito interno brasileiro	301
Marcius Cruz da Ponte Souza	
O custeio dos serviços prestados por empresas concessionárias - tarifa, preço público ou taxa	331
Delano Carneiro da Cunha Câmara	
A eficácia dos direitos fundamentais de 2ª dimensão e o orçamento público impositivo	347
Michel André Bezerra Lima Gradvohl	
A utilização da ADPF como meio de declaração de inconstitucionalidade de ato normativo municipal ante a Constituição Federal	363
Carla Pimenta Leite	
Teoria do órgão e jurisdição administrativa no contexto constitucional alemão do século XIX	383
Paulo Sávio Peixoto Maia	
Utilização de técnicas de regressão linear na estimação do PIB no Amazonas	397
Sidney Costa, Geraldo L. de Souza Jr. e Waldemar Rocha de Souza	

Responsabilidade Fiscal: uma obra inacabada

José Roberto R. Afonso

Economista.

Assessor técnico da Liderança do PSDB no Senado Federal.

Marcos Nóbrega

Professor da Faculdade de Direito do Recife (UFPE).

Pós Doutorado em Harvard Law School.

Conselheiro Substituto do TCE/PE.

Resumo: Uma das reformas mais profundas estabelecidas no ambiente institucional brasileiro na última década foi, sem nenhuma margem de dúvida, a responsabilidade fiscal com princípio vetor da administração pública que foi densificado com a edição da Lei de Responsabilidade Fiscal (LC nº 101/00). Apesar dos enormes avanços, a LRF não pode ser vista como obra acabada. Importantes instituições e regras contempladas na lei até hoje não foram criadas ou regulamentadas, nem entraram em vigor. Em alguns casos, as normas até têm efeito legal, mas não prático. Esta análise procura levantar muitas questões, algumas confessadamente como provocações, a fim de tentar motivar mais e melhores discussões, para que se de continuidade às mudanças nas estruturas fiscais do país. Assim, vários tópicos da LRF que carecem de regulamentação são discutidos com ênfase na melhor adequação ou mesmo sua revisão.

Palavras chave: Responsabilidade Fiscal; Administração pública; Reforma do Estado; Finanças públicas.

Um das reformas mais profundas estabelecidas no ambiente institucional brasileiro na última década foi, sem nenhuma margem de dúvida, a responsabilidade fiscal com princípio vetor da administração pública que foi densificado com a edição da Lei de Responsabilidade Fiscal (LC nº 101/00). Apesar dos enormes avanços, a LRF não pode ser vista como obra inacabada. Os tempos continuarão mudando, as práticas e os conceitos evoluindo e a implantação da LRF deve ser completamente implementada.

Importantes instituições e regras contempladas na lei até hoje não foram criadas ou regulamentadas, nem entraram em vigor. Em alguns casos, as normas até têm efeito legal, mas não prático. Esta análise procura levantar muitas questões, algumas confessadamente

como provocações, a fim de tentar motivar mais e melhores discussões, para que se dê continuidade às mudanças nas estruturas fiscais do país. O texto é apresentado na forma de tópicos, apontando temas tratados no corpo da LRF, que carecem de regulação, de melhor adequação ou mesmo de revisão.

- **Receitas**

- **Renúncia de Receitas** - inconsistência no controle e recrudescimento da guerra fiscal do ICMS
 - Uma das positivas e intensas mudanças promovidas pela Câmara dos Deputados no projeto de LRF enviado pelo Executivo Federal foi a corajosa e firme abordagem das renúncias no capítulo sobre receitas que ela introduziu. Foi a primeira vez que a legislação infraconstitucional passou a conceituar as diferentes formas de renúncia e corretamente tratá-las como uma modalidade de gasto (*tax expenditure*), como tal exigindo sua quantificação e também sua compensação, no caso daqueles com efeitos de longo prazo.
 - Principalmente no âmbito dos tributos federais, a renúncia de receita passou a merecer um tratamento muito mais rígido após a edição da LRF. A estimativa das perdas tornou-se prática comum e grande preocupação dos interessados, muito embora o texto Constitucional desde sua edição determinava a necessidade de publicação dos valores das renúncias fiscais (art. 165, ?). Já a sua compensação padece das mesmas dificuldades operacionais que aparecem no controle da criação de gastos permanentes, sobretudo exigindo análise mais acurada dos instrumentos utilizados para a devida compensação. A LRF tornou-se justificativa recorrente em vetos impostos pelo Executivo às alterações na legislação tributária, especialmente quando resultante de iniciativa própria do Legislativo.

Aí, surgiram dúvidas por vezes em torno dos critérios na aplicação do rigor da LRF, com o Executivo sendo mais flexível nas matérias de sua iniciativa ou interesse. Isto é, a prática tem revelado que não há uma interpretação única da LRF, mas sim um recurso à lei que um Poder invocava quando tinha interesse em rejeitar determinado benefício, mas que era esquecido pelo mesmo Poder quando tal concessão era de sua iniciativa ou interesse.

- **Desvinculação** – conversão de impostos em receita extra-orçamentária para diminuir aplicações compulsórias
 - Trata-se de uma prática mais recente e por ora limitada a algumas fazendas estaduais, que contraria não apenas a LRF, como os próprios princípios constitucionais da universalidade do orçamento. A imprensa já noticiou casos de estados que criaram artifícios induzindo contribuintes de ICMS a colaborarem arrecadando para fundos extra-orçamentários (ou seja, não computando na receita, sujeita a vinculações para ensino e saúde, ou para pagamento da rolagem da dívida junto ao Tesouro Nacional), muitas vezes sob pretexto de financiarem ações sociais ou obras; em contrapartida, o contribuinte ganha um crédito (presumido) contra o ICMS devido pelo processo tributário comum. Ou seja, por tal processo, o Estado mantém a arrecadação, mas não escritura como impostos e, conseguinte, reduz a receita corrente líquida, que constitui a base de cálculo da prestação da rolagem da dívida junto ao Tesouro Nacional, bem assim a receita de impostos que deve destinar um percentual obrigatoriamente para o ensino fundamental, e outro para o sistema único de saúde. Também podem perder os respectivos Municípios pois não tem a garantia de receber um quarto do ICMS. Sabe-se que, em alguns casos, o Estado procurou manter uma destinação equivalente para suas prefeituras a partir do

fundo extra-orçamentário de modo a não sofrerem delas oposição a tal prática.

- **Despesas**

- **“Novos Esqueletos”** - assunção de compromissos sem prévia autorização orçamentária ou com posterior cancelamento do empenho
 - Não é nova a prática irregular de orçar e contratar uma despesa, empenhar e, depois, cancelar, mesmo tendo o serviço sido efetivamente prestado ou a mercadoria efetivamente entregue. Isso já tinha sido feito por algumas prefeituras em 2000 e 2004, para escapar da lei de crimes fiscais, que pune a inscrição de restos a pagar acima das disponibilidades financeiras no fechamento do último ano de mandato. Por tratar-se de inaceitável omissão de passivo, os Tribunais de Contas reiteradamente condenaram e puniram tal prática, inclusive recomendando ao Ministério Público ações contra os responsáveis.
 - Isto não representa apenas uma afronta à LRF, mas também à própria Carta Magna e à democracia, que, desde a idade média, exige que um recurso público só possa ser gasto após autorizado pelo Legislativo e também a ele submetida sua prestação de contas.
- **Despesa com pessoal** – exclusão de parcelas do gasto para atestar o cumprimento do limite legal
 - Logo após a implantação da LRF, o debate sobre o enquadramento da despesa com pessoal nos novos sublimites de pessoal concentrou atenção no período de transição e nos efeitos sobre os Estados. Desde cedo, ficou claro que o limite global para a União

estava muito acima do seu gasto efetivo, não representando ameaça nem mesmo para os órgãos dos Poderes independentes. Em menor grau, mas também com uma tendência a gastar bem menos do que o limite legal, surgiram as prefeituras, em que pese noticiário e movimentação política, foram raros os casos de excesso, geralmente em pequenas cidades do interior e às vezes focados no Legislativo. A implantação da LRF também coincidiu com a descentralização crescente do FUNDEF e do SUS, que ampliaram os repasses em favor das prefeituras e o aumento de receita mais que compensou o do gasto com pessoal.

- Já os Estados apresentaram maiores dificuldades para o enquadramento nos limites de pessoal, ainda assim com dificuldades localizadas em poucas unidades federadas em que se constata uma acentuada crise fiscal e às vezes com problemas focados nos chamados “Poderes independentes”. Passada a transição, surgiram interpretações, no mínimo, polêmicas em alguns Estados ou Poderes – não por acaso aqueles que não conseguiam atender aos limites, aplicada a prática orçamentária ou contábil comum. Os tribunais de contas surgem na origem e/ou no centro dessas práticas, seja flexibilizando a aplicação das regras que antes eram adotadas, seja tomando a iniciativa para que eles próprios conseguissem cumprir o respectivo limite.
- As interpretações mais polêmicas e comuns, segundo o noticiário, foram duas. Primeiro, não computar como gasto com pessoal a parcela da folha salarial correspondente ao IR retido na fonte dos respectivos servidores, que, por determinação constitucional, constitui receita própria da respectiva administração estadual ou municipal que a retém e, ao contrário das

empresas, não precisa ser recolhido à Receita Federal. Contra tal leitura da LRF, pode-ser argüir que a lei discrimina parcelas da despesa com pessoal (como indenizações por demissão ou resultado de decisões judiciais) que não são computadas para efeito de aplicação do limite e o IR na Fonte não foi expressamente mencionado como outros gastos. Também é importante lembrar que a União não se beneficia da exceção constitucional (recolhendo normalmente o IR na fonte de sua folha e, depois, compartilhando com outros governos via FPE/FPM). Embora seja defendida por alguns de seus membros mais austeros, sabe-se pela imprensa que o próprio Ministério Público questiona tal leitura junto à Suprema Corte – embora, seu efeito financeiro seja muito mais restrito do que a prática relatada a seguir.

- Outra vertente envolve a exclusão dos gastos com inativos e pensionistas no cálculo da despesa sujeita ao limite legal. Constitui um artifício com efeitos financeiros muito maiores e feito de modo mais mascarado do que no caso do ajuste do IR na Fonte (que é objeto de pareceres formais). Curiosamente, não se tem notícia de ação do Ministério Público – ao contrário, é voz corrente que a prática começou por interpretações das áreas administrativas desse órgão e, especialmente, do Judiciário. Na essência, a idéia é que aposentadorias e pensões constituem um gasto com previdência (como de fato é) e tal é uma função de responsabilidade exclusiva do Poder Executivo, logo, não precisam ser computadas na soma de despesas com pessoal dos outros poderes. Quem assim interpreta não se preocupa em assegurar que o gasto esteja mesmo computado no outro Poder - o que provavelmente o levaria a extrapolar o seu subteto. A pior hipótese é quando o Executivo

também exclui os gastos com seus servidores inativos e, aí, o montante da despesa com pessoal submetida ao controle da LRF se limita apenas a uma parcela do gasto com os servidores em atividade (o que, no caso de muitos estados, representa pouco mais da metade da folha).

- E, lembrar que, nos primeiros dias da edição da LRF, o questionamento se limitava apenas aos pensionistas – interpretando que não constituem servidores inativos e a Constituição só se referia a limitar os gastos com os servidores.
- O cerne do problema, mais uma vez, está na prática e na conduta dos órgãos responsáveis pela fiscalização do que em alguma redação inadequada da LRF ou decisão contrária da Justiça. Aliás, mais no caso da limitação do gasto com pessoal do que de outras matérias, o posicionamento do STF foi tão fundamental para consolidar a LRF – ao julgar ação de inconstitucionalidade, primeiro manteve a aplicação dos sublimites específicos para cada Poder; depois, se posicionou que a folha de inativos deve ser computada na despesa com pessoal sujeita ao controle.
- Apesar das restrições estabelecidas pela LRF, estudos mostram¹ a existência de oportunismo fiscal e de uma “contabilidade criativa”, sobretudo em anos eleitorais. Assim, ainda há forte incidência do ciclo político sobre a realização de despesas nesses anos. Esse efeito aparece não apenas no aumento

¹ SOUZA, Saulo Santos. Tese de doutorado aprovada no Programa de pós-graduação em Ciência Política, Centro de Filosofia e Ciências Humanas, como parte dos requisitos necessários a obtenção do título de Doutor em Ciência Política sob o título: *A fria austeridade das regras fiscais resiste ao calor das urnas? Oportunismo fiscal e contabilidade criativa nos estados brasileiros*. Recife-PE, 2008.

consistente dos gastos mas também na mudança de sua composição. Dessa forma, para reforçar as regras fiscais como indutoras de disciplina fiscal faz-se necessário um agente externo que possa impor sanções, estabelecendo forte grau de *enforcement* de suas decisões.

- No mesmo sentido, testes econométricos elaborados por GAMA NETO² os governos estaduais corroboram a existência de forte ciclo eleitoral. Assim, no primeiro ano de mandato os dados mostram um resultado primário negativo de quase 9% , reflexo das medidas expansionistas do final do mandato anterior. Em seguida, nos dois anos seguintes, os números são mais favoráveis girando em torno de um superávit primário de 2%, no entanto, volta a piorar no último ano (ano eleitoral) quando o déficit primário atinge uma media de 14%. Por fim, o autor conclui que a inexistência (ou fraqueza) de controles institucionalizados bem como de coordenação macroeconômica incentiva os governos subnacionais a adotarem uma postura de expansionismo fiscal.

▪ Dívidas

- **Dívida federal sem controle** – sem aprovação dos limites para a dívida consolidada federal (Senado) e a mobiliária (Congresso)
 - A União responde por cerca de dois terços da dívida pública do País, no entanto, até hoje não está sujeita ao

² GAMA NETO, Ricardo Borges. Tese de doutorado aprovada no Programa de pós-graduação em Ciência Política, Centro de Filosofia e Ciências Humanas, como parte dos requisitos necessários a obtenção do título de Doutor em Ciência Política sob o título: *Refêm, Cenoura ou Porrete: Federalismo, comportamento Fiscal e Ciclo Político*. Recife, PE. 2007.

menor limite, nem para sua dívida consolidada (Senado), muito menos para sua dívida mobiliária (lei ordinária). Hoje, qualquer governador ou prefeito pode ser cassado, ficar inelegível e até ser preso, mas nenhuma autoridade federal está sujeita a qualquer uma dessas penalidades, embora eleve diariamente a dívida dos brasileiros.

- Ao contrário do que muitos pensam, não foi a LRF, mas, antes, a Constituição Federal que já prevê que o endividamento público no país está sujeito a limites, a maioria de competência exclusiva do Senado (por vezes, a partir de iniciativa do Presidente da República), e alguns casos sujeitos a lei federal. A inovação da LRF foi dispor sobre o processo de controle, de apuração do limite (periodicidade, base de cálculo...), e, sobretudo, sobre o eventual desenquadramento – ditando prazos e condições para a redução do excesso e, no caso da lei de crimes fiscais, vinculadas à LRF, aplicando sanções, até pessoais, aos casos de desobediência.
- Nada justifica que o ente mais importante da Federação, o que sempre teve a maior dívida, não esteja sujeito a nenhum limite. De início, havia o temor de se questionar a fixação de um limite para o governo federal acima dos governos subnacionais, mas ninguém questiona essa diferença, que é facilmente explicada pelo fato daquele governo ter um estoque de dívida superior ao dos demais. A implantação das parcerias público-privado (PPPs) é mais um motivo importante para que tal proposta fosse apreciada e aprovada pelo Senado porque uma parte do apoio da União envolverá a concessão de garantias, que, pela Constituição, cabe ao Senado Federal regular as concessões. Além disso, é importante lembrar que a dívida mobiliária federal não é controlada pelo Senado e sim por lei ordinária, que, se aprovada, poderia dar mais credibilidade a sua gestão e maior

racionalidade ao tratamento de seu serviço no âmbito do orçamento federal.

- **Revisão dos Limites** – manifestação anual e caso de baixo crescimento
 - Alguns aspectos específicos da LRF também vêm carecendo de maior eficácia – para não dizer, claramente, que vêm sendo solenemente ignorados. Em particular, é o caso das excepcionalidades e flexibilidades que deveriam nortear a aplicação dos limites de endividamento público.
 - O Presidente da República -a quem a Constituição delega a competência exclusiva para propor ao Senado a fixação ou a alteração do limite da dívida consolidada -, segundo o quinto parágrafo do art. 30 da LRF, deveria se manifestar anualmente sobre a manutenção ou a proposição de mudanças nos limites e nas condições aplicadas à dívida consolidada. Isso nunca foi feito.
 - Do mesmo modo, o art. 66 da LRF determina que sejam duplicados os prazos para enquadramento nos limites no caso de baixo crescimento econômico, definido como uma taxa anualizada do PIB abaixo de 1%. Embora o IBGE tenha acusado essa situação mais de uma vez nos últimos anos (o caso mais famoso foi o resultado do ano de 2003), e, ao que se tem notícia, nenhuma providência prevista na lei foi adotada. Não se sabe realmente se será dada aplicabilidade a esse dispositivo da LRF em razão de eventuais problemas advindos da atual crise mundial que certamente afetará o crescimento do país nos próximos anos.

- **Transparência**
 - **Conselho de Gestão Fiscal** – sem apreciação do projeto de lei
 - Antes de tudo, é bom registrar que o Conselho de Gestão Fiscal – CGF já surge na LRF com definições de objetivos (desde a classificação e padronização das contas públicas até a transparência fiscal) e composição (representantes de todos os governos e todos os poderes), faltando ao projeto de regulamentação dispor sobre seu funcionamento. Por sua finalidade e ampla representatividade, o Conselho teria um papel importante no suprimento de uma lacuna sobre aspectos operacionais da LRF, que hoje vem sendo coberta em grande parte por crescente atuação ex-ante dos Tribunais de Contas; porém, se isto não representa maiores riscos devido ao detalhamento e didatismo da Lei, se peca pela falta de padronização em nível nacional das práticas e interpretações.
 - O Poder Executivo chegou a enviar um projeto ao Congresso, para regular a constituição e o funcionamento do Conselho, mas até agora não passou de seu estágio mais inicial.
 - A maior resistência inicial provinha do PT (e da assessoria técnica da Comissão de Orçamento), que defendiam transformar o referido conselho em um órgão auxiliar do Congresso, o que, a juízo do Governo FHC, abriria precedente para propostas semelhantes relativamente a outros conselhos, como até o mesmo Conselho Monetário. Em 2002, chegou a ser realizada uma mobilização política, inclusive com apoio dos dirigentes dos Tribunais de Conta pela aprovação da matéria. Desde 2002, o Executivo tem se omitido sobre a

matéria, nem incluído o projeto nas periódicas listas de projetos de lei prioritários.

- É inegável que é mais difícil regular o CGF do que outros conselhos de ações setoriais porque é um caso pioneiro e inovador de previsão de representantes não apenas das três esferas, mas de cada um dos poderes de cada nível de governo. É uma tarefa complexa, mas não impossível, sobretudo porque, numa composição tão ampla e diversificada, deve resultar em sólida representatividade a esse colegiado e ampliar o leque de matérias aos quais deve se dedicar.
- O CGF poderia ter um papel importante para ajudar no debate e nas definições, tanto para atualizar os padrões de classificações orçamentárias e contábeis (enquanto o Congresso não aprova uma lei complementar que revise a famosa Lei nº 4.320, de 1964), quanto para definir os novos instrumentos, como o cálculo atuarial dos regimes próprios de previdência e o de riscos fiscais. Isto para não falar que poderia debater assuntos fiscais mais polêmicos - como é o caso das PPPs ou das condições em que foram refinanciadas as dívidas estaduais e municipais junto ao Tesouro Nacional - de modo a atenuar divergências e reduzir dúvidas e desconfiâncias.
- **Controle** – modernizar o formal e criar o social
 - A construção do novo regime de responsabilidade fiscal está incompleta não apenas porque faltou regular o conselho de gestão e limitar o endividamento federal. Um dos pilares da LRF, a transparência fiscal, tem sido objeto de questionamentos crescentes, que podem prejudicar a boa imagem inicial dos avanços angariados com a edição da LRF. Em muito ajudaria se fosse acelerada a tramitação no Congresso da chamada reforma orçamentária.

- A mídia vem acumulando notícias da falta de avanço, para não falar até mesmo em retrocessos, no campo da transparência fiscal. Em seu aspecto mais micro, um caso exemplar é o da dificuldade de acesso ao sistema eletrônico de informações fiscais do governo federal – o SIAFI, cujo acesso e uso foram questionados, até mesmo quando feito por parlamentares da própria base do atual governo.
- A divulgação de informações específicas sobre a LRF não tem sido tratada com a devida prioridade nos sítios do governo – por exemplo, no ótimo sítio da STN é difícil achar o relatório nacional sobre o cumprimento dos principais limites (de endividamento e de pessoal), como é impossível encontrar a “lista negra”, como determina a LRF, relacionando os governos que extrapolam o valor máximo da dívida consolidada.
- Vez por outra, é denunciado pela mídia que diminuiu o número de Prefeituras que enviaram no prazo os balanços anuais ao Ministério da Fazenda (quando era esperado que, nos primeiros meses depois de criada a LRF, fossem maiores as dificuldades operacionais) e, o mais grave, muitos dos inadimplentes com aquele Ministério estavam contratando convênios com o resto do governo federal e recebendo recursos normalmente, o que era confirmado pela própria Controladoria da União, sem que se posicionasse sobre as sanções, inclusive pessoais, previstas na legislação, contra quem recebe e também contra quem concede.
- No campo do apoio e orientação para implantação da lei até a sua supervisão e fiscalização, especialmente pelos órgãos de controle, foram praticamente interrompidas todas as iniciativas em curso. Os órgãos federais pararam de editar e distribuir manuais e outros documentos, que

deveriam entrar numa fase de aprofundamento e detalhamento das questões – por exemplo, sobre o tratamento dos gastos com terceirizados contratados como agentes comunitários de saúde ou novos funcionários de creches e escolas diante do controle das despesas com o pessoal, sem contar a sempre polêmica restrição para assunção de novos compromissos nos últimos oito meses de mandato, que afeta sobremaneira a vida das prefeituras neste período eleitoral.

- Uma das atividades cruciais do período pós-LRF, a integração e articulação, especialmente técnica, com e entre os Tribunais de Contas, notadamente os Estaduais e Municipais, que não formam um sistema nacional harmônico e hierarquizado, mas gozam de secular autonomia operacional. Foram interrompidos os encontros entre os técnicos e conselheiros desses Tribunais, ainda que o custo financeiro para os cofres federais fosse nulo, pois a função maior da União era convocar e estimular as reuniões.

Conclusões

A LRF não é uma panacéia. Mas também é inegável que contribuiu decisivamente para se construir um novo regime no trato das coisas e contas públicas. Entendemos que muito desse sucesso veio da superação de vários desafios. Isto foi conseguido explicitando problemas e erros, debatendo questões em público e negociando soluções.

Nunca é demais lembrar que, antes da conversão do PT, todas as vezes que a LRF foi submetida a um questionamento público, saiu fortalecida do debate: seus princípios foram reafirmados, suas normas mais conhecidas e a fileira dos seus defensores ampliada. Antes, contra a descrença de muitos, o

Legislativo incluiu tal código na Constituição de 1988, pediu seu projeto na reforma administrativa, melhorou a proposta do Executivo e aprovou com quorum superior ao de emenda constitucional. Também no Judiciário, a matéria foi logo pacificada quando o STF rejeitou a ação do PT para derrubar a lei inteira ou 37 de suas normas.

Portanto, um regime fiscal que se propõe responsável nunca será uma obra acabada. Novos tempos, novos desafios a serem vencidos. Levantar percalços, tropeços e problemas é o atalho mais curto para buscar soluções, como sempre se fez. Estou otimista. Se os impasses são inevitáveis, a democracia abre diferentes oportunidades de equacionamento. Os desafios serão superados e permitirão se avançar ainda mais na responsabilidade fiscal. Mais do que mera lei, trata-se de criar uma nova cultura. Isso não será feito com retórica, mas com uma nova prática no dia-a-dia dos governos brasileiros.

Bibliografia

1 SOUZA, Saulo Santos. Tese de doutorado aprovada no Programa de Pós-Graduação em Ciência Política, Centro de Filosofia e Ciências Humanas, como parte dos requisitos necessários a obtenção do título de Doutor em Ciência Política sob o título: **A FRIA AUSTRIDADE DAS REGRAS FISCAIS RESISTE AO CALOR DAS URNAS? Oportunismo fiscal e contabilidade criativa nos estados brasileiros**. Recife - PE, 2008.

2 GAMA NETO, Ricardo Borges. Tese de doutorado aprovada no Programa de Pós-Graduação em Ciência Política, Centro de Filosofia e Ciências Humanas, como parte dos requisitos necessários a obtenção do título de Doutor em Ciência Política sob o título:

Refém, Cenoura ou Porrete: Federalismo, comportamento Fiscal e Ciclo Político. Recife - PE. 2007.

A Lei de Responsabilidade Fiscal e o desenvolvimento do Capital Social

Romualdo Anselmo dos Santos

Analista de Finanças e Controle
da Controladoria-Geral da União (CGU).

Mestre em Ciência Política pela Universidade de Brasília (UnB).

Doutorando em Política pela
Universidade de Sheffield (Reino Unido).

Resumo: Este artigo examina as relações entre a Lei de Responsabilidade Fiscal e sua aplicabilidade no incremento do capital social. Considerando que o nível de capital social encontrado na sociedade brasileira é baixo, verifica-se como consequência a participação inefetiva do cidadão no processo de planejamento da gestão fiscal. Ao utilizar as previsões do artigo 48 da LRF e identificar na sociedade as diversas organizações informais existentes e que se encontram à margem, o gestor público pode ao mesmo tempo reconhecê-las e incrementar o capital social, com ganhos para a gestão fiscal responsável.

Palavras-chave: Lei de Responsabilidade Fiscal; Capital social; Transparência.

1. Introdução

O advento da Lei Complementar N.º 101, de 4 de maio de 2000, ou Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF como o diploma legal é amplamente conhecido, trouxe avanços e esperanças para a gestão fiscal dos entes da Federação ao regulamentar dispositivo da Constituição Federal que trata do tema. A LRF regulamenta aquilo que, em tese, deveria estar na essência da administração do que é público, como nos ensinou Graciliano Ramos em seus Relatórios de Prestação de Contas há mais de 70 anos, quando o então prefeito de Palmeira dos Índios (AL) de 1928 a 1930 e futuro escritor de *São Bernardo* e *Vidas Secas* deu um exemplo do bom uso do dinheiro público em meio a situações de adversidades, tais como pobreza, secas, clientelismo e apadrinhamento. A positividade do

ordenamento jurídico brasileiro obriga ao ente público, salvas as discricionariedades de praxe, a pautar os seus atos de acordo com a previsão legal (DI PIETRO 2003; MORAES 2007). Isso tem contribuído para uma acomodação entre os gestores públicos que buscam invariavelmente, com boa ou má fé, a forma mais *cômoda* de gerir. Sem a previsão (determinação) legal, os exemplos de Graciliano Ramos seriam mais raros do que são hoje. Daí, mais uma vez, a importância da LRF.

Com amparo no Capítulo II do Título VI da Constituição Federal, a Lei de Responsabilidade Fiscal possui como objetivo principal a responsabilidade na gestão fiscal baseada no planejamento, transparência, controle e responsabilização. Os instrumentos de planejamento destacados pela LRF, quais sejam: a Lei Orçamentária Anual, a Lei de Diretrizes Orçamentárias e o Plano Plurianual são anteriores à Lei e já haviam sido estabelecidos pela Constituição em 1988, portanto, fazem parte do cotidiano dos entes da Federação há tempo suficiente para um razoável entendimento de suas formas, limites e aplicabilidades. A LRF, no entendimento de Nascimento & Debus (2004, p. 11), pretende “reforçar o papel da atividade de planejamento e, mais especificamente, a vinculação entre as atividades de planejamento e de execução do gasto público”. Ademais, para esse planejamento, mesmo que isso não garanta a perfeição dos documentos produzidos, os entes públicos (União, Estados e Municípios) contam com o apoio tecnológico (softwares e assessorias contábeis), mínimo que seja, para auxiliar a elaboração daquelas peças físico-financeiras. Entretanto, quando a análise parte para o quesito transparência, o cenário que se observa não é de favorabilidade compatível com o ponto planejamento.

A estruturação da LRF, em especial no quesito transparência (Seção I, Capítulo IX), buscou compartilhar responsabilidades entre a administração pública e a sociedade ao determinar a publicidade dos atos de gestão fiscal e prever a participação do cidadão na elaboração dos instrumentos de planejamento. Ocorre que a participação popular nesse particular não se tem observado de forma

efetiva, ou seja, pouco da ação direta do cidadão tem sido aproveitada. As discussões existentes durante, por exemplo, sessões que tratam do *orçamento participativo*, para aquelas localidades que o adotam, servem mais para divulgar a administração do que buscar uma opinião popular. Em outros momentos, a administração já possui seu plano e busca com essas sessões apenas referendar o que decidiu está, a exemplo do que ocorre com os conselhos de controle social (SANTOS, 1999). Sacramento & Pinho (2007, p. 9), a partir de estudo realizado em municípios da Região Metropolitana de Salvador, revelam que a “LRF não motivou a criação ou a ampliação dos espaços para debate com a sociedade”.

Dois questionamentos surgem motivados pela constatação de Sacramento & Pinho: o primeiro é se o objetivo da LRF seria realmente o de *criar* e (ou) *ampliar* esses espaços; o segundo, decorrente de uma resposta positiva para o primeiro, seria se um instrumento legal como a Lei de Responsabilidade Fiscal poderia modificar uma característica comum da sociedade brasileira calcada na passividade, baixa confiança nas instituições públicas e pouca tradição de associativismo e organização (BAQUERO, 2003). À luz da própria Lei e seus dispositivos de transparência, presume-se que a resposta para a primeira pergunta tende a ser positiva; porém, o mesmo não se pode estabelecer para o segundo questionamento, uma vez que a mudança ali sugerida trata de elementos estruturais da sociedade que podem ser resumidos no termo Capital Social. O argumento a ser utilizado com esse posicionamento é que o frágil capital social observado no Brasil compromete a própria aplicação (efetividade) dos dispositivos da LRF no tocante à transparência e à participação popular na gestão fiscal. Não se sugere aqui a transferência das responsabilidades (ou da culpa) do gestor para o cidadão, antes se busca ressaltar a necessidade de um papel mais proativo da sociedade num processo que se pretende cada vez mais transparente.

2. Capital social

Na visão de Baquero (2003, p. 94), ideologicamente considerado, o capital social pode ser o “*empowerment* da cidadania, o pluralismo e a democratização”, muito embora o próprio autor reconheça que o capital social “possua um conceito problemático”, por conta das dificuldades em medi-lo e as variantes envolvendo o seu significado e suas relações contextuais. O *empowerment* sugerido por Baquero diz respeito à transferência de poder ao cidadão de forma a ampliar sua capacidade colaborativa que gere benefícios amplos. Ele vai mais além ao considerar que o grande número de associações informais existentes no país como resultado de uma descrença nas instituições tradicionais (partidos políticos, etc.) não tem gerado redes associativas sólidas por conta da pouca atenção dispensada pelos governantes e do baixo capital social.

De acordo com a literatura, capital social não é um ativo simples de ser definido. Ele representa intangíveis, porém observáveis, relações e redes sociais entre indivíduos, tais como família, clubes, associações, sindicatos, partidos políticos, conselhos, etc. Como observado por Putnam (1993), capital social são aspectos da organização social, tais como a confiança, as normas e as redes de relações que podem incrementar a eficiência da sociedade ao facilitar ações coordenadas. O entendimento econômico de *capital* traz a noção de acumulação, algo que o indivíduo pode ganhar, multiplicar, trocar, obter lucro ou prejuízo. Entretanto, parece difícil aos economistas aceitar como capital um ativo que não pode ser traduzido em números. Nesse particular, Bourdieu (1986), ao discutir as formas de capital, considera que de fato é impossível considerar a estrutura e o funcionamento da sociedade sem a introdução do capital em todas as suas formas e não apenas naquela reconhecida pela teoria econômica. O conceito de Bourdieu para capital social é o acumulado pelo indivíduo de acordo com a sua história social; quanto maior a sua participação na vida social, maior será o seu capital social.

As relações de autoridade, confiança e normas são formas de capital social. Coleman (1990) concentra sua análise na perspectiva de que capital social é o resultado (particularmente confiança) da interação entre indivíduos e emerge da estrutura de relações e não da própria pessoa; dessa maneira, o comportamento individual utilitário não fomenta o capital social. Para Coleman, a organização social constitui capital social quando facilita o atingimento de objetivos os quais não seriam alcançados em sua ausência ou somente seriam obtidos a um alto custo. Como pode ser observado, os trabalhos que envolvem o tema capital social freqüentemente o associam à confiança, porém confiança unicamente não é suficiente para avaliar o nível deste capital em uma sociedade em particular. Sabatini (2005), em uma avaliação empírica da relação entre capital social e a qualidade do desenvolvimento econômico da Itália, concluiu que confiança não é capital social e sim um resultado dele.

Há ainda trabalhos que relacionam capital social e corrupção como os de Bjørnskov (2003) and Gregory (1999). Bjørnskov afirma que a característica estável do capital social como um elemento da estrutura da sociedade local dificulta a luta contra a corrupção em muitos países, uma vez que um baixo capital social revela baixa participação cidadã e, portanto, pouco comprometimento na luta contra a corrupção. O trabalho de Gregory é relevante nesse sentido, pois agrega o elemento da ética no serviço público como um indicador de capital social, ou seja, o comportamento ético (nível de corrupção) na gestão pública – gestão fiscal aí incluída – pode ser função do nível de capital social observado na sociedade.

3. LRF para fomentar o capital social

O fomento do capital social pela Lei de Responsabilidade Fiscal na realidade não pode ser feito *por* ela especialmente, mas *com* ela. Como observado na revisão de alguns títulos da literatura que trata do tema, o controle social não se consegue facilmente e, a princípio, não é um ativo a ser fornecido ao indivíduo. O indivíduo, coletivamente considerado, deve promover o desenvolvimento do

seu capital social e isso, de alguma forma, já vem sendo observado por meio das associações informais à margem das organizações tradicionais (BAQUERO, 2003), porém o resultado não tem se traduzido na solidificação do referido capital. Por um lado porque os interesses se concentram na própria individualidade e, por outro, porque as ferramentas disponíveis para uma promoção do capital social são subutilizadas. Algumas vezes pelo desconhecimento, outras pela falta de interesse.

Traçando um paralelo com o controle social, ou *accountability* social, o qual para ser efetivo necessita de atuação bilateral entre os entes públicos, na disponibilização de mecanismos, e a sociedade, no conhecimento e uso efetivo deles, como bem observa Santos (1999), da mesma maneira deve ser observado para o capital social. No caso particular da gestão fiscal, há instrumentos previstos na LRF que podem ser utilizados para o incremento do capital social, com conseqüências positivas para os objetivos previstos no diploma legal. Esses instrumentos estão estatuídos no pilar da transparência que engloba a publicidade dos atos de planejamento e execução financeira, e principalmente o acesso às informações e a participação da sociedade no processo de gestão fiscal. A garantia da transparência à sociedade é estabelecida na Seção I do Capítulo IX da LRF, com destaque para o parágrafo único do artigo 48, *in verbis*:

A transparência será assegurada também mediante incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e de discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos.

A garantia legal, apesar de presente, não tem servido para a ampliação do capital social porque simplesmente não é aplicada, ou seja, não se verifica a integração entre Estado e sociedade pela intermediária LRF. Ao contrário do que acontece com as peças de planejamento (LOA, LDO, PPA), que possuem formalismos e prazos, com as devidas sanções anexadas, não há tradição, pelos organismos de controle responsáveis, de se aplicar sanções efetivas nesse quesito (SACRAMENTO & PINHO,

2007). Quando elas existem na forma de ressalvas, são acolhidas pelo gestor público e justificadas com o argumento tradicional de que a sociedade não está organizada o suficiente para atender ao processo de planejamento da gestão fiscal. Talvez o entendimento dos gestores esteja correto quando se consideram as organizações tradicionais partidárias ou sindicais (quando não querem dizer a mesma coisa), as quais deixaram de ser participativas para virar monopólios de pequenos grupos. Observa-se, portanto, que a lei pura e simples de pouco adianta quando os dividendos (ou penalidades) não são diretamente observados e compreendidos.

Uma alternativa para aplicação efetiva do artigo 48 da LRF pode ser buscada nos ensinamentos de Baqueiro (2003, p. 104) para se vislumbrar as novas formas de associação. Para o autor

[A] miopia dos governantes em reconhecer esses movimentos como parte de um novo contexto, em que essas organizações possam conviver cooperativamente com as instituições tradicionais, não tem possibilitado uma agenda que se oriente pela compreensão e pelo fortalecimento desses novos mecanismos de pressão.

As novas formas de associação – mais locais, representadas pelo voluntariado – por serem informais, passam despercebidas pelo poder público e, portanto, não são alcançadas pelos editais de convocação para discussão do planejamento da gestão fiscal. Cabe ao poder local, portanto, identificar essas células de participação coletiva e trazê-las para a discussão do planejamento com fundamento no artigo 48, em adição às organizações tradicionais de participação popular (partidos, sindicatos). O resultado, intermediado pela LRF, atenderá ao requerimento legal e poderá contribuir para o incremento do capital social ao fortalecer e valorizar aquela participação. A resultante é uma reação em cadeia na forma do associativismo fortalecido e reconhecido com ganhos coletivos

completos, ou seja, para Estado (sua gestão) e sociedade.

Os organismos de controle da gestão, em todos os níveis de governo, possuem também responsabilidade nesta tarefa ao reconhecer cada vez mais a importância do parágrafo único do artigo 48, não apenas o aspecto de divulgação dos atos da gestão fiscal, a transparência propriamente dita, mas também a necessária aplicação da LRF como intermediária no processo de integração gestão-cidadão e no desenvolvimento do capital social.

4. Conclusão

A Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF modernizou a gestão fiscal dos entes da Federação, com imposição de instrumentos importantes para auxiliar a boa gerência dos recursos públicos. Na vertente do planejamento a LRF reforçou o uso da LDO, LOA e PPA, dando a esse pilar da gestão todas as condições para a aplicação por parte dos gestores. Por outro lado, o fundamento da transparência, no particular da participação da sociedade carece do devido incremento, mesmo considerando as previsões do artigo 48 da LRF. O artigo invoca o baixo nível de capital social encontrado no Brasil como um dos causadores da inefetividade da participação popular e, por conseqüência, da insuficiente aplicação do referido artigo da Lei. Sendo o capital social o ativo representado pelas relações sociais do indivíduo na forma do associativismo, o seu fortalecimento pode representar ganhos para a participação cidadã por meio da LRF.

O incremento do capital social pode ser realizado a partir da identificação pelo ente público de diversas formas de associação que hoje são verificadas, porém se encontram à margem das instituições tradicionais, representadas por partidos e sindicatos. A identificação dessas associações informais, a sua valorização por meio da consideração de suas idéias e garantias de sua participação no processo de planejamento da gestão fiscal, à luz do artigo 48 da LRF, podem representar o fortalecimento do capital social com

ganhos para a própria gestão responsável e para a sociedade como um todo.

Referências

BAQUERO, Marcello. Construindo uma outra sociedade: o capital social na estruturação de uma cultura política participativa no Brasil. *Revista de Sociologia e Política*, Nº 21: 83-108 NOV., 2003.

BJØRNSKKOV, Christian. *Corruption and Social Capital*. Working Paper 03-13. Aarhus: Denmark. Department of Economics, Aarhus School of Business, 2003.

BOURDIEU, Pierre. The forms of capital, in: Richardson, John G. (ed.), *Handbook of Theory and Research for the Sociology of Education*, New York: Greenwood Press: 241-258, 1986.

BRASIL. *Constituição Federal*. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. *Lei Complementar Nº 101, de 4 de maio de 2000*. Lei de Responsabilidade Fiscal. Brasília: Senado Federal, 2000.

COLEMAN, James S. *Foundations of Social Theory*. Cambridge, MA: The Belknap Press of Harvard University Press, 1990.

GREGORY, Robert J. Social Capital Theory and Administrative Reform: Maintaining Ethical Probity in Public Service. *Public Administration Review*, 59 (1), 63-75, 1999.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 14ª ed., São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional Administrativo - 4ª Ed.* Atlas: São Paulo, 2007.

NASCIMENTO, Edson Ronaldo; DEBUS, Ilvo. *Lei Complementar Nº 101/2000. Entendendo a Lei de Responsabilidade Fiscal*. 2ª Ed. Brasília: Tesouro Nacional, 2004.

PUTNAM, Robert D. *Making democracy works: civic traditions in modern Italy*. Princeton, N.J.; Chichester: Princeton University Press, 1993.

RAMOS, Graciliano. (2000). *Relatórios do Prefeito de Palmeira dos Índios*. São Paulo: Duetto.

SABATINI, Fabio. *Social Capital, public spending and the quality of economic development*, 2005.

SACRAMENTO, Ana Rita Silva; PINHO, José Antônio Gomes. *Transparência na Administração Pública: o que mudou depois da Lei de Responsabilidade Fiscal? Um estudo exploratório em seis municípios da região metropolitana de Salvador*. *Revista de Contabilidade da UFBA*, vol. 1, nº 1, 2007.

SANTOS, Romualdo Anselmo dos. *Controle Social da Política de Saúde no Brasil*. Brasília. Dissertação (Mestrado em Ciência Política). Universidade de Brasília, 1999.

Impactos macroeconômicos dos gastos públicos no Brasil

Alexandre Manoel Angelo da Silva

Pesquisador do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA).

José Oswaldo Cândido Júnior

Pesquisador do IPEA.

Assessor Técnico do Senado Federal no Gabinete do Senador César Borges (PR-BA).

Resumo: Este artigo avalia os impactos produtivos dos gastos públicos no longo prazo para a economia brasileira. A análise recai sobre agregados macroeconômicos, particularmente a composição dos gastos públicos entre consumo (compras de bens e serviços) e investimento. Os resultados sugerem uma superioridade do investimento público com relação ao consumo no tocante aos seus efeitos sobre o produto. Do ponto de vista de política pública, é importante mencionar que os programas de ajuste fiscal no Brasil tenderam a privilegiar o corte dos investimentos públicos em detrimento das despesas que representam o consumo, que, de um modo geral, são mais difíceis de serem comprimidas em razão de dispositivos legais ou motivação política. Desse modo, os impactos dos gastos públicos no Brasil tendem a apresentar um menor grau de produtividade.

1. Introdução

A avaliação dos efeitos dos gastos públicos na economia é um tema que desperta bastante interesse, e muitos economistas influenciaram as decisões públicas e políticas por meio de suas teorias. Um dos objetivos macroeconômicos da política fiscal é contribuir para a estabilização. Portanto, é comum até hoje os formuladores de política econômica sugerirem um aumento de gastos públicos ou corte de impostos quando a economia entra em recessão. A lógica é que a política fiscal anticíclica ajuda a sustentar o nível de atividade econômica, estimulando o consumo e o investimento.

No outro reverso da moeda, em fases de expansão econômica a preocupação se concentra em como estimular a oferta de modo a garantir o ciclo de crescimento econômico. A sabedoria convencional,

lastreada em muitas teorias econômicas, atribui aos investimentos públicos um papel importante. Alguns modelos como o de Arrow e Kurz (1970) e Baxter e King (1993) consideram o capital público como um insumo não pago na função de produção, que apresenta externalidades positivas sobre a produtividade dos insumos privados.

Keynes defendia que os investimentos públicos seriam a ferramenta de política fiscal ideal (Skidelsky, 2001 e Perotti, 2004), dado que reunia duas virtudes: capacidade de estimular a demanda no curto prazo e gerar o aumento da capacidade produtiva no longo prazo. Muitas políticas públicas são formuladas com base nesses pressupostos. Uma das mais famosas é a regra de Ouro, que se sustenta sob a hipótese de que os investimentos públicos se pagam, pelos seus efeitos virtuosos sobre o PIB e o investimento privado, gerando assim os ganhos futuros de receitas necessários que justificam o endividamento no presente.

Por outro lado, outros economistas são mais céticos (Perotti, 2004; Devajaran et.alli, 1996; Mitnik e Neumann, 2001) quanto a estes resultados e preferem avaliar empiricamente os efeitos macroeconômicos dos gastos públicos e seus componentes sem atribuir a *priori* uma superioridade para os investimentos públicos. Essa estratégia também será adotada no presente artigo, que objetiva avaliar os impactos macroeconômicos dos componentes principais dos gastos públicos (consumo e investimento) sobre o PIB, consumo das famílias e investimento privado no Brasil no período de 1970-2002 utilizando uma metodologia econométrica mais compatível com o problema investigado.

Este artigo é composto por mais três seções, além dessa introdução. Na segunda seção discute-se abreviadamente a metodologia dos vetores autoregressivos. Na terceira seção são apresentados os resultados, sempre com a preocupação de compará-los com os obtidos por outros estudos. Finalmente, a quarta seção está reservada para as conclusões.

2. Metodologia de investigação

Os economistas dispõem de um amplo conjunto de ferramentas

estatísticas e econométricas que servem para testar as teorias ou mesmo refinar construções teóricas. No caso em análise é notável a ausência de um consenso teórico a respeito dos impactos produtivos dos gastos públicos. Nesse sentido, a investigação empírica passa a assumir um papel extremamente importante.

Neste artigo defende-se a utilização da técnica econométrica dos vetores autoregressivos (VAR) que inicialmente foi proposta por Sims (1980) e se constitui em uma estrutura econométrica que busca captar a interação dinâmica entre variáveis econômicas ao longo do tempo. No sistema VAR, as variáveis dependem dos seus próprios valores defasados e das demais variáveis, em seus níveis correntes e defasados. Portanto, cada variável do sistema não é exogenamente predeterminada, e problemas de causalidade reversa ou endogeneidade são levados em consideração nesse modelo. Ou seja, sob esse modelo é possível que o produto da economia possa afetar os gastos públicos e vice-versa.

De fato essa não é uma questão nova. Em 1820, Malthus defendia que se fazia necessário aumentar os gastos públicos para estimular a demanda e elevar o produto (Szmrecsányi, 1982). Por sua vez, a Lei de Wagner ou Lei dos Dispendios Públicos Crescentes propugnava que, à medida que ocorressem elevações das rendas per capita dos países, exigir-se-ia uma expansão ainda maior da oferta de bens públicos, de forma que a participação dos gastos públicos no produto tenderia a aumentar com o nível de desenvolvimento econômico (Musgrave, 1969). Assim, desde os princípios da teoria econômica, existiam controvérsias concernentes às relações de causalidade entre gastos públicos e produto.

O modelo VAR tem sido utilizado intensamente para explicar a interação dinâmica entre variáveis monetárias e reais num contexto macroeconômico. No entanto, mais recentemente é crescente a aplicação dessa estrutura para captar os efeitos de variáveis fiscais sobre variáveis macroeconômicas, como o PIB, o nível de emprego, o investimento privado, o capital privado, dentre outras.

3. Resultados

Neste artigo são utilizadas séries macroeconômicas anuais de gastos públicos no Brasil no período de 1970 a 2002. Os dispêndios públicos são separados de acordo com a divisão tradicional das Contas Nacionais¹ : Consumo (compras de bens e serviços por parte das administrações públicas) e investimento (formação bruta de capital fixo das administrações públicas e estatais federais).

O período escolhido é marcado por uma importante variabilidade da taxa de investimento público no Brasil. A taxa média de investimento público de 1970-2000 foi de 5,7% do PIB. Com relação à evolução, a taxa de investimento apresentou tendência de crescimento entre meados da década de 70 e início da década de 80, quando os investimentos atingiram o pico. Nos anos 80 e 90, os investimentos declinaram rapidamente com a crise da dívida externa e a necessidade de forte ajustamento fiscal. No final dos anos 90 e no ano de 2000, a economia brasileira atingiu seus menores níveis de investimento público do período.

Diante desse cenário, são válidos os seguintes questionamentos: Será que esse declínio do investimento público ou essa variabilidade teve uma influência significativa sobre o produto? Considerando que uma parcela desses investimentos é destinada a infra-estrutura e que estudos como Ferreira e Malliagos (1998) para o Brasil, Shah (1992) para o México e Uchimura e Gao (1993) para Coréia do Sul e Taiwan encontraram elasticidades-renda do investimento público positivas e significativas, logo poder-se-ia esperar que a queda dos investimentos públicos afetasse negativamente o produto.

Por outro lado, a possibilidade de efeito-deslocamento poderia ter um efeito positivo sobre o produto, caso se confirme a hipótese de que a produtividade do investimento privado seja maior que a do investimento público. Esse resultado vai na mesma direção dos estudos de Tatom (1993), Holtz-Eakin (1994), Garcia-Mila et.all (1996) e Otto e Voss (1996) que sugerem a existência de uma relação negativa ou insignificante entre capital público e crescimento da produtividade e

¹ A exceção é a inclusão dos investimentos das estatais federais na conta da formação bruta de capital fixo do setor público. Na contabilidade nacional esses investimentos são atribuídos ao setor privado, por sua natureza empresarial.

entre o capital público e o produto.

O consumo do governo apresentou uma média de 13,5% do PIB no período. No tocante à evolução dessa média a tendência é de aumento no período: 10,1% entre 1970 e 79; 11,6% no intervalo de 1980 a 89 e 18,7% do PIB entre 1990 e 2003. Quais os impactos produtivos desse aumento da participação das compras públicas de bens e serviços?

Uma análise mais apressada pode intuir que o consumo do governo é parte importante da demanda agregada e a expansão da demanda pode induzir ao aumento da produção. No entanto, é preciso ressaltar que a expansão dos gastos deve ser financiada por meio de mais impostos e/ou aumento da dívida pública que envolve recursos privados. Portanto, qual o resultado líquido macroeconômico? Existe algum efeito-deslocamento dos gastos públicos em relação aos dispêndios privados numa proporção diferente de 1 para 1, ou seja, será que um acréscimo de R\$ 1,00 no consumo do governo reduz em mais de R\$ 1,00 os demais componentes da demanda agregada, tais como o consumo e o investimentos privados ?

Os resultados econométricos obtidos, utilizando a metodologia dos vetores autoregressivos, estão resumidos na tabela a seguir.

	Produto	Consumo Privado	Investimento Privado
Investimento Público	Positiva	Inconclusiva	Inconclusiva
Consumo do Governo	Negativa	Negativa	Negativa

Fonte: Elaboração dos Autores

O investimento apresentou uma relação positiva de longo prazo com o produto e inconclusiva com o consumo e o investimento privados. No primeiro caso, esse resultado é compatível com a hipótese do modelo neoclássico, i.e., o aumento do estoque de capital (variação positiva do investimento) eleva o produto de forma direta no longo

prazo (Arrow e Kurz, 1970; Aschauer, 1989, Baxter e King, 1993).

Na América Latina, os estudos de Calderón e Servén (2004a), Calderón e Servén (2004b), Ferreira e Malliagros (1998), Ferreira e Nascimento (2005) e Ferreira e Araújo (2006) ressaltam em uma direção similar que os investimentos públicos, especialmente em infra-estrutura, podem ser considerados como um dos principais determinantes dos níveis de renda per capita e do crescimento econômico na região. As implicações desses estudos é que o subinvestimento em infra-estrutura na América Latina nos anos 80 e 90 é capaz de explicar separadamente o hiato de renda em relação a outros países de renda média, como os países do leste asiático.

Por outro lado, o consumo do governo apresentou uma relação negativa com o produto, o consumo e o investimento privados. Barro, (1991), encontra resultados semelhantes para um grupo de 98 países no período de 1960-1985. Ao estudar os países da OCDE, Alesina e Ardagna (1998) e Alesina e Perotti (1997) e Von Hagen e Strauch (2001) também encontraram evidências de que essa relação é negativa.

Mais recentemente, De Castro (2007) também encontra evidências para a Espanha de que a relação entre consumo do governo e produto é negativa. Na argumentação de seus resultados, esse autor destaca duas explicações não excludentes que são comumente encontradas na literatura. Pelo lado da demanda, um aumento do consumo do governo elevaria o prêmio de risco e a taxa de juros deslocando os gastos privados.

Pelo lado da oferta, o canal de transmissão envolve mudanças no mercado de trabalho, na lucratividade das empresas e os investimentos das empresas. Dito de outro modo, uma expansão dos gastos públicos, por meio de aumento de salários, pressiona o salário de equilíbrio, reduz os lucros, a taxa de retorno do investimento privado, atingindo, assim, o produto. Tanzi e Schuknecht (2003) sugerem um canal adicional, ao evidenciar que, no mundo real, a fonte de financiamento dos gastos públicos é formada por aumento de impostos distorcivos, que inibem os investimentos e o consumo privado, reduzindo, portanto, o produto no longo prazo.

As relações negativas entre o consumo do governo e os mais significativos componentes da demanda agregada, tais como o consumo e o investimento privados, reforçam a idéia de que um aumento de R\$ 1,00 nas compras públicas de bens e serviços reduz liquidamente o produto em mais de R\$ 1,00.

4. Conclusões

Este artigo avalia os impactos produtivos dos gastos públicos no longo prazo para a economia brasileira. A análise recai sobre agregados macroeconômicos, particularmente observando a composição dos gastos públicos entre consumo (compras de bens e serviços) e investimento (formação bruta de capital fixo).

Os resultados sugerem uma superioridade do investimento público com relação ao consumo no tocante aos seus efeitos sobre o produto. Do ponto de vista de política pública é importante mencionar que os programas de ajuste fiscal implementados no Brasil nos últimos quarenta anos tenderam a privilegiar o corte dos investimentos públicos em detrimento das despesas que representam o consumo que, de um modo geral, são mais difíceis de serem comprimidas em razão de dispositivos legais ou motivação política.

Por outro lado, é possível refinar essa avaliação por meio de novas desagregações. Nesse sentido, a composição entre máquinas e equipamentos versus estruturas precisa ser observada com cuidado. Ferreira e Araújo (2004) sugerem que o produto é mais sensível ao estoque de estruturas públicas (associados a infra-estrutura) do que ao estoque de máquinas e equipamentos. Segundo esses autores um aumento no estoque de estruturas públicas (máquinas e equipamentos) gera um aumento acumulado no PIB per-capita de 7% (2%) após cinco anos. Além disso, a eficiência dos investimentos depende da qualidade dos serviços de infra-estrutura e as condições estruturais da economia (ambiente de negócios). Esses fatores determinam maiores incentivos para acumulação de capital e elevam os efeitos positivos observados dos investimentos públicos sobre o produto e a eficiência geral da economia.

Adicionalmente, é importante mencionar que na classificação tradicional da contabilidade nacional nem todo gasto corrente pode ser considerado gasto improdutivo, por exemplo, pagamento com professores e médicos é importante para acumulação de capital humano. No entanto, alguns itens, como o custeio da máquina pública, podem ser considerados como despesas de baixa produtividade. Portanto, uma mudança de composição em favor dos investimentos públicos em detrimento dos gastos improdutivos é uma alternativa “first best” para aumentar o espaço fiscal para a expansão dos investimentos públicos no Brasil, sobretudo porque o nível de investimento público atingiu o mais baixo nível no início desse século comparativamente aos valores registrados na década de 70.

Referências

ALESINA, A. and ARDAGNA, S. *Tales of fiscal contractions*. Economic Policy 27: 489-545, 1998.

ALESINA, A. and PEROTTI, R. *Fiscal adjustments in OECD countries: Compositions and macroeconomic effects*. IMF Staff Papers 44: 210-248, 1997.

ARROW, K. e KURZ, M. *Public Investment, the Rate of Return and Optimal Fiscal Policy*. Johns Hopkins Press: Baltimore, Md.

ASCHAUER, D.A. (1989). “Is Public Expenditure Productive?” *Journal of Monetary Economics*. Vol.23, pp.177-200, 1970.

BARRO, R. “Economic growth in a cross-section of countries”. *The Quarterly Journal of Economics*. 106, p. 407-444, 1991.

- BAXTER, M. and R. G. King. “Fiscal Policy in General Equilibrium”. *American Economic Review*. 83, 315–333, 1993.
- CALDERÓN, C. e SÉRVEN, L. “Trends in Infrastructure in Latin America:1980-2001”. *Central Bank of Chile: Working Paper N° 269*, 2004a.
- CALDERÓN, C. e SÉRVEN, L. “The Effects of Infrastructure Development on Growth and Income Distribution”. *Central Bank of Chile: Working Paper N° 270*, 2004b.
- DE CASTRO, F. “Non-Keynesian Effects of Public Expenditure in Spain”. *Applied Economics Letters*. 2003, 10, pp. 651–655, 2007.
- DEVARAJAN, et.alli. “The composition of public expenditure and economic growth”. *Journal of Monetary Economics*. 37,p. 313-344, 1996.
- FERREIRA, P. e MALLIAGROS, T. “Impactos Produtivos da Infra-Estrutura no Brasil – 1950/95”. *Planejamento e Pesquisa Econômica*. v.28, n°2, pp.315-38, 1998.
- FERREIRA, P. e NASCIMENTO, L. “Welfare and Growth Effects of Alternative Fiscal Rules for Infrastructure Investment in Brazil”. *EPGE/FGV: Ensaios Econômicos*, n° 604, 2005.
- FERREIRA, P. e ARAÚJO, C. H. “On the Economic and Fiscal Effects of Infrastructure Investment in Brazil”. *EPGE/FGV: Ensaios Econômicos*, n° 613, 2006.
- GARCIA-MILA, T.; MCGUIRE, T. e PORTER, R. “The Effect of Public Capital in State- Level Production Functions Reconsidered.” *The Review of Economics and Statistics*:177-180, 1996.
- MITTNIK, S. and T. Neumann. “Dynamic Effects of Public Investment: Vector Autoregressive Evidence from Six Industrialized Countries”. *Empirical Economics* 26, 429–446, 2001.

MUSGRAVE, R. *Fiscal Systems*. New Haven: Yale University Press, 1969.

OTTO, G. e VOSS, G. “Public Capital and Private Production in Australia”. *Southern Economic Journal*. Vol.62, pp.723-38, 1996.

PEROTTI. “Public Investment: Another (Different) Look”. *University of Bocconi - Innocenzo Gasparini Institute for Economic Research (IGIER)*. Working Paper N°. 277, 2004.

SHAN, A. “Dynamics of Public Infrastructure and Private Sector Profitability and Productivity”. *World Bank* (mimeo), 1992.

SKIDELSKY, R. *John Maynard Keynes: Fighting for Britain, 1973-1946*, MacMillan Pub. Td, 2001.

TANZI, V. e SCHUKNECHT, L. “Public Finances and Economic Growth in European Countries”. *Conference on “Fostering Economic Growth in Europe”*, Viena, 2003.

TATOM, J. “Paved with Good Intentions: The Mythical National Infrastructure Crisis.” *Policy Analysis*. Washington, DC: Cato Institute, August 12, 1993.

UCHIMURA, K. e GAO, H. “The Importance of Infrastructure on Economic Development.” *World Bank* (mimeo), 1993.

VON HAGEN e STRAUCH, R. Fiscal Consolidations: Quality, Economic Conditions, and Success. *Public Choice*, Vol 109, Numbers 3-4, pp.327-346, 2001.

A revelia e seus efeitos no âmbito dos Tribunais de Contas

Gleydson Antônio Pinheiro Alexandre

Procurador do Ministério Público Especial junto ao
Tribunal de Contas do Estado do Ceará.

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo examinar o instituto da revelia e seus efeitos, especialmente a confissão ficta, no tocante aos processos perante os Tribunais de Contas. Demonstrar-se-á a legislação pertinente (Leis Orgânicas e Regimentos Internos das Cortes de Contas pátrias) que autoriza a utilização da revelia, contudo, ao final, com base em doutrina especializada, mostrar-se-á a impossibilidade do emprego de todos os efeitos processualísticos da revelia, uma vez os princípios do processo administrativo.

Palavras-chave: Tribunais de Contas; Revelia; Confissão ficta; Processo administrativo; Verdade material.

Antes de adentrar ao tema da revelia e seus efeitos no âmbito dos Tribunais de Contas, faz-se necessário traçar algumas linhas básicas sobre as competências constitucionais dos Tribunais de Contas e a natureza jurídica de suas decisões.

Sob o manto da nova ordem constitucional, o legislador constituinte delineou diretrizes especiais aos Tribunais de Contas, sendo que estes, incumbidos do auxílio ao Poder Legislativo na função de fiscalização, foram agraciados no Texto Constitucional com diversas competências próprias e exclusivas, dentre elas as competências de julgar as contas dos administradores, apreciar os atos de pessoal para posterior registro, realizar inspeções e auditorias nos órgãos e entidades públicas, fiscalizar aplicação de recursos públicos.

No exercício dessas competências, principalmente a de julgar as contas dos administradores, surge a controvérsia sobre a natureza

jurídica das decisões dos Tribunais de Contas. A celeuma envolvendo a matéria diz respeito se as decisões das Cortes de Contas se revestem de natureza judicante ou administrativa.

O autor Valdecir Pascoal¹ explica primeiro que uma decisão judicante não é necessariamente aquela originada no seio do Poder Judiciário. A decisão será judicante quando seja capaz de dizer o direito definitivamente, sem possibilidade de controle por outro Poder. Exemplo maior ocorre na França com o seu Conselho de Estado, órgão administrativo, contudo, com força judicante sobre as lides que envolvam a Administração Pública.

Sobre este prisma, alguns autores de tomo, entre eles, Francisco Cavalcante Pontes de Miranda, Seabra Fagundes e Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, defendem a definitividade das decisões dos Tribunais de Contas, mesmo com os dizeres: *“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”* constantes no art. 5º, XXXV da Carta de Outubro.

Os defensores da natureza judicante das decisões das Cortes de Contas, diga-se logo minoritários, aduzem que o constituinte originário concedeu a essas a competência exclusiva de “julgar” as contas dos administradores, constante no art. 71, II, da Carta Política. Elucidam, ainda, para afastar a aplicação do princípio da jurisdição una, que a lei não pode excluir lesão ou ameaça de direito da análise do Poder Judiciário, mas a Constituição Federal pode, e o fez em relação a outras competências judicantes. O trecho do livro do Prof. Jorge Ulisses Jacoby Fernandes² ilustra bem essa tese:

A Constituição Federal admitiu expressamente várias exceções a esse decantado monopólio absoluto do Poder Judiciário, como será visto adiante, em outros

¹ PASCOAL, Valdecir Fernandes. Direito financeiro e controle externo: teoria, jurisprudência e 400 questões. 6ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

² FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Tribunais de Contas do Brasil – Jurisdição e Competência. Belo Horizonte: Fórum, 2ª ed., 2005, p. 130.

casos, o constituinte não excluiu expressamente o direito de ação perante esse poder, mas declinou a competência para julgar a órgão que não o integra expressamente. Assim, procedeu nesse breve elenco:

- Contas prestadas pelo presidente da República (competência exclusiva do Congresso Nacional);
- O presidente e o vice-presidente da República, nos crimes de responsabilidade, e os ministros de Estado, nos crimes da mesma natureza, conexos com aqueles (competência privativa do Senado Federal);
- Contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo poder público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário (competência do Tribunal de Contas da União).

Contudo, mesmo os doutrinadores acima mencionados consideram que somente as decisões derivadas da competência de “julgar” as contas dos administradores estão albergadas pela definitividade. Isso decorre da constatação de que a Carta Cidadã elencou outras competências às Cortes de Contas, como apreciar para fins de registro, aplicar sanções, fiscalizar a utilização de recursos públicos, sendo que a terminologia “julgar” ficou adstrita somente à análise das contas dos administradores. Em um exame perfunctório do art. 71 da CF/88, percebe-se a distinção feita pelo Constituinte Originário entre a competência dos Tribunais de Contas de julgar as contas, descrita no inciso II, e as outras incumbências delineadas nos demais incisos, por exemplo, de apreciar os atos de pessoal para fins de registro, relacionada no inciso III do mesmo artigo.

Não passou despercebida pela doutrina a diferenciação feita pelo legislador constituinte quando tratou da competência dos Tribunais de Contas. O citado doutrinador Jorge Ulisses Jacoby Fernandes³ assim consagrou:

Nem todas as funções que os Tribunais de Contas exercem podem ser classificadas como de jurisdição. Sem dúvida, têm também função técnica de assessoramento, de mera fiscalização, de registro. No elenco de competências, o rigor científico da terminologia empregada acentua a diferenciação, inclusive na finalidade de cada mister realizado. Para algumas tarefas, empregou-se o termo apreciar, em outras fiscalizar, em outras realizar inspeção e auditoria e, em apenas um caso, julgar.

Entretanto, mesmo com a existência do termo “julgar” dentre as competências atribuídas às Cortes de Contas, a doutrina majoritária é no sentido oposto, considerando a natureza administrativa das decisões dos Tribunais de Contas. A razão para o referido posicionamento é o princípio da inafastabilidade do controle judicial (art. 5º, XXXV, CF), assim, qualquer decisão emanada dos Tribunais de Contas possui natureza administrativa e está sujeita a controle pelo Poder Judiciário.

Logo, já que o ordenamento jurídico pátrio adotou o princípio do monopólio da jurisdição, é forçoso reconhecer o caráter administrativo das decisões dos Tribunais de Contas, ante a possibilidade de se levar ao Judiciário as questões decididas perante as Corte de Contas (Enunciado 6 da Súmula de Jurisprudência dominante do STF⁴).

Mas para a confecção dessas decisões no âmbito dos Tribunais de Contas, em regra, desenvolve-se um processo administrativo⁵,

³ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Op. Cit., p. 185.

⁴ “A revogação ou anulação, pelo Poder Executivo, de aposentadoria, ou qualquer outro ato aprovado pelo Tribunal de Contas, não produz efeitos antes de aprovada por aquele Tribunal, ressalvada a competência revisora do Judiciário”.

⁵ Partindo da premissa aceita pela doutrina majoritária que os Tribunais de Contas são tribunais administrativos e suas decisões têm natureza administrativa.

com a observância aos princípios da presunção de inocência, do contraditório e da ampla defesa, garantidos pelos incisos LV e LVI do artigo 5º da Constituição.

Neste ponto, entra-se no delinear do instituto da revelia e seus efeitos nos processos que tramitam no âmbito das Corte de Contas. O instituto da revelia tem a sua estrutura legal delineada no art. 319 do Código de Processo Civil, o qual, pela sua importância para o estudo, passa-se a transcrever: “*Se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor*”.

A respeito do tema revelia, a doutrina ressalta: “*A revelia é a situação em que se encontra a parte que não acode ao chamamento judicial, fazendo-se ausente quando deveria estar presente*”⁶.

Mostra imprescindível, contudo, fazer a diferenciação entre a revelia, espécie do gênero contumácia (inação da parte), que consiste tão-somente na não apresentação de defesa a quem lhe competia no prazo assinalado, e os efeitos decorrentes da revelia, sendo o principal destes a confissão ficta, ou seja, o de considerar verdadeiros os fatos afirmados pelo pólo ativo da ação.

Analisando o dispositivo legal, percebe-se que, na verdade, o referido artigo consagrou o principal efeito da revelia, exatamente a incontrovérsia dos fatos, tendo em vista a falta de pronunciamento defensivo na demanda. Porém, mesmo no processo civil, pode ocorrer que haja a revelia da parte, sem que os seus efeitos se consubstanciem (art. 320, CPC).

No tocante ao controle externo, os Tribunais de Contas, com base na processualística civil, insculpiram, nas suas leis orgânicas, artigos semelhantes, realçando, principalmente, a amplitude dos efeitos da revelia. Para fins exemplificativos, cita-se o artigo da Lei Orgânica do Tribunal de Contas União:

⁶ DINARMARCO, Cândido Rangel. Fundamentos do Processo Civil Moderno, 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, v. II, p. 951.

Art. 12. (...)

§3º O responsável que não atender à citação ou à audiência será considerado revel pelo Tribunal, **para todos os efeitos**, dando-se prosseguimento ao processo.

A doutrina especializada também autoriza a propagação dos efeitos da revelia nos processos que tramitam nas Cortes de Contas, *in verbis*: “*Todos os fatos não contestados dispensam prova, simplesmente porque são admitidos como incontroversos no processo*”⁷.

Baseado nessas disposições legais e nos ensinamentos doutrinários que acatam, no âmbito dos Tribunais de Contas, a utilização das regras sobre a revelia do processo civil, várias são as decisões proferidas nas Cortes de Contas que declaram a revelia e encampam o efeito da confissão ficta. In litteris:

Considerando que a Sr^a Maria Ortência dos Santos Guimarães foi instada a apresentar razões de justificativa a respeito de diversas irregularidades relativas à utilização de recursos do Fundo (fls. 893/897);

Considerando que, não obstante, a responsável permaneceu silente, autorizando a incidência dos efeitos da revelia previstos no § 8º do art. 202 do Regimento Interno; (TCU – Segunda Câmara – Rel. Min. Adylson Martins Motta, Acórdão 2104/2003, Dou 24/11/2003);

Há que registrar, por oportuno, a propósito da audiência dos membros da CPL, que a Sra. Presidente, a despeito de ter sido ouvida, inclusive, por edital, **não compareceu aos autos para se defender, devendo, por isso mesmo, ser-lhe atribuída os efeitos da revelia.** (TCU – Primeira Câmara – Rel. Min. Humberto Guimarães Souto, Acórdão 2528/2003, DOU 29/10/2003). (grifos não existentes no original).

Tendo em vista que o gestor assumiu a posição de revel, não apresentando justificativas, **presumem-se**

⁷ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Op. Cit.*, p. 205.

verdadeiras as irregularidades narradas. (TCM/CE – Pleno - Rel. Cons. Pedro Ângelo - processo n.º 9.236/2001 – Prestação de contas de Gestão 2000 - Secretaria de Agricultura do Município de Quixelô - Acórdão n.º 1097/06). (grifou-se).

O Sr. Francisco das Chagas Torres júnior, responsável pelos atos de gestão da Prefeitura Municipal de Pires Ferreira, pertinentes ao exercício financeiro de 2001, foi informado para apresentar suas razões de defesa contudo, o ex-gestor deixou escoar in albis aludido prazo, conforme se vê às fls. 33, **devendo suportar os efeitos da revelia.** (TCM/CE – Pleno – Rel. Cons. José Marcelo Feitosa - processo n.º 14651/05 – Acórdão n.º 1888/2007 - Denúncia: Município de Pires Ferreira). (grifos não existentes no original).

Contudo, analisando a questão da revelia, constata-se a impossibilidade da aplicação de seus efeitos, mormente a confissão ficta, nos processos que tramitam no âmbito dos Tribunais de Contas.

No início deste estudo, buscou-se delimitar a natureza jurídica das decisões das Cortes de Contas, qual seja, a natureza administrativa, logo tais decisões advêm de um processo administrativo, em que o Estado-Administração estará atuando na figura de julgador e de parte ativa no respectivo processo.

Assim, utilizar o raciocínio do direito privado para delimitar os efeitos da revelia nos processos que desenvolvem nos Tribunais de Contas não condiz com a essência do processo administrativo. No processo civil, busca-se a verdade formal, já que em regra, está-se diante de interesses particulares disponíveis. No processo administrativo, o direito probatório é direcionado pela busca da verdade material, pela procura da forma como verdadeiramente os fatos ocorreram no mundo real.

Logo, o processo administrativo, inclusive no âmbito das Cortes de Contas, norteadado pelo interesse público e sua indisponibilidade, procura a verdade material, não podendo acatar

meras presunções pela simples inércia do administrado.

Além disso, os efeitos da revelia, por ser esta medida excepcional, demandam uma interpretação restritiva, não sendo pertinente a sua convação no processo administrativo tal como ocorre no processo civil, mormente quando, diferentemente do contencioso judicial e como já acima referido, o mesmo órgão atua tanto na persecução dos fatos como na prolação de decisão final sobre a matéria.

E como último argumento, percebe-se que, à semelhança do processo penal, já que, por autorização constitucional, as Cortes de Contas tem o dever-poder de aplicar sanções, não é do interessado o ônus de provar sua inocência, mas sim dever do autor demonstrar a prática de conduta reprovável por parte do primeiro, não sendo possível aplicar-se a presunção de veracidade na ausência de defesa do interessado.

Assim, como espécie de processo administrativo, o processo no âmbito das Cortes de Contas deve seguir os pontos traçados pela **Lei do Processo Administrativo Federal** (Lei n.º 9784, de 19 de janeiro de 1999), de utilização subsidiária nos demais processos administrativos, que **veda a operação dos efeitos da revelia**:

Art. 27. O desatendimento da intimação não importa o reconhecimento da verdade dos fatos, nem a renúncia a direito pelo administrado.

Parágrafo único. No prosseguimento do processo, será garantido direito de ampla defesa ao interessado. (Grifou-se)

Consentâneo com o entendimento suso delineado, Fernão Borba Franco⁸, de forma clara e coerente, assim expõe:

Não é necessário, de outro lado, que haja uma defesa

⁸ FRANCO, Fernão Borba. Processo Administrativo, 1ª ed., São Paulo: Atlas, 2008, p. 127.

inicial, à guisa de uma contestação como a dos procedimentos comuns do Código de Processo Civil. Isso porque 'o desatendimento à intimação não importa o reconhecimento da verdade dos fatos, nem a renúncia a direito pelo administrado' (Lei nº 9.784/99, art. 27), ou seja, não se produzem os efeitos da revelia previstos na legislação processual civil, consistentes em ter como verdadeiros os fatos alegados na inicial e a desnecessidade de intimar o réu revel dos demais atos do processo (arts. 319 e 322 do CPC), efeitos esses contrários à finalidade do processo administrativo e incoerentes com a teoria da individualização, mas coerentes com o processo judicial.

Por último, importante transcrever a lição do Ministro do Tribunal de Contas da União Benjamin Zymler⁹ sobre os efeitos da revelia no processo administrativo:

Vê-se claramente que no Processo Administrativo, permeado que é pelo interesse público, não se admite a verdade formal, predominante no Processo Civil, onde, de regra, prevalecem interesses particulares. **Portanto, a revelia, que no Processo Civil acerca de direitos disponíveis torna o fato incontroverso, a teor do art. 319 do CPC, no processo administrativo não acarreta tal efeito.** (grifos não existentes no original).

Destarte, inobstante os dispositivos legais que encampam a aplicação dos efeitos da revelia pertinentes ao processo civil no âmbito dos Tribunais de Contas, entende-se como inaplicável a sobredita regra aos procedimentos em curso nas Cortes de Contas.

⁹ ZYMLER, Benjamin. A procedimentalização do direito administrativo brasileiro. Fórum Administrativo- Direito Público , v 22, ano 2, p. 1595, dez. 2002.

Referências

CHAVES, Francisco Eduardo Carrilho. **Controle externo da gestão pública**. Niterói: Impetus, 2007.

DINARMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, v. II.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tribunais de Contas do Brasil – Jurisdição e Competência**. Belo Horizonte: Fórum, 2ª ed., 2005.

FORTINI, Cristiana. **Processo administrativo: comentário à Lei nº 9.784/1999**. Cristiana Fortini, Maria Fernanda Pires de Carvalho Pereira, Tatiana Martins da Costa Camarão; Prefácio Clovis Beznos. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

FRANCO, Fernão Borba. **Processo Administrativo**. 1ª ed., São Paulo: Atlas, 2008.

PASCOAL, Valdecir Fernandes. **Direito financeiro e controle externo: teoria, jurisprudência e 400 questões**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

ZYMLER, Benjamin. **A procedimentalização do direito administrativo brasileiro**. Fórum Administrativo-Direito Público, v 22, ano 2, p. 1595, dez. 2002.

Democracia, direitos sociais e controle de políticas públicas pelos Tribunais de Contas

Rholden Botelho de Queiroz

Procurador-Geral do Ministério Público junto ao TCE-CE.
Mestre em Direito Constitucional pela UFC.

Resumo: O presente trabalho tem por escopo analisar as possibilidades e delineamentos do controle externo de políticas públicas pelos Tribunais de Contas. Reconhecendo que o tema geralmente é abordado na doutrina enfocando a atuação do Judiciário, buscaremos analisar as críticas que comumente lhe são dirigidas, especialmente a do suposto caráter antidemocrático do controle judicial, verificando a pertinência dessas objeções no que toca à atividade das Cortes de Contas e refutando-as. Ao fim, destacaremos os fundamentos e contornos jurídicos da atuação dos Tribunais de Contas nessa seara, realçando o importante papel a ser desempenhado por esses órgãos na concretização dos direitos sociais.

Palavras-Chave:

Tribunais de Contas; controle externo; políticas públicas; direitos sociais.

1. Introdução

Iniciamos o presente estudo com uma afirmação um tanto quanto óbvia, mas necessária como ponto de partida para desenvolver a argumentação: o Estado de Direito se caracteriza pela subordinação de todos, inclusive do próprio Estado, à lei. Entenda-se lei aqui em sentido amplo, abrangendo a própria Constituição, fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico (afirmação não menos óbvia).

Estando também o Estado sob o império da lei, todas as suas ações e omissões devem guardar relação de compatibilidade com as normas vigentes. E em relação às políticas públicas (ou à falta delas), isso não é diferente.

De pouco vale, entretanto, simplesmente afirmar que a atividade estatal, incluindo-se aí as políticas públicas, está submetida ao crivo da lei, se não houver mecanismos de aferição de sua conformidade com as normas. Daí surge a necessidade do controle da atuação administrativa.

No que toca especificamente ao controle das políticas públicas, muito se tem debatido sobre o papel do Poder Judiciário. Para alguns, causa perplexidade o fato de um órgão sem representatividade popular poder interferir nas escolhas de quem a possui (Executivo e Legislativo), no que se refere à promoção dos direitos sociais à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à assistência aos desamparados. Nesse campo, doutrina e jurisprudência vêm burilando os limites e possibilidades da atuação judicial.

No presente trabalho, pretendemos lançar luzes sobre a atividade de outra instituição de controle da administração pública, qual seja, o Tribunal de Contas, que, ao que nos parece, possui um relevante papel no aperfeiçoamento e correção da atuação estatal na implementação dos direitos sociais. Buscaremos aqui delinear, de forma sucinta e sem a menor pretensão de exaurir o tema, as bases e caminhos para a ação controladora das Cortes de Contas nessa seara.

Para tanto, inicialmente trataremos da possibilidade, em si, da existência do controle externo em se tratando de políticas públicas, enfrentando as críticas que geralmente lhe são lançadas. Em seguida, enfocaremos o tema do controle de políticas públicas pelo Tribunal de Contas, demonstrando o arcabouço normativo que autoriza e conforma sua atuação nesse campo.

2. É juridicamente viável o controle externo das políticas públicas?

Primeiramente, cumpre esclarecer que quando falamos aqui em controle externo, estamos nos referindo a instituições públicas

independentes e autônomas em relação ao objeto do controle.¹ Nesse passo, embora reconhecendo que as críticas que serão aqui abordadas normalmente se dirigem à atuação do Judiciário, buscaremos, na medida do possível, tratá-las como objeções ao controle externo de políticas públicas em si, que abrange também a atividade dos Tribunais de Contas.^{2,3}

Pois bem. Já a partir da idéia de Estado de Direito, poderíamos entender como tranqüila a atuação de um controle externo em relação à atividade administrativa de implementação de políticas públicas. Entretanto, como já adiantado, há sérias críticas a essa atuação. Talvez a principal se refira ao caráter contramajoritário do controle. Expliquemos. De um lado, temos um amplo leque de necessidades sociais, cuja satisfação envolve custos. De outro, deparamos com a escassez de recursos, especialmente quando se trata de nações em desenvolvimento. A conclusão óbvia é a de que não há como atender plenamente a todas as demandas sociais, devendo o Estado efetuar escolhas de prioridades a tratar. E essas escolhas, a princípio, são tomadas no âmbito dos Poderes Legislativo e Executivo, que gozam de representatividade popular e respondem politicamente perante os cidadãos. Daí aponta-se o caráter antidemocrático da intervenção, nessa seara, de órgãos em cuja composição não figuram membros eleitos pelo povo. Daniel Sarmiento, falando especificamente sobre a atuação do Judiciário, situa bem o problema:

Nesse cenário, surgem alguns questionamentos importantes: Será que o Poder Judiciário – cujos

¹ Os Tribunais de Contas, assim como o Poder Judiciário, gozam de autonomia administrativa e financeira. Ademais, os Ministros do Tribunal de Contas da União possuem as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça. Nos Estados, a equiparação de garantias se dá entre Conselheiros e Desembargadores.

² A expressão “controle externo”, no sentido aqui adotado, abrange também a atuação controladora do Poder Legislativo (art. 70 da CF/88).

³ Mais adiante se verá que algumas das críticas se dirigem precipuamente ao Judiciário, como a objeção de incapacidade operacional para avaliar políticas públicas.

membros não são eleitos, nem respondem politicamente perante o povo – possui as credenciais democráticas para interferir nestas escolhas feitas pelo Legislativo e Executivo sobre quais gastos priorizar, em face da escassez de recursos?⁴

Registre-se que a referida crítica é perfeitamente extensível aos Tribunais de Contas, cujos membros não gozam de representatividade popular e nem respondem politicamente perante o povo (ocupam cargos vitalícios), não obstante haver componentes políticos nos respectivos ingressos.⁵

É de se perguntar: seriam os magistrados, do Judiciário e dos Tribunais de Contas, os reis-filósofos da República platônica, capazes de decidir melhor do que nós, ou do que aqueles que nos representam, os rumos da satisfação de nossas necessidades?

A objeção é grave e se, por um lado, não afasta totalmente a possibilidade de controle externo das políticas públicas (conforme tentaremos demonstrar), por outro, impõe temperamentos ao seu exercício. Pensamos que a questão não pode ser encarada sob a ótica do “tudo ou nada” (ou há controle total e irrestrito ou não há qualquer controle), mas sob uma perspectiva de graus da intervenção do controlador.⁶ Dito de outra forma, o problema reside não na possibilidade de controle em si, mas no modo como é exercido.

⁴ SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coords.) *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: *Lúmen Júrís*, 2008, p. 556.

⁵ Conforme o art. 73, §2º, da CF/88, dois terços são de escolha do Legislativo e um terço do Executivo, com aprovação do Senado Federal, sendo dois alternadamente dentre auditores e membros do Ministério Público de Contas, ambos cargos cujo provimento se dá mediante concurso público.

⁶ Para um aprofundamento sobre os diferentes objetos e modalidades de controle judicial de políticas públicas, ver BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático*. *Revista de Direito do Estado – RDE*. Rio de Janeiro: Renovar, ano 1, n. 3, p. 35-53, julho a setembro de 2006.

Cuidemos de demonstrar, então, a viabilidade jurídica do controle externo das políticas públicas. Antes de prosseguir, porém, cabe chamar atenção para uma especificidade que ameniza a referida crítica no que toca à atuação controladora dos Tribunais de Contas. É que, diferentemente do Poder Judiciário, não é atribuição dos Colegiados de Contas conceder o bem da vida pretendido. Sua atuação dirige-se precipuamente ao gestor, seja monitorando sua atividade, seja corrigindo-lhe os rumos, ou até mesmo punindo-o. Assim, não se requererá, por exemplo, ao Tribunal de Contas, que determine o fornecimento gratuito de medicamentos, ou o pagamento de despesas com tratamento de saúde no exterior, etc. Como, por outro lado, em razão do princípio da inafastabilidade da jurisdição, tais pedidos podem ser dirigidos ao Judiciário, é fácil constatar que a sua atuação tem um potencial bem mais invasivo do que a dos Tribunais de Contas. Daí o foco da crítica, digamos assim, do caráter antidemocrático do controle ser preferencialmente voltado à atuação daquele Poder.⁷

Passemos ao enfrentamento da crítica em tela. Em um Estado Democrático de Direito é natural a existência de uma tensão entre o espaço de livre deliberação democrática (normalmente exercida através da aprovação de leis por um órgão Parlamentar composto por representantes eleitos pelo povo) e os limites a essa atuação impostas por uma lei maior – a Constituição -, cuja guarda compete geralmente a instituições sem representatividade popular. Dentre outros pontos, a Constituição estabelece núcleos mínimos de estabilidade intangíveis ao legislador, retirando-lhe a possibilidade de interferência.

É o que ocorre, por exemplo, com os direitos fundamentais,

⁷ É importante ressaltar que as decisões judiciais em matéria de controle de políticas públicas não necessariamente possuem um teor tão invasivo. É possível que haja decisões, por exemplo, concessivas tão-somente do direito à informação acerca da execução das políticas públicas, ou determinando ao gestor a apresentação de um plano para o atendimento da necessidade social em foco. Outrossim, não se está aqui defendendo a total impossibilidade de concessão, pelos órgãos jurisdicionais, do próprio direito social pleiteado.

aos quais se reconheceu um grau de essencialidade tal que se houve por bem imunizá-los contra qualquer investida de maiorias eventuais (art. 60, §4º, IV, da CF/88). Sim, porque a vontade da maioria também pode adquirir um viés opressor, impondo sua força.⁸

E não é só isso. A Constituição Federal de 1988 reforçou a proteção aos direitos fundamentais ao dispor, no §1º do art. 5º, que as normas que lhes definem têm aplicação imediata. Mas aqui surge um problema: como conciliar a exigência de aplicação imediata com o caráter prestacional⁹ dos direitos fundamentais sociais? Sobre o tema, Ingo Wolfgang Sarlet, afastando-se de posicionamentos extremados – de um lado, os que defendem que, em razão da imediata aplicabilidade, até mesmo as normas programáticas conferem direitos subjetivos individuais plenamente fruíveis, independentemente da concretização legislativa; de outro, os que advogam a tese de que o disposto no §1º do art. 5º da CF/88 não tem o condão de mudar a natureza das coisas, de modo que boa parte dos direitos fundamentais só adquirem plena aplicabilidade após a concretização do legislador –, adota posição intermediária, entendendo que a norma do §1º do art. 5º da CF/88 tem caráter principiológico e, como tal, funciona como mandato de otimização, determinando que os órgãos estatais atribuam ao direito fundamental a maior eficácia possível que permite o seu grau de

⁸ Há um interessante diálogo entre o sofista Cálicles e Sócrates, em que o primeiro, elitista, acusa a democracia e as leis atenienses de tolher a atuação dos homens melhores, mais fortes. Tentando defender a democracia utilizando os próprios argumentos de Cálicles, Sócrates acaba por apontar a maioria de votos como o mais forte. Vejamos: “¿Sería el más fuerte mejor que el débil? A lo que Cálicles contesta: Sí. ¿Pero no sería la mayoría de votos la que, según la constitución de Atenas, decidiría? A lo que Cálicles responde nuevamente: Sí. Entonces sería, pues, la mayoría el más fuerte? Sí. Por tanto, también el mejor...?” (Klaus Adomeit e Cristina Hermida Del Llano apud SOUZA FILHO, Oscar d’Alva e. Tetralogia do direito natural: ensaios do direito acerca das principais justificações ideológicas do direito positivo ocidental. Fortaleza: ABC Editora, 2008, p. 83). Ora, como é sabido, a tendência do mais forte é abusar de sua posição...

⁹ Enquanto os direitos fundamentais individuais (primeira dimensão) reclamam, via de regra, apenas uma abstenção estatal para o seu atendimento, os direitos sociais exigem uma atuação estatal positiva para serem concretizados, como, p. ex., construção de escolas, hospitais, contratação de professores, médicos etc.

densidade normativa.¹⁰ Prossegue o autor explicitando que a diferença, no que toca à eficácia entre os direitos fundamentais e as demais normas constitucionais reside no fato de o §1º do art. 5º criar um *status* diferenciado para as primeiras, gerando “uma presunção em favor da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, de tal sorte que a eventual recusa de sua aplicação, em virtude de ausência de ato concretizador, deverá (por ser excepcional) ser necessariamente fundamentada e justificada”.¹¹

De outra parte, é necessário reconhecer que os direitos fundamentais, além de se constituírem em direitos subjetivos do indivíduo em face do Estado (dimensão subjetiva), manifestam, também, uma dimensão objetiva, a qual consiste no fato de eles consagrarem uma ordem de valores, centrada na dignidade da pessoa humana, que influencia todo o ordenamento jurídico, servindo, ademais, como diretriz e impulso para as atividades legislativa, administrativa e jurisdicional. A formulação explícita dessa tese se deu pela primeira vez com a decisão da Corte Constitucional alemã no clássico caso *Lüth*.¹² Assim dispôs o Tribunal Constitucional Federal:

... a Lei Fundamental não é um documento axiologicamente neutro. Sua seção de direitos fundamentais estabelece uma ordem de valores, e esta ordem reforça o poder efetivo destes direitos fundamentais. Este sistema de valores, que se centra na dignidade da pessoa humana, em livre desenvolvimento dentro da comunidade social, deve ser considerado como uma decisão constitucional fundamental, que afeta a todas as esferas do direito público ou privado. **Ele serve de metro para aferição e controle de todas as ações estatais nas áreas da**

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 273 et seq.

¹¹ *Ibidem*, p. 285.

¹² Cf. STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 111; SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro Lúmen Júris, 2004, p. 141.

Legislação, Administração e Jurisdição¹³ *negrito nosso*

Do reconhecimento de uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais extraem-se alguns importantes efeitos: o efeito de irradiação, os deveres de proteção do Estado, e a eficácia privada.¹⁴ Interessa ao presente trabalho especificamente o primeiro deles. O efeito de irradiação significa que os valores (princípios objetivos) consagrados no elenco dos direitos fundamentais influenciam todos os ramos do Direito, além de vincularem as funções estatais – administrativa, legislativa e judiciária – impulsionando-as e dirigindo-as.

Assim, se os direitos sociais previstos no *caput* do art. 6º da Constituição Federal de 1988 são direitos fundamentais, e, nessa condição, gozam de especial proteção constitucional, não se pode compreender o seu enunciado como meras promessas, mas como verdadeiras normas que vinculam os agentes públicos, atribuindo-lhes o dever jurídico de implementá-los. E se há o dever jurídico, deve haver mecanismos de controle de seu cumprimento. Ademais, também os órgãos de controle têm a sua atividade guiada pela pauta de princípios consagrados nos direitos fundamentais. Destarte, o exercício do controle tem obrigatoriamente que levá-los em consideração, ou melhor, pautar-se segundo o atendimento deles.

Com efeito, o reconhecimento do caráter normativo dos ditames constitucionais e da especial posição ocupada pelos direitos fundamentais no ordenamento jurídico justifica a possibilidade de existência de um controle externo sobre as políticas públicas (ou ausência delas) de concretização dos direitos sociais. É de se

¹³ KOMMERS, Donald P. *The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. Dunham and London: Duke University, 1997, p. 363 (tradução livre do autor).

¹⁴ Cf. STEINMETZ, W. Op. Cit., p. 112; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 154-155.

reconhecer, entretanto, em decorrência do princípio democrático, que, na disputa entre o atendimento das necessidades sociais e a escassez dos recursos, a primazia das escolhas de prioridades a tratar deve ser do Legislativo e do Executivo.

Portanto, devem ser rechaçadas teses radicais que propugnam a total falta de controle na atividade de (não) implementação de direitos sociais. Outrossim, deve-se zelar para que os órgãos de controle exerçam com parcimônia suas funções, sem usurpar as dos legitimados preferentes, agindo em casos mais claros de desrespeito aos direitos fundamentais.¹⁵ Um exemplo pode ajudar a esclarecer nossa proposição. Digamos que o chefe do Executivo tenha apresentado, em seu plano de governo, uma determinada política pública de atendimento a um direito fundamental social e que ela tenha sido contemplada na lei orçamentária anual. Se, no decorrer do exercício financeiro, não for implementado o programa, permanecendo a verba orçamentária sem movimentação, entendemos perfeitamente sindicável a omissão do Poder Público, uma vez que menoscabou a concretização de um direito fundamental social. Nesse caso, é perfeitamente defensável uma ordem judicial determinando a utilização dos recursos na implantação da política pública em tela, cabendo ao gestor o ônus de provar que a não utilização da verba se deu por motivo plenamente justificável.

Até aqui se defendeu a possibilidade do exercício do controle externo sobre as políticas públicas de implementação de direitos sociais, mesmo reconhecendo a primazia dos órgãos com representatividade popular, tendo por base a força normativa da Constituição e a posição privilegiada que ocupam os direitos fundamentais em nosso ordenamento. Cabe agora enfrentar uma outra crítica, já ventilada em nossa exposição, e que freqüentemente é colocada como obstáculo à plena sindicabilidade dos direitos sociais.

¹⁵ Sobre a elaboração de pautas objetivas para guiar a atuação do judiciário no controle de políticas públicas, ver SARMENTO, D. Op. cit. (2008) e BARCELLOS, A. Op. cit.

Trata-se do que se convencionou chamar de reserva do possível. Significa, em apertada síntese, que, tendo em vista o seu caráter prestacional, a concretização de um direito social pode restar inviabilizada pela ausência de recursos. Assim, por exemplo, pode simplesmente não haver verbas para a concessão gratuita de determinado medicamento. Ou, dito de outro modo, a concessão gratuita de um determinado medicamento implicará o desatendimento de outra ação social na área da saúde.

Mais uma vez, para a superação do problema, há de se recorrer às modernas, ou melhor, pós-modernas teorias constitucionais. A solução, então, passa pelo reconhecimento do caráter principiológico das normas que veiculam direitos sociais. Segundo Robert Alexy, “*principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes*”.¹⁶ Princípios seriam, portanto, mandados de otimização, cujo cumprimento pode se dar em diferentes graus, a depender das possibilidades fáticas e jurídicas.¹⁷ Portanto, é da própria natureza dos princípios ter a sua concretização limitada pelas condições materiais – volume existente de recursos, por exemplo – e jurídicas – conflito com outros princípios – presentes. E para resolver problemas que envolvem aplicação de princípios, conflituosos entre si por natureza, deve-se recorrer ao princípio da proporcionalidade. Assim, no caso de controle de políticas públicas, deve o magistrado, utilizando o referido princípio, levar em consideração as dificuldades fáticas existentes, bem como os princípios jurídicos envolvidos¹⁸: de um lado o direito social pleiteado; de outro, o princípio democrático e o da separação de poderes.¹⁹

¹⁶ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002 p. 86.

¹⁷ Idem.

¹⁸ Neste sentido, SANTOS, Fernando. A efetividade dos direitos fundamentais sociais e o controle das políticas públicas à luz da teoria dos princípios. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, ano 44, n. 175, p. 228 et seq., jul-set-2007.

¹⁹ Neste sentido, Daniel Sarmiento. Op. cit. (2008), p. 567. Convém observar que Sarmiento vai além, argumentando que só a utilização do princípio da

Convém salientar que, no que concerne à atuação específica dos Tribunais de Contas, a objeção da reserva do possível tem pouca repercussão. É que, como já foi dito anteriormente, não é da competência das Cortes de Contas conferir o bem da vida pleiteado, determinando a imediata fruição de um determinado direito social (ao que se poderia contrapor a impossibilidade material de cumprimento da decisão). Destarte, se os limites competenciais dos Tribunais de Contas justificam, em relação à primeira crítica (natureza antidemocrática do controle externo), um menor interesse na sua atuação do que o dispensado à do Judiciário, tal fato, no que toca à objeção da reserva do possível, praticamente a esvazia enquanto crítica ao exercício do controle externo de políticas públicas por essas Cortes.

Finalizando a abordagem acerca da viabilidade do controle externo de políticas públicas, cumpre destacar uma objeção de ordem operacional²⁰ ao seu exercício. Baseia-se tal crítica na falta de aparato técnico do órgão controlador para avaliar as políticas públicas, que demandam conhecimentos específicos para a sua concepção e implemento. De fato, a crítica faz sentido (mas não é uma dificuldade incontornável) no que toca ao Judiciário, que não conta em seus quadros com membros ou funcionários de apoio com a formação técnica necessária para esse mister. Entretanto, para contornar o problema, podem os juízes, por exemplo, determinar perícias para esclarecer questões dessa natureza.

Já em relação aos Tribunais de Contas, parece-nos que a referida objeção tem pouco peso. É que, nesses órgãos, devido à

proporcionalidade não é suficiente para o enfrentamento adequado desses tipos de questão: “Mas falar em ponderação é pouco. A ponderação desacompanhada de *standards* que a estruturam e limitem, pode transformar-se numa ‘caixa preta’, de onde o intérprete consegue sacar quase qualquer solução, convertendo-se num rótulo pomposo para o mais deslavado decisionismo” (Ibidem, p. 568). E dedica o autor o restante do seu trabalho à elaboração de alguns *standards* destinados a balizar a ponderação nos casos de concretização de direitos sociais.

²⁰ A expressão “crítica operacional” é utilizada por BARCELLOS, A. Op. cit., p. 34.

própria natureza de suas atribuições (fiscalização contábil, orçamentária, patrimonial, operacional), o seu corpo de funcionários deve contar com servidores de formação técnica eclética. Evidentemente, essa simples constatação não é suficiente para que se atinja o objetivo desejado, qual seja, o controle eficaz das políticas públicas. É preciso que, de fato, os Tribunais realizem processos seletivos (concursos públicos) buscando essa diversidade técnica e invistam maciçamente na capacitação dos funcionários, se quiserem ocupar esse relevante espaço que a Constituição lhes reserva.

3. O controle das políticas públicas pelos Tribunais de Contas

No tópico anterior, buscamos demonstrar a viabilidade jurídica do exercício do controle externo das políticas públicas. Procuraremos, agora, abordar especificamente a atuação dos Tribunais de Contas nessa seara, expondo os seus fundamentos e contornos gerais, sem pretensão de exaurir o tema.

Primeiramente, há que se desfazer um possível (bastante comum, na verdade) mal-entendido no que toca à posição institucional ocupada pelos Tribunais de Contas, causado por uma certa ambigüidade do texto constitucional. Com efeito, o *caput* do art. 71 da CF/88 estabelece que “o controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União” (*sublinhamos*). Entretanto, nos incisos do referido artigo, observa-se uma série de competências do Tribunal de Contas incompatíveis com a natureza de um órgão meramente auxiliar. Assim, por exemplo, tirando as contas anuais do chefe do Poder Executivo, nas quais o Tribunal de Contas emite apenas um parecer prévio, todas as demais contas dos gestores públicos são por ele julgadas, inclusive as do próprio Legislativo, de quem seria supostamente auxiliar.

Portanto, apenas nas competências previstas nos incisos I, IV e VII do mencionado art. 71 é que se pode vislumbrar um caráter auxiliar do controle externo exercido pelos Tribunais de Contas.

Destarte, concluímos que o controle externo a que faz referência a seção IX da CF/88 (da fiscalização contábil, financeira e orçamentária) é compartilhado entre o Legislativo e o Tribunal de Contas, cujas atribuições extrapolam e muito a de um órgão meramente auxiliar. Dito isso, é no enunciado do art. 70 que encontramos as bases para o controle externo de políticas públicas pelo Tribunal de Contas. Reza o mencionado dispositivo que a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da Administração Pública será exercida levando em conta a legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas. Do mencionado dispositivo cunha-se os três pilares do controle das políticas públicas: **fiscalização operacional, legitimidade e economicidade**. Abordemos cada um.

AUDITORIA OPERACIONAL: este talvez seja o principal veículo à disposição dos Tribunais de Contas para o exercício do controle sobre políticas públicas. Além de sua previsão no elenco dos tipos de fiscalização levado a cabo pelo controle externo compartilhado entre o Legislativo e as Cortes de Contas (art. 70, *caput*, da CF/88), a auditoria operacional também está prevista constitucionalmente como uma das atribuições específicas destas, sendo realizada por iniciativa do próprio Tribunal de Contas ou mediante solicitação do Legislativo (no âmbito federal, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão Técnica ou de inquérito), podendo incidir sobre as unidades administrativas dos três poderes, seja da administração direta ou indireta, e de todos aqueles que derem causa a perda, extravio ou qualquer irregularidade de que resulte dano ao erário (art. 71, IV, da CF/88).

Mas o que se entende por auditoria operacional? Talvez a melhor resposta seja dada pelo próprio Tribunal de Contas da União, o qual, em seu sítio na rede mundial de computadores, assim a define:

Auditoria de natureza operacional (ANOp) é o processo de coleta e de análise sistemáticas de informações sobre características, processos e resultados de um programa,

atividade ou organização, com base em critérios fundamentados, com o objetivo de subsidiar os mecanismos de responsabilização por desempenho e contribuir para aperfeiçoar a gestão pública.²¹

Servindo-se desse mecanismo, o Tribunal de Contas pode ultrapassar os limites da análise meramente contábil, voltando-se para a avaliação da eficácia da política pública auditada. Segundo Jorge Ulisses Jacoby Fernandes:

Ao estabelecer a competência do Tribunal de Contas da União para efetivar o controle mediante auditoria operacional, o constituinte resguardou com esse poderoso instrumento, de forma inédita na vida jurídica nacional, a possibilidade de concretização dos princípios da eficiência e da eficácia. Racionalização e qualidade devem ser, pois, palavras de ordem contra o controle burocrático e a mera regularidade da escrituração contábil; a essência sobre a forma.²²

A auditoria operacional buscará, fundamentalmente, responder questões do tipo: estará determinada política pública atingindo os objetivos almejados? Estará atingindo os objetivos almejados da forma mais econômica possível?

Note-se que aqui o grau de interferência nas escolhas do Legislativo e Executivo na implementação dos direitos sociais, via de regra, é mínima. Não é imposto pelo Tribunal de Contas aos gestores quais os direitos fundamentais sociais devem ser implementados e em que grau se deve dar a sua concretização. Busca-se, principalmente, averiguar se os meios utilizados estão aptos e adequados à concretização das escolhas feitas. O resultado do trabalho do Tribunal servirá de base para que o próprio gestor corrija os rumos de sua atuação para a efetiva satisfação das necessidades sociais, bem como subsidiará com informações os cidadãos interessados em verificar a qualidade dos gastos públicos,

²¹ Disponível em http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/programas_governo, acessado em 10/10/2008.

²² FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 314.

fomentando, assim, o controle social.

Engana-se, porém, quem enxerga um caráter meramente pedagógico nesse tipo de atividade desenvolvida pelas Cortes de Contas. Com efeito, é possível, diante de ofensas mais relevantes às normas jurídicas em jogo na implementação de uma política pública, que o Tribunal de Contas não apenas exorte a Administração a corrigir o desvio, mas, com base no inciso IX do art. 71 da CF/88, ordene que assim o faça, sob pena de multa em caso de descumprimento da determinação.²³ Assim, para citar um exemplo, o TCU, em auditoria operacional realizada sobre o Programa Educação Jovens e Adultos - Alfabetização Solidária, ao lado de várias recomendações aos responsáveis, determinou ao FNDE e à SEF/MEC que remetessem, em 90 dias, plano de ação formulado em conjunto com a AAPAS para a implementação das recomendações prolatadas pelo Tribunal.²⁴

Ademais, entendemos que as falhas apontadas na auditoria operacional, dependendo de sua natureza e do prejuízo dela decorrente à implementação do direito social envolvido, podem repercutir no julgamento das contas do responsável. Afinal, esse julgamento também é pautado pela análise da legalidade, legitimidade e economicidade, bem como pelos demais princípios constitucionais atinentes à Administração Pública, aqui se destacando o da eficiência (a ser abordado adiante, em conjunto com a economicidade). Não se pode, ainda, perder de vista que, como já mencionado linhas atrás, os princípios consagrados nos direitos fundamentais, inclusive sociais, impulsionam e direcionam toda a atividade estatal, vinculando também os Tribunais de Contas. Assim, a inaptidão do gestor para se desincumbir da tarefa de

²³ Reza o art. 58, VII, da lei 8443/92 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União): “Art. 58. O Tribunal poderá aplicar multa de Cr\$ 42.000.000,00 (quarenta e dois milhões de cruzeiros), ou valor equivalente em outra moeda que venha a ser adotada como moeda nacional, aos responsáveis por: (...) VII - reincidência no descumprimento de determinação do Tribunal.”

²⁴ Processo nº 015.602/2002-0, Acórdão nº 93/2003, Plenário, Rel. Min. Guilherme Palmeira, DOU 16/08/2004.

implementar adequadamente as políticas públicas a que se propôs, em alguns casos, pode comprometer a regularidade de suas contas.²⁵

LEGITIMIDADE: estabelece o art. 70 que um dos aspectos considerados na fiscalização levada a cabo pelo Tribunal de Contas é a legitimidade. É sintomático o fato de o elenco dos aspectos verificados pela Corte de Contas consignar a legitimidade logo após a legalidade. Isso quer dizer que o controle exercido por esse órgão vai além da verificação da mera compatibilidade formal entre o evento fiscalizado e a previsão legal. Valdecir Pascoal compreende a análise da legitimidade como a verificação quanto ao atendimento do interesse público e da moralidade administrativa.²⁶ Jorge Ulisses Jacoby pontua que “Sobre o aspecto do controle, a apreciação deontológica da legitimidade encontra-se em íntima afinção com os princípios da razoabilidade – para alguns autores -, da proporcionalidade, da supremacia do interesse público sobre o privado”.²⁷

Em nossa visão, parafraseando o entendimento esposado pela Corte Constitucional alemã acerca das cláusulas gerais e conceitos indeterminados da lei civil,²⁸ a legitimidade seria o ponto por onde os direitos fundamentais, inclusive os sociais, penetrariam na atividade do órgão controlador. Ou seja, a análise desse aspecto permitiria ao Tribunal de Contas verificar se a omissão, concepção ou execução de uma determinada política pública se *legítima* à luz dos direitos fundamentais sociais envolvidos. Não custa lembrar que

²⁵ O art. 16, III, b, da já referida LOTCU dispõe que as contas de gestão também podem ser julgadas irregulares em razão da prática de ato de gestão ilegítimo e antieconômico, bem como por infração à norma legal ou regulamentar de natureza operacional.

²⁶ PASCOAL, Valdecir Fernandes. *Direito financeiro e controle externo: teoria, jurisprudência e 370 questões*. 4. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 146.

²⁷ FERNANDES, J. Op. cit., p. 749.

²⁸ Trata-se da decisão proclamada no já citado caso Lüth, da qual se extrai o seguinte trecho: “Este é o motivo pelo qual as cláusulas gerais têm sido corretamente chamadas de pontos onde os direitos fundamentais penetram no domínio do Direito Civil” (KOMMERS, D.op. cit., p. 362-364 (tradução livre do autor)).

se deve, para tanto, lançar mão do princípio da proporcionalidade, sopesando as condições fáticas e jurídicas existentes, reconhecendo um peso inicial elevado à opção do gestor público.

ECONOMICIDADE: a noção de economicidade guarda íntima relação com o princípio da eficiência. Em verdade, a economicidade é uma das suas facetas. Antônio Fonseca apresenta um bom conceito de eficiência administrativa:

Um conceito (de eficiência) final útil para a administração pode ser assim expresso: dever imposto ao administrador de acomodar a gestão pública a um aproveitamento racional dos meios humanos e materiais de que o Estado dispõe, buscando a maneira mais efetiva de utilizar recursos escassos e minimizando os gastos públicos, de modo a se poder responder na maior escala possível às demandas sociais que o Estado propõe satisfazer.²⁹

Quando se analisa a eficiência de uma determinada atividade estatal, avalia-se se ela atingiu satisfatoriamente os objetivos a que se propôs e se o resultado foi obtido com o mínimo de dispêndio de recursos. Este segundo aspecto da eficiência é precisamente o que se entende por economicidade. Francisco Eduardo Carrilho Chaves ensina que: “Controlar a economicidade é verificar a relação custo-benefício dos atos dos administradores e responsáveis. O ato econômico é aquele que obtém o resultado desejado pelo menor custo possível”.³⁰ Embora não previsto expressamente no art. 70 da CF/88 como matriz do controle exercido pelo Tribunal de Contas, obviamente o princípio da eficiência baliza o seu exercício. Assim, a fiscalização das Cortes de Contas envolve ambos os aspectos: atingimento de resultados e custo-benefício da atividade estatal.

Arrematando o presente tópico, podemos dizer que,

²⁹ FONSECA, Antônio. O princípio da eficiência: impacto no direito público e improbidade. *Notícia do Direito Brasileiro*. Brasília: Universidade de Brasília, nova série, n. 10, p. 94.

³⁰ CHAVES, Francisco Eduardo Carrilho. *Controle externo da gestão pública: a fiscalização pelo Legislativo e pelos tribunais de contas*. Niterói: Impetus, 2007, p. 61.

ultrapassando a mera análise formal da compatibilidade entre a atividade estatal e a lei (legalidade), os aspectos da legitimidade e da economicidade (conjugada com a eficiência) são os fundamentos básicos que permitem um exercício mais efetivo do controle das políticas públicas pelos Tribunais de Contas. A auditoria operacional é o principal veículo por meio do qual se desenvolve esse controle.

4. Conclusão

Ao longo do presente trabalho, vimos que a conformação do Estado como “de Direito”, a força normativa da Constituição e a especial proteção destinada aos direitos sociais não deixam dúvidas acerca da possibilidade de existência de um controle externo sobre as políticas públicas (veículos de implementação dos direitos sociais). A questão mais importante, então, passa a ser o modo como o controle é exercido. Nesse ponto, tendo em vista o princípio democrático, os órgãos controladores devem partir da premissa da primazia do Legislativo e do Executivo na escolha de prioridades de implementação dos direitos sociais num ambiente de recursos escassos.

A Constituição Federal, ao prever como ferramenta do controle externo exercido pelos Tribunais de Contas a auditoria operacional, bem como que a fiscalização, envolvera, entre outros, os aspectos da legitimidade e da economicidade, inegavelmente aparelhou juridicamente as Cortes de Contas para o exercício do controle das políticas públicas.

A atuação dos Tribunais de Contas nessa área tem, em linhas gerais, um potencial invasivo (em relação à discricionariedade do gestor) de menor alcance do que a do Judiciário, pois aos Colegiados de Contas, via de regra, não compete conferir ao interessado o direito subjetivo lesado pela ação ou omissão estatal. Sua atividade controladora é particularmente focada no desenvolver da gestão, apontando falhas, corrigindo rumos (via emissão de recomendações, determinações, aplicação de multas, etc.).

Isso, porém, não torna tal atuação menos importante. Em verdade, os Tribunais de Contas ocupam uma posição privilegiada no processo de implementação dos direitos sociais, em razão mesmo do desenho constitucional que lhes conforma. Com efeito, os Tribunais de Contas, devido à gama de atribuições que lhes foram constitucionalmente atribuídas (fiscalização orçamentária, contábil, financeira da administração, emissão de parecer prévio sobre as contas do chefe do Poder Executivo, julgamento das contas dos demais responsáveis por recursos públicos, etc.) possuem uma visão geral do desenrolar da Administração Pública, estando aptos a contextualizar as carências sociais detectadas com o volume de recursos gerais disponíveis. De outra parte, também em razão de suas atribuições constitucionais, o seu corpo de funcionários é dotado de formação técnica eclética, o que lhes confere (desde que aliado a investimentos em treinamento) a expertise necessária para a tarefa. Por fim, sendo a atividade dos Tribunais de Contas voltada para o aprimoramento da gestão como um todo, suas ações, no que toca ao controle das políticas públicas, tendem a promover a implementação gradual dos direitos sociais, trazendo benefícios à coletividade de forma indistinta, sem os riscos que corre o Judiciário de atender a pretensões individuais que, em face da limitação dos recursos, não poderiam ser universalizadas.

Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. *Revista de Direito do Estado – RDE*. Rio de Janeiro: Renovar, Ano 1, n. 3, p. 17-54, julho a setembro de 2006.

CHAVES, Francisco Eduardo Carrilho. *Controle externo da gestão pública: a fiscalização pelo Legislativo e pelos tribunais de contas*. Niterói: Impetus, 2007.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 314.

FONSECA, Antônio. O princípio da eficiência: impacto no direito público e improbidade. *Notícia do Direito Brasileiro*. Brasília: Universidade de Brasília Nova série, n. 10, p. 89-113.

KOMMERS, Donald P. *The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. Dunham and London: Duke University, 1997.

PASCOAL, Valdecir Fernandes. *Direito financeiro e controle externo: teoria, jurisprudência e 370 questões*. 4. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 119-192.

SANTOS, Fernando. A efetividade dos direitos fundamentais sociais e o controle das políticas públicas à luz da teoria dos princípios. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, ano 44, n. 175, p. 219-232, jul-set-2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. rev., atual. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coords.) *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: *Lúmen Júris*, 2008, p. 553-586.

_____. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro *Lúmen Júris*, 2004.

SOUZA FILHO, Oscar d'Alva e. *Tetralogia do direito natural: ensaios do direito acerca das principais justificações ideológicas do direito positivo ocidental*. Fortaleza: ABC, 2008.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

Tribunais de Contas e proteção ambiental: evolução do controle externo nos vinte anos da Constituição Federal

Fernando do Rego Barros Filho

Especialista em Direito Ambiental e Desenvolvimento pela Universidade Estadual do Amazonas (UEA).
Assessor Jurídico junto ao TCE/PR.

Resumo: A ordem constitucional estabelecida em 1988 determinou o meio ambiente como integrante do conceito de patrimônio público, o que demanda uma nova forma de agir dos Tribunais de Contas. A partir da avaliação da ordem constitucional e decisória dos Tribunais de Contas, foi percebido que a atual evolução do fator ambiental no exercício do controle externo não se dá de maneira uniforme em todos os Tribunais.

Palavras-chave: Meio ambiente; Legislativo; Preservação.

1. Introdução

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado revela um novo desafio ao exercício do controle externo dos atos da Administração Pública. A ordem constitucional estabelecida em 1988 determinou o meio ambiente como integrante do conceito de patrimônio público, o que demanda uma nova forma de agir dos Tribunais de Contas existentes no país.

A partir da avaliação da ordem constitucional e decisória dos Tribunais de Contas, será traçada uma linha de evolução na execução do controle externo sob a perspectiva ambiental, apresentada sob duas perspectivas. A primeira se refere à racionalidade normativa que determinou essa nova forma de exercício do controle externo. Serão discutidos a ordem constitucional atual e os dispositivos legais e normativos que proporcionaram esse novo regime jurídico do

patrimônio público. A partir disso, haverá a determinação de um padrão nessas normas, para que seja possível determinar um rol de diretrizes básicas no trabalho diário desses órgãos.

Já a segunda é vinculada ao esforço técnico e teórico verificado nos Tribunais de Contas em aprimorar o controle externo exercido e incluir a perspectiva ambiental no controle dos atos dos entes fiscalizados. Serão verificados todos os procedimentos existentes em todos os Tribunais de Contas voltados à questão ambiental. Por meio da comparação entre essas, será mensurado o grau de evolução no conteúdo da proteção ambiental após vinte anos de vigência da atual Constituição Federal.

Somente a partir das análises acima expostas, é possível a determinação de um quadro do papel dos Tribunais de Contas na proteção do meio ambiente, assim como os desafios para uma efetiva realização do controle externo na atual ordem constitucional.

2. Direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (Art. 225 da Constituição Federal) revela não só uma inovação na proteção ao meio ambiente, mas um direcionamento estrutural do Estado brasileiro. Revela toda uma construção jurídica e social dos direitos da racionalidade normativa presente no ordenamento brasileiro. Logo, localizar a estrutura jurídica adotada na Constituição Federal de 1988 é fundamental para termos as reais dimensões do direito ao meio ambiente e sua correlação com o exercício do controle externo.

Esse direito representa uma proposta de um Estado pós-social¹, em que há uma extensão da proteção aos indivíduos por meio de ações estatais que garantam a proteção aos indivíduos em novas perspectivas e contingências da sociedade, como o direito do consumidor, meio ambiente, qualidade de vida, etc. Seria o Estado como garantidor das necessidades difusas da sociedade, ou seja, aquelas que são pertinentes a todos e que podem ser usufruídas individualmente, como os exemplos acima citados.

Somente a partir dessa construção é que podemos compreender o conteúdo do direito ao meio ambiente ecológica-mente equilibrado, contido no Art. 225, *caput*, da Constituição Federal. A doutrina costuma observar que este direito *é de cada pessoa, mas não só dela, sendo ao mesmo tempo `transindividual`*. Por isso, o direito ao meio ambiente entra na categoria de direito difuso, não se esgotando em uma só pessoa, mas se espraiando para uma coletividade indeterminada.²

Nesse contexto, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado representa uma nova perspectiva adotada pelo texto constitucional, em que o Estado responde aos novos desafios transindividuais da sociedade. Não representa um direito fundamental nos moldes originais (primeira geração), ou seja, uma negativa de ação do Estado na esfera subjetiva dos particulares, tampouco um direito fundamental de segunda dimensão, voltado à correção do Estado liberal e a equiparar materialmente os cidadãos. Representa um direito fundamental de terceira dimensão, voltado a direitos de titularidade

¹ A doutrina, geralmente, estabelece o surgimento do Estado pós-social como um desdobramento da incapacidade do Estado do Bem-Estar social em promover uma proteção efetiva do corpo social. DA SILVA estabelece essa nova perspectiva de estrutura filosófica do Estado como *associado a uma terceira geração de direitos humanos em novos domínios da vida em sociedade, como é o caso do ambiente e da qualidade de vida (...)*. Por fim, adiciona que *Em causa está, uma vez mais, o retorno à idéia de proteção do indivíduo contra o poder; acentuando a idéia de defesa das pessoas contra novas ameaças provenientes tanto de entidades públicas como privadas, sem que isso signifique pôr em causa a necessidade de garantia dos direitos através da acção estadual.* (DA SILVA, Vasco Pereira. *Verde Cor de Direito. Lições de Direito do Ambiente*. Coimbra: Editora Almedina, 2002. Pág. 23)

² MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros editores, 2006. Pág. 116.

difusa e importância capital ao bom funcionamento da sociedade *com caráter mandamental ao legislador e ao executivo, a quem estão abertos caminhos para a realização dos pressupostos que assegurem a efetividade dos objetivos inscritos nos direitos fundamentais.*³

O Supremo Tribunal Federal adota essa construção científica dos direitos e garantias fundamentais. Em várias decisões há referência expressa do direito ao meio ambiente equilibrado como direito de terceira geração, o que é visto no acórdão abaixo, proferido na década de noventa⁴:

(...) O direito a integridade do meio ambiente - típico direito de terceira geração - constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, a própria coletividade social. Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) - que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais - realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) - que se identifica com as liberdades positivas, reais ou concretas - acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e

constituem um momento importante no processo de desenvolvimento (...) (STF, MS 22164/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso Mello, v.u, julgamento em 30/10/95, pub no DOU em 17/11/95)

³ DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*. 2 edição rev. São Paulo: Max Limonad, 2001, pág. 226.

⁴ Essa concepção científica não foi modificada até hoje, o que pode ser visto pelo seguinte julgado do STF, realizado em 2005: (...) *Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se de um típico direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que assiste a todo o gênero humano (RTJ 158/205-206). Incumbe, ao Estado e à própria coletividade, a especial obrigação de defender e preservar, em benefício das presentes e futuras gerações, esse direito de titularidade coletiva e de caráter transindividual (RTJ 164/158-161).* (...) (STF, ADI-MC 3045-DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso Mello, v.m, julgamento em 01/09/05, pub. DOU em 03/02/06)

Por fim, devemos levar em conta que o direito ao meio ambiente representa um *direito público subjetivo*, exercitável judicialmente até mesmo contra o próprio Estado, que possui a competência constitucional de garanti-lo aos cidadãos (Art. 225, *caput*)⁵. Nesse caso, a estrutura do direito ao meio ambiente como direito fundamental difuso demonstra não somente a obrigação estatal de promoção do ambiente ecologicamente equilibrado, mas também permite aos particulares exigi-lo contra entidades públicas e privadas, uma vez que as normas ambientais dizem respeito, também, aos interesses dos particulares⁶.

Assim, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado representa um direito público subjetivo, resultado de uma concepção Pós-social de Estado e enquadrado com um direito fundamental de terceira geração. Quanto ao conteúdo, é um direito difuso, ou seja, de titularidade coletiva e fruição individual que não pode ser disponibilizado ou renunciado pelos cidadãos. Somente a partir da real dimensão do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, é possível determinar a importância deste para a sociedade e o regime jurídico destinado pela Constituição Federal às ações estatais.

3. Meio ambiente como integrante do patrimônio público

O meio ambiente ecologicamente equilibrado é denominado pela Constituição Federal como bem de uso comum do povo⁷. Além disso, o texto constitucional é expresso ao determinar que os principais biomas brasileiros são considerados patrimônio nacional⁸. Por fim, como já visto acima, o Estado possui a obrigação de prover o meio ambiente

⁵ MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente: A gestão ambiental em foco*. 5ª Ed. Reformulada, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Pág. 142.

⁶ DA SILVA explicita as vantagens de forma normativa de proteção do meio ambiente: (...) *é a subjectivização da defesa do ambiente, criando aquela <<espécie de egoísmo>> que faz com que cada um se interesse <<pelos assuntos do Estado>> como se fossem os seus (TOCQUEVILLE), que possibilita a associação dos distintos sujeitos privados e públicos na realização do Estado de Direito do Ambiente.*

⁷ Art. 225, *caput*, da Constituição Federal.

⁸ Art. 225, § 4º, da Constituição Federal.

ecologicamente equilibrado aos cidadãos, tal qual delimitado no ordenamento jurídico brasileiro.

Esse contexto normativo demanda uma nova observação do que é considerado *patrimônio público*. Não é mais possível a concepção meramente atuarial e/ou civilista de um conjunto de bens e direitos sob o regime de direito público. O meio ambiente e o patrimônio histórico-cultural, elevados ao regime jurídico de bens públicos pela Constituição Federal, tornam essa visão do patrimônio público insuficiente para explicá-los ou determinar-lhes um regime jurídico apropriado. O conceito de *patrimônio público*, dessa forma, passa a conter o conteúdo do art. 225 da Constituição Federal, visto que existe previsão constitucional expressa neste sentido e a obrigação estatal em promover um ambiente ecologicamente equilibrado aos cidadãos.

A partir disso, é possível afirmar que o meio ambiente representa uma perspectiva do patrimônio público, o que reflete diretamente na atividade de controle e fiscalização dos atos estatais. Se observarmos as atividades de controle externo exercidas pelo Poder Legislativo, por exemplo, veremos que são baseadas na fiscalização contábil, operacional e patrimonial da União, Estados e Municípios. Visto que a efetividade do controle externo está baseada na avaliação e controle do patrimônio público, é crucial a análise do componente ambiental nas atividades dos entes fiscalizados. Assim, os Tribunais de Contas da União, dos Estados e dos Municípios⁹, como auxiliares do Poder Legislativo na execução do controle externo, também devem estar adaptados à realidade constitucional.

Vários exemplos legislativos afirmam a necessidade de aparelhamento desses órgãos para uma análise eficaz dos atos da Administração Pública. Na legislação federal, por exemplo, podemos citar o art. 12, VII da Lei n.º 8.666/93, que determina à Administração o dever de ponderar o impacto ambiental do projeto básico e executivo apresentado pelos licitantes. Outro exemplo pode ser observado na

⁹ Deve ser feita a ressalva que existem Tribunais de Contas Municipais, ou seja, cujo jurisdicionado é o Município no qual estão instalados (ex.: Municípios de São Paulo e Rio de Janeiro) e Tribunais de Contas dos Municípios, cuja competência é limitada a todos os Municípios localizados no Estado (ex.: Bahia, Ceará, etc.).

legislação estadual do Rio Grande do Sul, em que a liberação de recursos do Estado ou empréstimo das instituições financeiras públicas locais é condicionada ao respeito à legislação ambiental pelos Municípios¹⁰.

Esse é o ponto chave deste trabalho, que é analisar como esses órgãos compuseram o fator ambiental na execução do controle externo nos vinte anos da Constituição Federal. Dessa forma, será traçado um cenário nacional da evolução técnica, científica e decisória praticada no controle dos atos da Administração Pública.

4. Evolução no controle externo efetuado

Não é possível atestar a legalidade e legitimidade do uso de recursos e empreendimentos públicos, se a destinação destes resultar em um dano ambiental. Visto que o meio ambiente é considerado como patrimônio público, é obrigatória a análise dos atos trazidos aos Tribunais de Contas sob critérios de direito ambiental. O ponto principal da análise é o

formato em que o controle externo é realizado quanto à proteção ao meio ambiente. É clara a observação de uma evolução na realização do controle dos atos da Administração Pública, a qual será delimitada em dois estágios.

O primeiro estágio é a incorporação da análise legal e documental do cumprimento da legislação ambiental. Trata-se de uma análise primordialmente formal, baseada na documentação trazida pelo jurisdicionado ao órgão fiscalizador. Nesse ponto, o conhecimento necessário para a fiscalização é eminentemente jurídico e depende exclusivamente das informações trazidas aos órgãos fiscalizadores.

¹⁰ Art. 25, Lei 11.520/00 - *A liberação de recursos do Estado ou de entidades financeiras estaduais somente efetivar-se-á àqueles municípios que cumprirem toda a legislação ambiental e executem, na sua localidade, a Política Estadual do Meio Ambiente.*

Quanto à estrutura dos Tribunais, não há qualquer especialização ou treinamento específico do corpo técnico, o que significa a inexistência de apoio técnico especializado interno.

Em um segundo momento, o Tribunal de Contas da União, acompanhado posteriormente por outros Tribunais de Contas¹¹, desenvolveu um formato de controle externo caracterizado pela análise técnica da eficiência das medidas ambientais adotadas pelos jurisdicionados. As equipes técnicas foram especificamente capacitadas para adotar a *auditoria ambiental*¹² como instrumento de auxílio ao controle externo, o que viabiliza uma análise mais acurada dos atos da Administração Pública. É possível, por exemplo, a prescrição de ações à política ambiental dos jurisdicionados¹³, ou, ainda, a análise preventiva de eventual passivo ambiental de uma obra pública¹⁴.

Uma peculiaridade estrutural é verificada no Tribunal de Contas do Estado do Ceará. A terceira inspetoria de controle externo deste tribunal possui funções específicas de instrução processual quanto à gestão ambiental dos jurisdicionados. Nesse caso, não é verificável somente uma alteração no padrão das decisões e do corpo técnico dos Tribunais de Contas, mas, também, da estrutura destes órgãos, para que seja possível uma maior eficiência do exercício do controle externo.

¹¹ Notoriamente, os Tribunais de contas estaduais do Rio Grande do Sul, Mato Grosso do Sul, Pernambuco, Ceará e o Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro apresentaram decisões de acordo com esse novo formato de exercício do controle externo sob a perspectiva ambiental.

¹² O Tribunal de Contas da União denomina auditoria ambiental como *o conjunto de procedimentos aplicados ao exame e avaliação dos aspectos ambientais envolvidos em políticas, programas, projetos e atividades desenvolvidas pelos órgãos e entidades sujeitos ao seu controle*. In: TCU. *Manual de Auditoria Ambiental*. Brasília, TCU: 2001.

¹³ Exemplo disso pode ser visto nas recomendações feitas à PETROBRAS e à Agência Nacional do Petróleo (ANP) acerca da política de segurança e meio ambiente adotadas. TCU. Processo nº TC 001.362/2000-4. Decisão n.º 1052/2001 – Plenário. Rel. Ministro Ubiratan Aguiar. Sessão do dia 11/12/2001. Publicado no DOU em 20/12/2001.

¹⁴ TCU. Processo nº TC 009.647/2002-7. Decisão n.º 1608/2002 – Plenário. Rel. Ministro Marcos Vinícios Vilaça. Sessão do dia 27/11/2002. Publicado no DOU em 04/12/2002.

No entanto, as evoluções técnicas e estruturais estão restritas somente a alguns Tribunais, tendo o Tribunal de Contas da União o maior produção técnica acerca do assunto. Esses problemas devem ser verificados sob duas formas. Primeiramente, há o obstáculo técnico da inexistência de servidores especializados em muitos Tribunais, o que reflete no controle externo exercido. Conforme pesquisa demonstrada abaixo, a maioria dos Tribunais de Contas não avalia tecnicamente a questão ambiental nos atos dos jurisdicionados, nem possui alguma especialização do corpo de funcionários para este fim¹⁵.



Outro fato é a limitada ação dos órgãos especializados em alguns Tribunais. É observado que as competências relativas à avaliação ambiental dos atos dos jurisdicionados são, algumas vezes, restritas aos empreendimentos financiados por organismos internacionais, como o Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID. Esses organismos, muitas vezes, possuem como condicionante do fornecimento de recursos financeiros aos jurisdicionados a efetiva fiscalização do respeito às normas ambientais, o que a existência de equipes técnicas em alguns Tribunais de Contas para estes casos específicos.

Por fim, salvo raros exemplos (ex.: Tribunal de Contas da União), não é verificada a interação entre os Tribunais e os demais órgãos que

¹⁵ Gráfico realizado a partir da análise jurisprudencial e normativa de todos os Tribunais de Contas existentes no país em Set. de 2008.

lidam com os problemas ambientais, tais como o Ministério Público e os órgãos regionais de proteção ao meio ambiente. Como a interação entre estes órgãos é crucial para a troca de informações e melhor exercício do controle dos recursos naturais, essa falha representa uma deficiência no sistema estatal de gestão ambiental.

Esses pontos demandam uma maior discussão e produção de conhecimento na Administração Pública. Devem ser avaliados os fatores que impedem ou dificultam a efetivação da auditoria ambiental em todos os Tribunais de Contas. Além disso, deve ser repensada a interação entre os Tribunais de Contas e demais órgãos fiscalizadores ambientais (ex.: Ministério Público, órgãos ambientais), para que seja possível a construção de um arcabouço técnico que melhore a eficiência do controle externo.

5. Conclusões

As conclusões serão feitas de forma articulada da seguinte forma:

- a) Diante da experiência constitucional dos últimos vinte anos, os Tribunais de Contas possuem capacidade teórica e técnica para efetuar o controle externo dos atos da Administração Pública de acordo com o tratamento constitucional relativo ao meio ambiente;
- b) A atual evolução do fator ambiental no exercício do controle externo não se dá de maneira uniforme em todos os Tribunais de Contas. Existe uma desigualdade teórica que reflete na qualidade do controle executado. Além disso, há pouco diálogo entre os Tribunais de Contas e demais órgãos de controle dos atos da Administração Pública, o que também impede um exercício mais eficiente do controle externo.

Referências

DA SILVA, Vasco Pereira. *Verde Cor de Direito. Lições de Direito do Ambiente*. Coimbra: Editora Almedina, 2002.

DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*. 2 edição rev. São Paulo: Max Limonad, 2001.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros editores, 2006.

MILARÉ, Édis. *Direito do Meio Ambiente – Doutrina – Jurisprudência - Glossário*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

SILVA, Solange Teles. T. *Direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado*. Revista de Direito Ambiental, v. 48 São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2007. Pág. 236.

STF. MS 22164/SP - Tribunal Pleno. Rel. Min. Celso Mello, v.u, julgamento em 30/10/95, publicado no DOU em 17/11/95.

_____. ADI-MC 3045-DF - Tribunal Pleno. Rel. Min. Celso Mello, v.m, julgamento em 01/09/05, publicado no DOU em 03/02/06.

TCU. *Manual de Auditoria Ambiental*. Brasília, TCU: 2001.

_____. Processo nº TC 001.362/2000-4. Decisão n.º 1052/2001 – Plenário. Rel. Ministro Ubiratan Aguiar, sessão do dia 11/12/2001, publicado no DOU em 20/12/2001.

_____. Processo nº TC 009.647/2002-7. Decisão n.º 1608/2002 – Plenário. Rel. Ministro Marcos Vinícios Vilaça, sessão do dia 27/11/2002, publicado no DOU em 04/12/2002.

O papel dos Tribunais de Contas na atual conjuntura política e econômica do país

Suenya Talita de Almeida

Advogada, Mestranda em Teoria do Direito pela UFPE-Universidade Federal de Pernambuco.

Resumo: A atual conjuntura política e econômica do Brasil se situa num contexto maior de Democratização e Globalização e abrange as funções do Estado e os instrumentos auxiliares da efetivação do projeto constitucional, dentre os quais está o Tribunal de Contas. Examinaremos, então, o papel desta Corte no controle das finanças públicas e na efetivação do sistema federalista-fiscal do Brasil. Nesse sentido, apontamos para a integralidade do mecanismo de controle através do Tribunal de Contas na macro-estrutura política e econômica que informa o Estado Brasileiro.

Palavras-Chave: Tribunal de Contas; Política; Economia.

Abstract: The actual politics and economic conjecture of the Brazil to be situate in the greater context of democratization and globalization, and contain the function of the State and the instruments that assist it in the effectively of the constitutional Project, among them the Accounts Court. We'll examine, so, the function of this courts in the control of the public finances, and consequently, of the effectuation of the Brazilian federative-fiscal system. And, thus, we mark to the integrality of the control mechanism through of the Accounts Court in the politic and the economic macro-structure that informs the Brazilian State.

Key-Words: Accounts Courts; Politic; Economy

Introdução

O controle de finanças públicas exercido pelos Tribunais de Contas é tema de importância constitucional devido ao fato de como enuncia Rodriguez Bereijo (1983) tratar-se da atividade financeira do Estado referente, inclusive, a preceitos constitucionais políticos e econômicos e não só aos que diretamente tratam das finanças públicas.

Por finanças públicas entendemos aquelas provenientes da tributação e outras formas de contribuição ao Erário. Salientamos, conforme Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2003), que, embora a definição das finanças públicas, vis-à-vis às finanças privadas, seja muito antiga, remontando aos arcanos conceitos dos tesouros reais, tem-se como assente que primórdios de um Direito Público Financeiro só começaram a despontar com o aparecimento das primeiras restrições jurídicas impostas aos monarcas para disporem arbitrariamente dos seus respectivos erários.

Feito este esclarecimento, localizamos nosso objeto na importância da instituição do Tribunal de Contas para o controle financeiro perante os nuances políticos e econômicos aos quais está vinculado o Estado Democrático de Direito Brasileiro.

Visamos apontar como o exercício do controle financeiro nas modalidades decorrentes do texto constitucional pelo Tribunal de Contas auxilia na efetivação dos princípios políticos e no sistema econômico do Brasil.

1. O controle do Poder no Estado Democrático de Direito no Brasil.

1.1 O Sistema Fiscal-Federativo como marco constitucional

Após o advento da Constituição Cidadã em 1988, a estruturação ou organização federativa se desenvolve a partir de um sistema político-ideológico ligado ao Estado Democrático de Direito, porém a implementação deste Estado não acontece da noite para o dia, mas só após um longo período de regime militar e rigidez política.

De acordo com José Reginaldo de Lima Lopes (In: FARIA, 1989, p. 120), uma nova Constituição, por si só, é incapaz de determinar os rumos das mudanças sociais que estão determinadas por outros fatores.

Esses fatores, possivelmente, dizem respeito aos subsistemas que instrumentalizam o poder estatal no sentido de tornar eficazes os programas político e econômico, cuja execução está a cargo da Administração Pública (Executivo), sem desconsiderar as funções Judiciária e Legislativa, que também cumprem seu papel na execução dos projetos constitucionais.

Tal execução é controlada dentro de um sistema de freios e contrapesos, cabendo a cada Poder a autofiscalização e a fiscalização uns dos outros. O controle financeiro, ou da atividade financeira do Estado funciona, então, como mecanismo garantidor do melhor ou mais eficaz uso dos recursos públicos no desenvolvimento do país.

O Tribunal de Contas aparece como órgão auxiliar de controle, o qual não está subordinado a nenhum dos Poderes do Estado, gozando de autonomia administrativa e funcional, com competências exclusivas, constitucionalmente estabelecidas. O vínculo existente entre o Tribunal de Contas e o Poder Legislativo é apenas operacional, de apoio à fiscalização política (JAYME, 1999), ou ainda como o define Diogo de Figueiredo Moreira Neto (Idem, nota 52):

Órgão garantidor dos valores político-constitucionais do Estado Democrático de Direito, ou seja, porque exerce funções indispensáveis ao funcionamento dos princípios republicano e democrático, no tocante a um dos mais delicados aspectos de qualquer complexo juspolítico, que é, desde a Magna Carta, a gestão fiscal, como a disposição político-administrativa dos recursos retirados impositivamente dos contribuintes.

Pois, é assim que o concebemos e dessa noção decorrem as seguintes observações acerca da função de controle do Tribunal de Contas no Brasil.

2. O Tribunal de Contas e o Controle da Administração Pública

Conforme nos ensina Maria Sylvia Zannela Di Pietro (2003, p. 598), a finalidade do controle institucional no Brasil é assegurar que a Administração Pública atue em consonância com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico, como o princípio da legalidade, moralidade, finalidade pública, publicidade, motivação e impessoalidade.

A doutrina costuma, inclusive, dividir as formas de controle da Administração Pública em Controle Externo e Controle Interno. O primeiro é exercido pelo Congresso Nacional com o auxílio do Tribunal de Contas, (artigo 71 da Constituição de 1988), e o segundo, pelos próprios poderes em relação aos seus próprios atos (artigo 70 e 74 da Constituição de 1988). Mesmo neste último caso, os resultados dos sistemas de auditoria e fiscalização interna dos poderes, que se ocupam da execução do orçamento e da legalidade na aplicação do dinheiro público, voltam-se para o auxílio ao Tribunal de Contas no exercício de sua missão institucional (Cf. DI PIETRO, 2003, p. 600).

Vê-se que o controle externo tem por objetivo garantir a probidade administrativa, e assim a aplicação devida de recursos maximizando os resultados e diminuindo o prejuízo das contas públicas, além da regularidade da utilização dos recursos públicos, revelando sua natureza de verdadeiro controle político de legalidade contábil e financeira.

Político, ainda, porque atua como uma espécie de ouvidoria geral a quem os cidadãos e outras instituições como os partidos políticos, as associações e os sindicatos podem recorrer e denunciar irregularidades ou ilegalidades (Cf. artigo 74, § 2º da Constituição de 1988).

Assim é que a admissão da via participativa vem marcando uma nova etapa na evolução das cortes de contas, pois a relação direta se tem mostrado benéfica por vários motivos: primeiro, quanto à sua

legitimidade, que se renova e se reafirma com a abertura direta à cidadania; segundo, quanto à sua autonomia, que se reforça materialmente no desempenho de atribuições processualizadas próprias e exclusivas; e terceiro, pela responsabilidade política, que se acresce com o dever de atuar por provocação direta da sociedade. (MOREIRA NETO, 2003).

Portanto, esta aproximação do Tribunal de Contas com as vozes populares é totalmente compatível com a abertura política haja vista o papel social consoante com a estruturação política do Estado Brasileiro.

3. Determinação do papel ou função do Tribunal de Contas na conjectura política e econômica atual

Apesar do artigo 71, inciso II, da Constituição de 1988 falar em “julgar” (as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros públicos e as contas daqueles que derem causa à perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao Erário Público, não se trata da função jurisdicional, porque ao Tribunal de Contas cabe apenas o exame técnico da Contas Públicas, e não o julgamento da responsabilidade do agente público, cuja competência é do Poder Judiciário (Cf. DI PIETRO, 2003, p. 615). A fim de corroborar o entendimento aqui explanado, trazemos as lições de Odete Medauar (2003, p. 421):

Criado por iniciativa de Ruy Barbosa, em 1890, o Tribunal de Contas é instituição estatal independente, pois seus integrantes têm as mesmas garantias atribuídas ao Poder Judiciário (CF, art. 73, §3º). Daí ser impossível considerá-lo subordinado ou inserido na estrutura do Legislativo. Se a sua função é atuar em auxílio ao Legislativo, sua natureza, em razão das próprias normas constitucionais, é a de órgão independente, desvinculado da estrutura de qualquer dos três poderes.

Há, inclusive, na doutrina, uma corrente que encontra em José Cretella Júnior um de seus maiores defensores, segundo a qual "a Corte de Contas não julga, não tem funções judicantes, não é órgão integrante do Poder Judiciário, pois todas as suas funções, sem exceção, são de natureza administrativa" (apud SILVA, 1998, p. 733).

José Afonso da Silva também é contrário à caracterização de algumas das suas funções como jurisdicionais, entendendo que "o Tribunal de Contas é um órgão técnico, não jurisdicional. Julgar contas ou da legalidade dos atos, para registros, é manifestamente atribuição de caráter técnico" (Idem. p. 727).

Conseqüentemente, a atuação dos referidos Tribunais no Brasil, a nosso ver, está ligada mais às questões prévias e ao mérito que envolvem finanças públicas e, portanto, contribuem para o progresso econômico de forma subsidiária, mas fundamental para a efetivação do controle contábil, orçamentário e financeiro do país.

Neste controle, o Tribunal de Contas é mais um instrumento de concretização dos preceitos constitucionais ligados ao sistema fiscal-federativo, orientado pelas transparências significativas no uso de recursos da União, dos estados e dos municípios. Dessa forma, o papel deste Tribunal se estabelece a partir de valores como o equilíbrio fiscal e a estabilidade monetária, adequados ao sistema econômico vigente no país e que, aliás, se insere no atual cenário da globalização (Cf. FARIA, In: SARLET, 2004/2005, p. 30).

Conclusões

Vivemos uma época de crises. Crises sociais (como o caso da insegurança pública no Brasil), crise econômica (como a atual crise financeira internacional neste ano de 2008) e crises políticas ou de "governabilidade", nas palavras de José Eduardo Faria (Idem, p. 31). Mas essas não são crises recentes ou totalmente inéditas na história da humanidade, elas acontecem como aconteceram várias e várias vezes ao longo dos séculos.

As anomias pelas quais passamos hoje foram também vivenciadas anteriormente, é claro, dentro de outros contextos, mas elas resultaram no mundo de hoje, e também nos atuais limites jurídicos dos Estados em relação as suas atividades internas e externas.

As crises e os perigos resultantes dos macro-sistemas econômico e político que ligam países do mundo inteiro condicionam de alguma forma os próprios sistemas político e econômico de cada Estado. Isso interfere também no controle de suas finanças e de seu capital.

No Brasil, a proteção das finanças está a cabo de todos os poderes, e ainda da instituição do Tribunal de Contas, cuja função integrada de proteção do orçamento e das reservas monetárias é ainda vinculada às transformações sociais e às necessidades econômicas de cada momento, o que, aliás, é influência da “transnacionalização dos mercados e da subsequente conversão das economias nacionais numa economia-mundo” (FARIA, In: SARLET, 2004/2005, p. 46).

Referências

ALMEIDA, Geórgia Campos de. O papel do Tribunal de Contas no Brasil. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7487>. Acesso em: 09/10/2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 16^a ed. São Paulo: Atlas, 2003. Pp. 598-617.

FARIA, José Eduardo. A crise do Judiciário no Brasil: notas para discussão. IN: SARLET, Ingo Wolfgang. Jurisdição e Direitos Fundamentais. Livraria do Advogado. AJURIS – Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul. Anuário 2004/2005.

JAYME, Fernando G. Tribunal de Contas: Jurisdição Especial e a Prova no Procedimento de Julgamento de Contas. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Edição N° 03 de 1999 - Ano XVII. Disponível em: www.direitodoestado.com.br/buscarevistas.asp. Acesso em: 09/10/2008.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Mudança social e mudança legal: os limites do Congresso Constituinte de 87. In: FARIA, José Eduardo. (Org.) A Crise do Direito numa Sociedade em mudança. Brasília: UnB, 1989, p.109-121.

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 7. ed. São Paulo: RT, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O Parlamento e a Sociedade como destinatários do trabalho dos Tribunais de Contas. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. N° 03 de 2003 - Ano XXI. Disponível em: www.direitodoestado.com.br/buscarevistas.asp. Acesso em: 09/10/2008.

RODRIGUEZ BEREIJO, Álvaro. La Constitución de 1978 y el modelo de Estado: consideraciones sobre la función de la Hacienda Pública. Revista Sistema. N° 53, Madrid, 1983, pp. 75-93.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 16 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

Súmula Vinculante nº 03 do STF – mudança à vista

João Renato Banhos Cordeiro

Pós-Graduado em Direito Processual Civil pela
Universidade Federal do Ceará (UFC).
Procurador do Estado do Ceará.

Resumo: Nada obstante a seriedade que exige a edição de uma Súmula Vinculante, tudo indica que um dos recém-editados verbetes qualificados - o de nº 03 - que dispõe sobre a necessidade de respeito à ampla defesa e ao contraditório nos processos que tramitam junto aos Tribunais de Contas, a exceção de quando exercita a competência do art. 71, III, da CF/88, está prestes a ser modificado, mesmo com pouco tempo de existência. Tal circunstância se percebe de recentes discussões travadas pelo Pleno do STF em ações que envolvem o tema. Embora seja louvável o novo entendimento adotado, que privilegia garantias constitucionais, a mudança repentina depõe contra a própria essência do instituto, que pressupõe amplo debate da matéria objeto da súmula vinculante, além de criar sérios problemas na adequação dos efeitos já emanados do verbe, questões estas surgidas que, agora, deverão ser enfrentadas com a serenidade que se espera da Suprema Corte, ficando o alerta para que situações idênticas não se repitam.

Palavras-chave: Súmula Vinculante nº 03; Tribunais de Contas; Contraditório; Ampla defesa; Exceção; Legalidade; Aposentadoria; Reforma; Pensão; Alteração; Mudança de jurisprudência; Supremo Tribunal Federal.

Quando da edição da Súmula Vinculante nº 03 pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, acerca da definição de importante aspecto formal na atuação dos Tribunais de Contas, a comunidade jurídica pensou tratar-se de tema que não mais comportava discussões.

Ledo engano, porém.

É que o próprio STF, pouco tempo após a edição da referida súmula, aprovada pelo Pleno em 30.05.07 e publicada no DJ em 06.06.2007, já sinaliza uma mudança de posicionamento, ainda que parcial.

A questão merece ser enfocada com mais vagar, dada a sua relevância para todas as esferas da federação, considerada a simetria

com o modelo federal que deve imperar no seio dos Tribunais de Contas dos Estados e dos Municípios.

Para tanto, veja-se, por primeiro, a redação do citado verbete sumular:

Súmula Vinculante nº 03 - Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão.

Destarte, da leitura do enunciado extraem-se duas situações diversas, cada qual com tratamento próprio, respeitada a relação jurídica de fundo:

a) os processos em geral junto aos Tribunais de Contas, em que se aplicam, via de regra, as garantias do contraditório e da ampla defesa em prol dos possíveis beneficiários;

b) os processos que apreciam a legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão, em que não há falar-se, de início, em contraditório e ampla defesa para os particulares envolvidos.

Esta é a exegese literal da súmula, cuja edição, é bom que se destaque, pressupõe um profundo debate anterior e a constatação de jurisprudência consolidada da Corte, sobretudo em face da amplitude dos efeitos da adoção da modalidade qualificada de verbete, a se estender para todos os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública.

Pois bem.

A primeira hipótese abordada na súmula (item “a” supra), aparentemente, permanece firme na jurisprudência da Suprema Corte, que continua acenando com a obrigatoriedade de respeito ao contraditório e à ampla defesa quando não se tratar das situações

excepcionais de aferição da regularidade da concessão inicial de aposentadorias, reformas e pensões.

Vale ressaltar, outrossim, no ponto, que o enunciado apenas sugere a ausência de contraditório e da ampla defesa nos casos de apreciação inicial dos atos de inativação ou de pensionamento, não se estendendo para os casos de revisão de ato concessivo anterior, quando, então, estabilizada a situação, impõe-se sempre o respeito às garantias constitucionais. É o que se depreende a partir de recentes precedentes do STF (v.g. RE 285.495/SE e MS 26.353/DF).

De outro lado, **em relação à última parte da súmula**, ou seja, quanto à inaplicabilidade do contraditório e da ampla defesa quando da atuação das Cortes de Contas baseada na competência do art. 71, III, da Constituição Federal, **a situação não é mais a mesma. E aqui reside o ponto nodal do presente trabalho.**

Em que pese a contemporânea edição da súmula vinculante em relação ao tema, percebe-se que **a questão ainda está acesa no STF, encontrando-se novamente submetida à análise do Plenário (MS's 25.116 e 25.403) e – pasme-se – com maioria de votos no sentido de tese ampliativa ao verbete sumular, em sua parte final, onde se nega, em princípio, o cabimento do contraditório.**

Com efeito, **do andamento do MS 25.116/DF, hoje sobrestado por força de pedido de vista da Min. Ellen Gracie, percebe-se fortalecida a tese da obrigatoriedade de respeito ao contraditório e à ampla defesa também nas hipóteses de atuação das Corte de Contas na apreciação inicial dos atos de aposentadoria, reforma e pensão, desde que esta atribuição não seja exercida dentro de um prazo razoável.**

Vale ressaltar que o posicionamento acima delineado, veiculado no voto do Min. Relator Carlos Britto, até aqui já foi acompanhado pelos Ministros Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Cezar Peluso, portanto, já formando a maioria da Corte, tudo a indicar que realmente em

breve haverá uma importante mudança na aplicação da Súmula Vinculante nº 03.

Cabe observar, para efeito didático, interessantes trechos do voto do Relator do citado MS 21.116, Min. Carlos Britto, noticiado no Informativo de Jurisprudência nº 471 daquele Tribunal Superior, cujas ponderações são por demais relevantes:

(...)

14. Remarco, em seqüência, que, no julgamento do MS 24.268, acompanhei a divergência suscitada pelo Ministro Gilmar Mendes, no acórdão assim ementado:

(...)

15. Naquela oportunidade, manifestei minha concordância com o voto do insigne Ministro, ressaltando que o Tribunal de Contas, ao apreciar a legalidade de um ato concessivo de pensão, aposentadoria ou reforma, não precisa ouvir a parte diretamente interessada, porque a relação jurídica imediatamente travada, nesse momento, é entre o Tribunal de Contas e a Administração Pública. Relação tipicamente endo-administrativa, portanto. Num segundo momento, porém, com o julgamento da legalidade daquele primeiro ato administrativo de concessão da aposentadoria, reforma ou pensão, o que se tem já é a confirmação do direito de crédito contra a Fazenda Pública no bojo de uma típica relação de trato sucessivo.

16. Fixadas, assim as balizas jurídicas iniciais, torno ao caso concreto.

17. Consoante relatado, o presente mandado de segurança foi manejado contra ato do Tribunal de Contas, que negou registro à aposentadoria do impetrante. Cuida-se, então, de relação jurídica imediatamente travada entre a Corte de Contas e a Administração Pública. Todavia, impressiona-me o

fato de a recusa do registro da inatividade ocorrer depois de passados quase seis anos da sua unilateral concessão administrativa. Fato que está a exigir, penso, uma análise jurídica mais detida. É que, no caso, o gozo da aposentadoria por um lapso prolongado de tempo confere um tónus de estabilidade ao ato sindicado pelo TCU, ensejando questionamento acerca da incidência dos princípios da segurança jurídica e da lealdade (que

outros designam por proteção da confiança dos administrados).

(...)

21. Pois bem, considerando o status constitucional do direito à segurança jurídica (art. 5º, caput), projeção objetiva do princípio da dignidade da pessoa humana (inciso III do art. 1º) e elemento conceitual do Estado de Direito, tanto quanto levando em linha de consideração a lealdade como um dos conteúdos do princípio da moralidade administrativa (caput do art. 37), faz-se imperioso o reconhecimento de certas situações jurídicas subjetivas ante o Poder Público. Mormente quando tais situações se formalizam por ato de qualquer das instâncias administrativas desse Poder, como se dá com o ato formal de uma determinada aposentadoria.

22. Em situações que tais, é até intuitivo que a manifestação desse órgão constitucional de controle externo há de se formalizar em tempo que não desborde das pautas elementares da razoabilidade. Todo o Direito Positivo é permeado por essa preocupação com o tempo enquanto figura jurídica, para que sua prolongada passagem em aberto não opere como fator de séria instabilidade inter-subjetiva ou mesmo intergrupala. Quero dizer: a definição jurídica das relações interpessoais ou mesmo coletivas não pode se perder no infinito. Não pode descambar para o temporalmente infundável, e a própria Constituição de 1988 dá conta de institutos que têm no perfazimento de um certo lapso temporal a sua própria razão de ser.

E não é só este precedente. O mesmo entendimento se extrai da ementa do MS 24.448/DF, **concedido à unanimidade pelo Plenário do STF**, nada obstante a maioria dos Ministros, neste caso, embora deferindo a ordem, não tenha feito maiores digressões sobre a referida questão específica:

MANDADO DE SEGURANÇA. SECRETÁRIO DE RECURSOS HUMANOS DO MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GES-

TÃO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. ATO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. COMPETÊNCIA DO STF. PENSÕES CIVIL E MILITAR. MILITAR REFORMADO SOB A CF DE 1967. CUMULATIVIDADE. PRINCÍPIO DA

SEGURANÇA JURÍDICA. GARANTIAS DO CONTRÁRIO E DA AMPLA DEFESA. (...) 3. A inércia da Corte de Contas, por sete anos, consolidou de forma positiva a expectativa da viúva, no tocante ao recebimento de verba de caráter alimentar. Este aspecto temporal diz intimamente com o princípio da segurança jurídica, projeção objetiva do princípio da dignidade da pessoa humana e elemento conceitual do Estado de Direito. 4. O prazo de cinco anos é de ser aplicado aos processos de contas que tenham por objeto o exame de legalidade dos atos concessivos de aposentadorias, reformas e pensões. Transcorrido in albis o interregno quinquenal, é de se convocar os particulares para participar do processo de seu interesse, a fim de desfrutar das garantias do contraditório e da ampla defesa (inciso LV do art. 5º). 5. Segurança concedida. (STF - MS 24448/DF - Tribunal Pleno - Relator(a): Min. Carlos Britto - Julgamento: 27/09/2007 - Publicação: DJ 14-11-2007 PP-00042)

Depreende-se, portanto, que o STF está propenso a incluir um aspecto temporal na definição do assunto, como instrumento de conformação do conflito aparente entre o princípio da legalidade, que obriga a Corte de Contas a corrigir imediatamente os atos eivados de irregularidade, e os princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança, que sugerem ao particular interessado, com o passar do tempo, a aparência de regularidade da situação posta sob o crivo do Tribunal de Contas.

Tal ponderação, sabe-se, é efetivada com base no princípio da proporcionalidade, cuja função precípua é a de resolver hipóteses de antinomias aparentes¹ entre regras constitucionais, prevalecendo, no caso concreto, a que se apresenta com maior envergadura para resolver o caso concreto, sempre em busca da máxima efetividade de ambas as regras em conflito e respeitando-se o princípio da unidade da Constituição.

¹ Diz-se aparente o conflito porque, nos termos da doutrina majoritária, inexistente hierarquia entre as normas constitucionais, cabendo ao intérprete, no caso concreto, encontrar qual o valor magno que deve ser privilegiado na solução da questão, sem se cogitar, entretanto, de qualquer influência sobre a vigência da norma afastada.

De fato, na linha do pensamento que vem sendo aplacado e que converge para vingar naquela Corte Suprema, **a regra da inaplicabilidade do contraditório quando da atuação baseada no art. 71, III, da CF/88 pelos Tribunais de Contas tende a ser flexibilizada quando decorrido um lapso razoável de duração do respectivo processo administrativo, prazo este estabelecido em 5 (cinco) anos**, extraído por analogia a vários dispositivos constitucionais e legais que utilizam o mesmo parâmetro para cercear a atuação administrativa retificadora em diversas sedes.

Não há dúvidas que a *ratio* do novo entendimento é louvável, uma vez que voltada a pacificar discussões jurídicas que, não raras vezes, perduram vários anos, estando, inclusive, consentânea com a inserção de um direito fundamental à celeridade do processo pela Emenda Constitucional nº 45/2004.

Com efeito, parece ser mesmo este o rumo certo, pois estando aberta a possibilidade de interferência negativa na esfera de interesses do administrado, nada mais razoável que lhe seja permitido participar do procedimento, elevando-se a autoridade dos direitos fundamentais ao contraditório e à ampla defesa, estatuídos, não por acaso, no rol imutável do art. 5º da CF, além de viabilizar a ampliação do enfoque da discussão, dialética que termina por contribuir para a própria otimização da atuação da Corte de Contas.

De outra parte, com o novo posicionamento, nenhum prejuízo se verifica em relação à Fazenda Pública, uma vez que não se cogita de prazo decadencial para proibir a revisão da situação ilegal pelo Tribunal de Contas, mas sim apenas para facultar ao beneficiário do ato a possibilidade de influir na análise do caso, dado o lapso temporal decorrido.

O que se lastima, todavia, é que a súmula vinculante tenha sido redigida de forma inadequada a explicitar o posicionamento assentado na Corte, fugindo desta forma ao desiderato precípua a que se presta.

A incoerência do STF foi por demais eloqüente, posto que, 1 (um) dia após a edição do verbete, ou seja, em 31.05.07, o julgamento do MS

25.116 contava com os 5 (cinco) votos favoráveis à tese lançada pelo Min. Carlos Britto, em sentido ampliativo ao previsto na parte final da Súmula Vinculante nº 03, pelo que se considera que o verbete praticamente já nasceu, em parte, ultrapassado.

Agora, parece não haver outra alternativa senão corrigir a redação do verbete com a maior brevidade, para evitar uma orientação distorcida do entendimento da Suprema Corte, acompanhada do descrédito em relação ao recém criado instituto sumular destinado a desafogar aquele Tribunal.

Sabe-se, contudo, que a tarefa não será tão simples e que outros problemas reflexos surgirão mesmo com a alteração do enunciado, pois fatalmente já existem decisões administrativas e judiciais, muitas delas, certamente já acobertadas pela imutabilidade, aplicando a súmula vinculante de maneira mais restritiva, nos termos da redação originária até hoje vigente.

Quid juris?

Será exigível a desconstituição das decisões dos Tribunais de Contas até aqui amparadas na súmula vinculante ou a nova orientação do STF, caso passe a integrar o teor do verbete, valerá *ex nunc*?

Caberá ação rescisória para desconstituição das decisões judiciais definitivas e imutáveis que não observaram o novo parâmetro formal adotado?

Serão cobrados ou devolvidos os valores até então concedidos ou suprimidos dos administrados sem a observância do novo conceito do devido processo legal?

Com a palavra, agora, para estas e outras respostas, o próprio STF.

Referências

BRASIL. *Constituição da República Federativa*, 1988.

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 4ª ed., 2001.

CARVALHO, André Luís. *Súmula Vinculante nº 3 do STF: considerações e alcance*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1443, 14 jun. 2007. Disponível em: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10014> >. Acesso em 27 out. 2008.

CHAVES, Francisco Eduardo Carrilho. **Controle externo da gestão pública**. Niterói: Impetus, 2007.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil – Jurisdição e Competência*. Belo Horizonte: Fórum, 2ª ed., 2005.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Acompanhamento Processual*. Disponível em: < <http://www.stf.gov.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=25116&classe=MS&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M> >. Acesso em 27 out. 2008.

_____. *Pesquisa de Jurisprudência*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=3.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>>. Acesso em 27 out. 2008.

_____. *Pesquisa de Jurisprudência*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em 27 out. 2008.

_____. *Pesquisa de Jurisprudência Informativo*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/arquivo/informativo/documento/informativo471.htm>>. Acesso em 27 out. 2008.

Do conceito de dano ao erário para prestação de contas

Sérgio Oliva Reis

Advogado.

Procurador do Estado do Pará,

atualmente à disposição do TCE/PA.

Instrutor da Escola de Governo do Estado do Pará

Professor de Direito Previdenciário do Centro de Ensino Superior do Estado do Pará (CESUPA).

Resumo: O dano ao erário, em princípio, impõe à Administração o poder-dever de instaurar procedimentos de apuração e quantificação desse prejuízo. Ocorre que, em cada caso concreto, será conferida ao Administrador certo grau de discricionariedade, no escopo de, subsumindo o fato concreto à lei, estabelecer a significância do prejuízo para fins de apuração. O objeto do trabalho é estabelecer este nexos, calcado em princípios, sempre com o objetivo de otimizar a atuação administrativa.

Palavras-chave: Dano; Erário; Apuração; Significância; Eficiência.

1. Introdução

Muito se discute acerca de qual o conceito de dano ao erário passível de punição em procedimentos de prestação de contas, mormente quando se cogita do dispêndio de valores pela Administração Pública para pagamento de mercadorias ou serviços.

Com efeito, apesar de se constituir princípio basilar de toda a Administração Pública brasileira, do princípio da legalidade nascem todos os demais dispostos no *caput* do art. 37, da Lei Maior.

Neste sentido, apesar de jungida a tal princípio, situações ocorrem em que o Administrador tenha que flexibilizar conceitos e regras dentro das medidas genéricas da lei, em face das diversidades ocorrentes, cujas realidades, muitas das vezes, são completamente distintas das idealizadas pelo legislador.

Assim, para adaptar a lei, generalista por característica, aos diversos problemas enfrentados pelo Administrador, necessita-se muitas vezes optar por mecanismos de adequação da lei aos casos concretos, de modo a privilegiar a otimização do serviço público, até que se consiga a finalidade desejada pela norma, bem como se alcance a eficiência pretendida pelo legislador constituinte, que erigiu tal preceito à condição de princípio explícito da administração pública.

Nessas situações, *a prima facie*, não se pode cogitar de dano à Administração, conforme será melhor explanado a seguir, quando a flexibilização utilizada não fere os princípios norteadores do Direito Administrativo pátrio.

2. Da colisão de princípios

Consoante ao norte declinado, para adaptar a lei, que deveria funcionar sempre da forma mais generalista possível, às situações práticas com as quais se depara o Administrador, necessita-se muitas vezes adotar sistemas de concretização da norma, subsumindo o caso concreto a ela, sempre no escopo de prestigiar o princípio da eficiência.

Nessa condição, o Administrador, em um caso concreto, poderá ter de optar entre a aplicação de um ou outro princípio, sendo certo que, em última análise, deve sempre – e sempre – ter como norte a primazia do interesse público.

Partindo de tal premissa, não se pode cogitar de prejuízo, passível de punição, quando não houver violação a princípio, implícito ou explícito, da Administração Pública, mesmo quando ocorra, eventualmente, certa flexibilização de regra.

Com efeito, os princípios são as normas estruturais do ordenamento jurídico. Assim, a lei deve se compatibilizar a esse respectivo conteúdo normativo.

Na lição de Humberto Ávila:

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação demandam uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havia como necessária à sua promoção.

(...)

As regras podem ser dissociadas dos princípios quanto à justificação que exigem. A interpretação e a aplicação das regras exigem uma avaliação de correspondência entre a construção conceitual dos fatos e a construção conceitual da norma e da finalidade que lhe dá suporte, ao passo que a interpretação e a aplicação dos princípios demandam uma avaliação da correlação entre o estado de coisas posto como fim e os efeitos decorrentes da conduta havia como necessária.¹

Há, nesse sentido, que se fazer distinção entre ilegalidade e irregularidade.

Com efeito, a ilegalidade ocorre quando o fato se acha em desacordo com o direito, enquanto na irregularidade o ato está em desconformidade com determinados procedimentos formais e/ou materiais.

Assim, diante de um caso concreto, o Administrador deverá aferir se, ao adotar uma determinada conduta, estará violando um princípio ou uma regra, pois, quando houver uma colisão, por certo a violação daquele apresenta-se sobremaneira mais grave, mormente porque, quando se prestigia o princípio da legalidade, na exata acepção do *caput* do art. 37, da Constituição, o escopo maior da lei resta, sem sombra de dúvidas, eficazmente atendido.

Por certo, nessa acepção, a legalidade não abrange só a lei. Ao contrário, o seu conteúdo é muito mais amplo, alcançando o próprio direito, que, por sua vez, alça os conteúdos normativos principiológicos.

¹ In: *Teoria dos Princípios. Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*. 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 129/30

Desta sorte, se porventura a atuação administrativa encerrasse alguma ilegalidade, neste contexto ela alcançaria tão-somente uma parte desse núcleo positivamente elencado, sendo que a atuação positiva do Administrador, quando encontrar abrigo em dogmas normativos maiores, como, por exemplo, os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade, da economicidade — implícito na relação custo e benefício —, da continuidade do serviço e da eficiência, não é digno de reprimenda.

Ainda que se perquirisse acerca de afronta a um núcleo da legalidade, a supremacia dos demais princípios a ele se sobreporia.

Em última análise, verifica-se que o Administrador, de igual sorte, deve valer-se do princípio da proporcionalidade que, na lição de Helenilson Cunha Pontes, tem a seguinte conotação, *in verbis*:

Ocorre que a norma jurídica, produto da interpretação-aplicação do Direito, não decorre apenas da consideração isolada dos textos normativos. A norma jurídica decisional resulta, sobretudo, da análise dos fatos subjacentes à decisão, isto é, das nuances do caso concretamente situado e que requer regulação e decisão. Não se interpreta-aplica somente os textos normativos isolados da realidade, mas nela inseridos. Em outras palavras, não se interpreta somente os textos, mas também a realidade.²

Outro princípio que deve servir como norte para uma decisão reta é o da economia processual que, segundo a lição de José Armando da Costa, “enuncia-se na idéia de que devem ser evitados os rigores formais não essenciais à elucidação dos fatos, pois que tais complexidades e delongas servem apenas para onerar ainda mais a Administração Pública”³.

² In: *O Princípio da Proporcionalidade e o Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 2000, p. 21

³ Op. cit. p. 53

Em tema como o ora versado, também não se pode olvidar de outro princípio atualmente bastante em voga em cuja fonte pode-se abeberar, que é o da razoabilidade, o qual, para Celso Antonio Bandeira de Mello, consiste no seguinte:

Se com a outorga de discricção administrativa pretende-se evitar a prévia adoção em lei de uma solução rígida, única – e por isso mesmo incapaz de servir adequadamente para satisfazer, em todos os casos, o interesse público estabelecido em regra aplicanda – é porque através dela visa-se à obtenção de medida ideal, ou seja, da medida que, em cada situação, atenda de modo perfeito à finalidade da lei.⁴

Por isso é oportuno aduzir que determinadas condutas, mesmo que tenham custeado a norma, não podem ser objeto de valoração isolada, daí poder o Administrador se socorrer - dentre outros - dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, tal qual mencionados alhures, cuja utilização no Brasil vem sendo ampliada, e, em que pese não estar expressamente previsto no texto maior, tem tido vasto campo de aplicação em sede de Direito Administrativo, tanto é que foi captado pelo legislador federal no art. 2º, da Lei 9.784/89. Este princípio, para Maria Sylvia Zanella di Pietro tem em vista o seguinte:

Na realidade, o princípio da razoabilidade exige proporcionalidade entre os meios de que se utilize a Administração e os fins que ela tem que alcançar. E essa proporcionalidade deve ser medida não pelos

critérios pessoais do administrador, mas segundo padrões comuns na sociedade em que vive; e não pode ser medida diante dos termos frios da lei, mas diante do caso concreto.⁵

Em diversas decisões, o Tribunal de Contas da União concretizou entendimento semelhante ao ora defendido. A título de exemplo, senão veja-se a ementa abaixo transcrita:

⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 13ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 79

⁵ Op. cit. pag. 72

Acórdão 45/2000 – Plenário (AC-0045-10/00-P)
Representação formulada por magistrado. Possíveis irregularidades praticadas na Justiça Federal do Rio de Janeiro. Pedido de reexame de decisão que aplicou multa à responsável ante a revogação imotivada de tomada de preços, assinatura de contrato anterior à licitação, prorrogação de contrato com empresa em débito junto à Previdência, e dispensa irregular da apresentação dos comprovantes das contribuições previdenciárias e do FGTS. Conhecimento. Provimento. Falhas consideradas de natureza formal. Reformulação do acórdão recorrido. Cancelamento da multa e da determinação de instauração da tomada de contas especial. Arquivamento.”
(TCU; Proc. 575.042/1995-8; Rel. Min. Marcos Vinícios Vilaça, julgado na sessão de 22 de março de 2000)

Esta decisão, inclusive, encontra-se em consonância com o que dispõe a Súmula n. 142, da mesma Corte. É ler:

Súmula nº 142. Cabe a baixa na responsabilidade e o arquivamento do processo quando, nas contas de ordenador de despesa, dirigente ou administrador de entidade ou qualquer outra pessoa sob a jurisdição do Tribunal de Contas da União, for apurada infração de disposição legal ou regulamentar aplicável ou verificada irregularidade de caráter formal, que não permita o julgamento pela regularidade e quitação, ou, tampouco - por não ser suficientemente grave ou individualizada - a conclusão pela irregularidade e cominação da multa prevista em lei, conforme Enunciados nºs 10, 11, 51 e 91 da Súmula da sua Jurisprudência.

No mesmo sentido são os julgados dos tribunais pátrios. A título de exemplo, citam-se aqui algumas decisões do Colendo Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

“ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 10, INCISO VIII, DA LEI 8.429/92. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE ADVOCACIA E CONSULTORIA TÉCNICA SEM LICITAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. INOCORRÊNCIA DE LESÃO AO ERÁRIO.

I – Tendo em vista o princípio da independência das instâncias administrativa e judicial, é de se afastar a preliminar de prejudicialidade do feito em virtude de decisão superveniente do Tribunal de Contas da União. Precedentes.

II – A simples irregularidade detectada quanto à contratação de serviços de advocacia e consultoria técnica não possui o condão de fazer incidir a conduta reprovável, em especial se os administradores demonstraram ter agido na defesa dos interesses da administração, visando atender situação emergencial, e se a respectiva remuneração ocorreu de forma compatível com a praticada pelo mercado.

III – Apelo provido para julgar improcedente a ação de improbidade administrativa.”

(TRF 1ª Região; Ac. 2000.32.00.003058-8/AM; Rel. Des. Cândido Ribeiro, in DJU de 30/setembro/2005, p. 23)

Deflui-se, pois, que a hipótese em comento não está prevista na norma que trata da matéria, pois há notícias de realização do serviço, da necessidade que amparava o ato, e do pequeno valor estipulado como suposto “prejuízo” imposto ao Poder Público.

3. Do conceito de dano ao erário

Dano ao erário é o prejuízo da Fazenda Pública. Em outras palavras, é dar sem receber nada em troca, ou receber alguém daquilo por que se pagou.

Denota-se, pois, que o prejuízo está intimamente ligado a um balanço apurado na liquidação do ajuste, e não, necessariamente, ao procedimento que foi adotado. Trata-se, com efeito, de definição de natureza eminentemente contábil.

Assim, quando, em uma dada situação concreta, o Administrador, valendo-se de sua discricionariedade administrativa, adota uma ou outra alternativa, dentre as várias que tenha em lícita opção, essa conduta, em

absoluto, poderá ser considerada como danosa ao interesse público quando dela não decorrer efetivo prejuízo.

Na atividade administrativa vários são os interesses a permear o serviço público, sendo certo que em alguns momentos esses interesses podem colidir, ocasião em que a autoridade administrativa terá de mensurar sua realidade e, diante do fato concreto, privilegiar um deles dentre os diversos que, segundo critérios de discricionariedade, possa parecer mais iminente e necessário.

Por evidente que o juízo discricionário não é conceito de ampla disponibilidade do administrador, já que, em última análise, ele está no mínimo vinculado à primazia do interesse público mais prevalente, tendo como apoio periférico os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, da economicidade e da eficiência, já ao norte analisados.

4. Da quantificação do dano

Para efeitos práticos, é certo que a quantificação do dano deve se fulcrar no chamado princípio da insignificância, que reside na idéia da proporcionalidade que a pena deve guardar em relação à gravidade da conduta. Nos casos de ínfima afetação do bem jurídico, o conteúdo do injusto apresenta-se tão pequeno que não subsiste qualquer razão para imposição da reprimenda.

E o valor do suposto dano aplicado ao erário apresenta-se revelador na caracterização dessa insignificância, já que tal definição, em um primeiro momento, poderia estar inserida dentro daquilo que a doutrina convencionou denominar “conceitos jurídicos indeterminados”.

Invocando novamente as decisões já pacificadas pelo Tribunal de Contas da União, foi sumulado o entendimento a respeito da questão, na seara da União, quando editada a Súmula nº 132.

No âmbito da Administração Federal direta, a questão encontra-se regulada pela Lei nº 10.522/2002, que em seu artigo 20, já na redação que lhe foi conferida pela Lei nº 11.033/2004, define como de pequeno

valor as dívidas consolidadas em importe igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

É certo que essa definição demanda lei específica sobre a matéria, para adequar a execução orçamentária aos parâmetros definidos por cada ente federado, dentro das suas disponibilidades financeiras.

5. Conclusão

Diante de tudo o que foi exposto, pode-se alcançar as seguintes conclusões:

I) a aplicação da lei ao caso concreto, em várias ocasiões, impõe ao Administrador a utilização de juízo de discricionariedade, a fim de adequar as disposições genéricas da lei aos parâmetros do caso concreto;

II) da aplicação desse juízo de discricionariedade poderá resultar certa colisão entre princípios, ou entre princípios e regras, que deverão ser solucionados, precipuamente, pela ori-

entação da primazia do interesse público, balizado pelos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da economicidade;

III) somente haverá dano passível de repreensão, em sede de tomada de contas, quando o prejuízo foi significativo;

IV) caberá a cada Ente Federado, dentro das suas disponibilidades financeiras e orçamentárias, quantificar, por lei, o que será (ou não) significativo.

Bibliografia

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios. Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*. 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 17ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 25ª edição. São Paulo: Malheiros, 2000.

PONTES, Helenilson Cunha. *O Princípio da Proporcionalidade e o Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 2000.

SILVA, José Afonso da. “Curso de Direito Constitucional Positivo”. 23ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004.

Renúncia de receita: repercussão da Lei de Responsabilidade Fiscal

Tatiana de Oliveira Takeda

Advogada.

Mestranda em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento. Professora do Curso de Direito da Universidade Católica de Goiás (UCG).
Analista do TCE/GO.

Resumo: A renúncia de receita é um instrumento político e econômico bastante utilizado pelos governos com o objetivo de incentivar atividades econômicas específicas ou alavancar o desenvolvimento de regiões mais carentes. O governo, ao renunciar parcelas de impostos que lhes são devidas, procura induzir a iniciativa privada a alocar recursos próprios nos diversos empreendimentos incentivados, aumentando o total dos recursos disponíveis para investimento. Com o fito de refletir sobre essa renúncia que, se mal dirigida, pode vir a se tornar uma verdadeira despesa propriamente dita, o presente artigo vem fazer uma sucinta análise da renúncia de receita dentro dos limites delineados pela legislação brasileira.

Palavras-chave: Renúncia; Receita; Limites; Responsabilidade fiscal; Constituição Federal.

1. Introdução

Quando a lei exige a efetiva arrecadação de todos os tributos, não basta dispor de toda uma estrutura de normatização legal, previsão e planejamento de todos os tributos da competência constitucional. Deve, além disso, possuir alguma arrecadação concreta que justifique monetariamente a existência do tributo.

Pode-se entender, então, por efetiva arrecadação o manifesto esforço do administrador público em arrecadar os tributos de sua competência. Faz-se tal ressalva em virtude da possibilidade de ocorrerem situações em que, por razões alheias à vontade da

Administração, o valor do tributo não venha a ingressar nos cofres públicos, embora tenha o agente público adotado todas as providências cabíveis.

A receita tributária é oriunda da cobrança dos tributos em geral, englobando impostos, taxas e contribuições de melhoria que são pagas pelos contribuintes em razão de suas propriedades, rendas, atividades, operações financeiras e dos benefícios diretos e imediatos que recebem do Estado. Essa receita tributária decorre do poder que o Estado tem de exigir da população prestações pecuniárias destinadas ao custeio das atividades gerais para atender ao interesse público.

No afã de encontrar um meio que pudesse contribuir para o desenvolvimento econômico do País, auxiliando empresários em especial que necessitassem de incentivo, sem entretanto prejudicar os cofres públicos e os demais contribuintes de determinado seguimento, a Constituição Federal, especificamente no § 6º do artigo 195, veio determinar que o orçamento anual se faça acompanhar de um demonstrativo, no qual a Administração revele as conseqüências fiscais da renúncia de receita.

Por muitos anos, a renúncia de receita foi utilizada sem qualquer critério de avaliação da efetividade. Ela era expressa mediante lei específica e o contribuinte identificado, ou tácita, operada pela omissão do administrador no exercício de sua competência tributária.

Destarte, mister se fez a criação de uma lei que viesse legitimar esse instituto, bem como limitar sua aplicação, de forma a garantir que seria usada em benefício dos que realmente dela necessitam e sem provocar uma despesa inútil ao erário e ao interesse público.

Com arcabouço na CF/88, o legislador criou a Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000, conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal.

Hoje, a LRF é uma importante ferramenta gerencial a serviço da administração pública. Ela harmoniza e consolida muitos dos objetivos do processo de mudança do regime fiscal empreendido nas últimas décadas no Brasil. É consequência de um longo processo de evolução das instituições orçamentárias do País, que gerou na sociedade a percepção de que o governante não deve gastar mais do que arrecada e deve administrar de forma responsável os escassos recursos públicos.

Aliás, este preceito, embora em tônica nos últimos anos, não precisava de uma nova lei para dizer que não se deve gastar além de sua receita. A Lei 4.320, de 17 de março de 1964, e a própria CF/88 já diziam isso. Entretanto, o que diferencia a LRF é a sua rigidez e, sobretudo, a punição por sua infringência.

Veja-se que a lei em comento, em seu art. 11, estabelece como requisito essencial da responsabilidade na gestão fiscal a instituição, previsão e efetiva arrecadação de todos os tributos de competência constitucional dos respectivos entes da Federação. Em outras palavras devem União, Estados e Municípios arrecadar valor monetário (devidamente instituído em lei e tecnicamente previsto) para cada uma das modalidades de tributos que a Constituição Federal lhes atribui (competência para instituir, nos termos de seu artigo 145).

No que toca especificamente ao instituto em estudo, asseverase que a LRF, ao contrário do que muitos entendem, não veio proibir a adoção de mecanismos que importem em renúncia de receita, mas sim exigir o cumprimento de certos requisitos ali previstos. Ela veio legitimá-la, trazendo transparência e avaliação de desempenho na sua aplicação.

De acordo com a LRF, a renúncia de receita compreende benefícios que correspondam ao tratamento diferenciado aos contribuintes, que importem em redução de valores dos tributos. No caso da Lei Fiscal, estão compreendidos no conceito a anistia, remissão, subsídio, crédito presumido, concessão de isenção de

caráter não geral, alteração de alíquota ou modificação de base de cálculo que implique redução discriminada de tributos ou contribuições. (art. 14, § 1º)

A fim de fazer um breve estudo sobre a imperiosa necessidade de incentivar atividades econômicas específicas e de proporcionar o desenvolvimento de regiões despojadas, sem onerar o erário público e com olhos aos pressupostos constitucionais, o presente artigo dissertará sobre o poder-dever de tributar do Estado que pode vir a conceder renúncia fiscal, mas que de forma alguma pode vir a ferir princípios e dispositivos constitucionais que serviram de arcabouço para a criação da LRF.

2. O poder-dever de tributar do Estado

Costuma-se dizer que a chamada “Atividade Financeira do Estado” tem por preocupação os estudos e pesquisas voltadas para a obtenção de recursos financeiros pelo Poder Estatal e sua respectiva aplicação no provimento das necessidades públicas, compreendidas estas, hoje, como o conjunto das situações fático-jurídicas ansiadas pela comunidade administrada como ideal para a solução dos problemas coletivos ou, na culta linguagem de Aliomar Baleeiro, trata-se de “toda aquela de interesse geral, satisfeita pelo processo do serviço público”¹. O próprio mestre leciona, na mesma obra, que a “Atividade Financeira do Estado” consistiria naquela que exerce o Poder Público “para obter dinheiro e aplicá-lo ao pagamento de indivíduos e coisas utilizadas na criação e manutenção dos vários serviços públicos”², desta forma vinculando a uma idéia contraprestacional a própria atividade estatal.

Não há dúvidas de que um dos cânones da existência do Estado moderno é a prestação de serviços públicos. Aliás, sobre o assunto, Maria Sylvia Zanella Di Pietro ensina que “a administração pública abrange o fomento, a polícia administrativa e o serviço

¹ BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à Ciência das Finanças*, 1995, p. 02.

² BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à Ciência das Finanças*, 1995, p.02

público"³, não desconhecendo a autora que alguns doutrinadores ainda reconhecem como essencial integrante da lista a atividade estatal de intervenção. Na prestação de serviços públicos, encarados como um dos meios pelo qual o Poder Público realiza seus fins, consistindo o mais importante deles a satisfação das necessidades públicas, o Estado auferir receita e, administrando-a, converte-a na prestação de serviços dirigidos ao público.

Sensível a aspectos fáticos de tal jaez, motivou-se o legislador constituinte derivado a alterar a Constituição Federal de 1988 para que em seu texto incluisse norma de obediência irrestrita e obrigatória, dirigida ao Poder Público em todas as suas esferas políticas, limitando o comprometimento das receitas públicas, dando um relevante passo na eliminação de um dos maiores abusos praticados por administradores menos comprometidos com as já citadas necessidades públicas.

Como exemplo, cita-se o art. 169 da Constituição Federal que, alterado pela Emenda Constitucional nº 19/98, adquiriu, com seu novo texto, e principalmente com o advento da LRF, o *status* de norma diretora na definição e na execução orçamentária, impondo aos administradores e legisladores uma atuação conjunta na contenção dos gastos públicos com pessoal, dadas as severas sanções previstas para o descumprimento dos postulados normativos tratados.

Assim sendo, tributo não deve ser entendido como uma mera obrigação do cidadão, mas como o preço da cidadania. A receita pública é fundamental para o desenvolvimento econômico, social e cultural do país. Todo um conjunto de serviços – educação, saúde, previdência e assistência social, transporte, segurança, comunicações, entre outros – depende da ação do Estado e, portanto, da sua receita.

³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 2001, p. 59.

3. A renúncia de receita segundo a Lei de Responsabilidade Fiscal

A LRF faz alusão à renúncia de receita em seu artigo 14⁴.
Veja-se o que dispõe:

A concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita deverá estar acompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes, atender ao disposto na lei de diretrizes orçamentárias e a pelo menos uma das seguintes condições:

I – demonstração pelo proponente de que a renúncia foi considerada na estimativa de receita da lei orçamentária, na forma do art. 12, e de que não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo próprio da lei de diretrizes orçamentárias;

II – estar acompanhada de medidas de compensação, no período mencionado no *caput*, por meio de aumento de receita, proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição.

§ 1º A renúncia compreende anistia, remissão, subsídio, crédito presumido, concessão de isenção em caráter não geral, alteração de alíquota ou modificação de base de cálculo que implique redução discriminada de tributos ou contribuições, e outros benefícios que correspondam a tratamento diferenciado.

§ 2º Se o ato de concessão ou ampliação do incentivo ou benefício de que trata o *caput* deste artigo decorrer da condição contida no inciso II, o benefício só entrará em vigor quando implementadas as medidas referidas no mencionado inciso.

§ 3º O disposto neste artigo não se aplica:

I – às alterações das alíquotas dos impostos previstos nos incisos I, II, IV e V do art. 153 da Constituição, na forma o seu § 1º;

II – ao cancelamento de débito cujo montante seja inferior ao dos respectivos custos de cobrança.

⁴ GOMES, Afonso. *Lei de Responsabilidade Fiscal*, 2006, p. 91.

Sobre o artigo suso mencionado, os autores Carlos Motta, Jorge Jacoby, Jair Santana e Léo Alves tecem entendimento em preclara obra publicada⁵:

Estabelece condições restritivas para concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária do qual decorra renúncia de receita (a figura da renúncia é bem definida no § 1º). O ato deverá estar acompanhado de estimativa do impacto orçamentário-financeiro em três exercícios: o de início de vigência e os dois subsequentes; e ainda, deverá atender ao disposto na lei de diretrizes orçamentárias. Caso a renúncia tenha sido considerada na estimativa de receita da lei orçamentária, e não afete as metas de resultados fiscais, o proponente deverá comprová-lo mediante demonstrativo (inciso I). Em caso contrário, o proponente deverá indicar as medidas de compensação (ou seja, aumento da receita) nos três exercícios considerados (inciso II). Nesta hipótese, o ato só terá efeito após implementadas tais medidas (§ 2º). Seguem-se as exceções indicadas (§ 3º e incisos).

Assim, num primeiro passo, interpretada de acordo com a LRF, a renúncia de receita compreende benefícios que correspondam ao tratamento diferenciado de contribuintes e que importem em redução de valores dos tributos.

Ora. A renúncia de receita compreende sim uma situação em que o ente federativo abdica do direito de arrecadar parte das receitas de sua competência (envolvendo perda fiscal), pela concessão de benefícios a grupo de pessoas ou contribuintes.

Embora os objetivos da renúncia de receita sejam públicos, por natureza, as atividades necessárias a sua consecução nem sempre são executadas por agentes do Estado, e os instrumentos utilizados para programação e controle não são os orçamentos dos entes políticos, de investimento das estatais ou da seguridade social.

⁵ MOTTA, Carlos Pinto Coelho; SANTANA, Jair Eduardo; FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby e ALVES, Léo da Silva. *Responsabilidade Fiscal*, 2000, p. 345.

Assim, necessita de cuidados a serem tomados pela administração pública no sentido de coibir excessos ou favorecimentos que não venham a incentivar a economia brasileira, mas sim deixar de beneficiar aqueles que realmente assumiriam uma contrapartida que viesse a justificar a concessão.

Observe-se que na ausência de tal regulamentação, tudo acontece à margem dos orçamentos públicos e por esta razão a aplicação de recursos decorrentes da renúncia de receita é tratada como gastos tributários indiretos – tratamento distinto daquele reservado aos recursos de custeio e investimento inseridos no contexto dos orçamentos dos entes.

Destarte, sobre esta exegese, constata-se que ela pode representar um grande prejuízo ao erário público, se mal dirigida, sendo que o papel de limitá-la é da própria LRF ao reafirmar o que a Constituição Federal já prelecionara no § 6º do art. 165.

Desta forma, amparada está a interpretação dos juristas susmencionados, pois mister se faz o estabelecimento de restrições na concessão ou ampliação dos benefícios de natureza tributária do qual ocorra renúncia de receita.

3.1. Os meios de renúncia de receita

Como já dito em linhas volvidas, à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios cabe instituir, prever e efetivamente arrecadar todos os tributos de sua competência constitucional. Isto significa que cada esfera de governo deverá explorar adequadamente a sua base tributária e, conseqüentemente, ter capacidade de estimar qual será a sua receita. Este cuidado facilita o cumprimento das metas fiscais e a alocação das receitas para as diferentes despesas.

A renúncia de receita - ou seja, a anistia, a remissão, o crédito presumido, a isenção em caráter não geral, a alteração de alíquota de algum tributo ou modificação da base de cálculo, que tenha como

impacto a diminuição da receita pública – como já dito, deverá estar acompanhada de estimativa de impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois exercícios seguintes.

Todavia, ao analisar a importância do impacto orçamentário-financeiro, mister se faz entender o que vem a ser os principais meios de renúncia de receita.

Primeiramente, assevere-se que a anistia encontra-se prevista no Código Tributário Nacional - CTN. É considerada uma das hipóteses de exclusão do crédito tributário, objetivando dispensar o contribuinte do pagamento das infrações advindas do descumprimento da obrigação tributária. Alcança as multas nascidas pela falta do pagamento dos tributos. A anistia pode ser total ou parcial, atingindo todos os tributos ou apenas alguns deles. Poderá também alcançar valores definidos até certo montante, a certas regiões do território nacional ou outras condições que serão eleitas pela lei específica instituidora do benefício, tudo de acordo com o CTN (arts. 180 a 182).

No que toca à remissão, também prevista no CTN, é uma das hipóteses de extinção do crédito tributário. Ao contrário da anistia, a remissão atinge a dívida como um todo, impondo o seu perdão, remindo o crédito tributário e extinguindo-o total ou parcialmente. Deve a sua concessão ser veiculada por lei específica e também atender a rigorosos critérios de interesse público, cujas hipóteses encontram-se veiculadas no CTN (art. 172).

Quanto ao crédito presumido, o próprio nome praticamente o explica. Em certas circunstâncias, o Poder Público, mediante lei, concede ao contribuinte a presunção de um crédito. O ICMS, de competência estadual, é o típico tributo onde existe tal possibilidade. Na esfera municipal o instituto é de nenhuma aplicabilidade. Exemplo concreto encontramos na Lei Complementar n.º 87, de 13 de setembro de 1996 - conhecida Lei Kandir - que dá a exata noção do benefício, quanto ao ICMS, nos seus arts. 20 e 32. Explicando-o

em resumo: um certo contribuinte "toma" para si parte do ICMS que não seria normalmente seu, mas que, por circunstâncias definidas pela lei e na hipótese legal citada, a fim de incrementar o processo de exportação, credita-se do valor do ICMS. Seria uma receita a mais para o Estado, mas este se desobriga dela em nome de algo que considera maior, favorecendo o contribuinte.

Por fim, destaque-se que a isenção de caráter não geral é considerada como a segunda das hipóteses de exclusão do crédito tributário - a outra é a já abordada anistia - pode ser conceituada como a dispensa legal de pagamento de tributo devido. O seu disciplinamento encontra-se no CTN e a circunstância de ser concedida em caráter não geral, especificamente, está prevista no art. 179. Na espécie de isenção prevista pela LRF - não geral - o contribuinte deverá fazer prova que cumpre a exigência legal ou deverá fazer ou deixar de fazer algo para que possa ser beneficiário do instituto.

Assim, conclui-se que, nesta seara, é importante não confundir incentivo com isenção, remissão, anistia, dentre outros, posto que estes são os meios através dos quais se concedem incentivos (benefícios ou estímulos fiscais). São formas através das quais os incentivos se manifestam, daí poder dizer-se que a limitação estatuída é quanto ao incentivo ou benefício de natureza tributária, manifestado por uma das formas acima relacionadas.

E mais. Dentre as modalidades sucintamente dissertadas, tem-se que a remissão é modalidade de extinção do crédito tributário, ao passo que a anistia e a isenção são modalidades de exclusão de referido crédito.

Necessário se faz consignar que a Constituição Federal, no § 6º do art. 165, é mais abrangente do que a LRF, uma vez que aquela, ao tratar do demonstrativo regionalizado do efeito sobre as receitas e despesas decorrentes de renúncia de receitas, inclui benefícios de natureza financeira, tributária e creditícia, e não somente de natureza tributária, como constante nesta última.

3.2. A estimativa do impacto orçamentário-financeiro da renúncia

Tal estudo serve para avaliar o cumprimento das metas fiscais dos três exercícios anteriores e para demonstrar o que está planejado para o exercício vigente e para os dois seguintes em termos financeiros, envolvendo receitas, despesas, resultados nominal e primário e o montante da dívida pública, inclusive com memória e metodologia de cálculo, além da demonstração da evolução do patrimônio líquido dos três últimos exercícios, da avaliação da situação financeira e atuarial do regime próprio de previdência, da estimativa e da compensação da renúncia de receita e da margem de expansão das despesas obrigatórias de caráter continuado.

Vale ressaltar que, em consonância com o disposto no inc. II do art. 14 da LRF, alternativamente à demonstração relativa às metas de resultados fiscais, pode-se adotar medidas de compensação exclusivamente na área tributária.

Leve-se em conta ainda que, quando o montante do débito seja inferior ao custo da respectiva cobrança, as disposições da LRF, no tocante à renúncia de receita não serão aplicáveis. Isso certamente atende ao chamado "princípio da economia", que deve igualmente nortear as ações administrativas para que o resultado a alcançar seja o melhor possível. Exemplificando, se o município quiser deixar de cobrar parcelas vencidas do IPTU, tão ínfimas que o custo da cobrança é maior do que o valor a receber, poderá cancelar tais débitos. Note-se que tal situação caracteriza-se como verdadeira remissão tributária. Claro que deverá ser concedida por lei, uma vez que na esfera tributária o princípio da legalidade está sempre presente. Nesta hipótese, apesar de ser considerada renúncia de receita, está desobrigada de atender aos ditames da LRF, pois custaria mais ao erário cobrar os débitos do que cancelá-los (art. 14, § 3º, inc. II).

Além disso, para estar de acordo com a LRF, cada governante deverá demonstrar que a renúncia de receita foi considerada na Lei

Orçamentária Anual - LOA e que não afetará as metas previstas na Lei de Diretrizes Orçamentárias - LDO.

Aliás, por oportuno se faz uma breve explanação do que seja a LDO e a LOA.

Em convergência com a Constituição Federal, a LDO destina-se a apontar as metas e prioridades da administração pública dos entes federados incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro seguinte, sendo certo que orientará a elaboração da LOA, tratará a respeito das alterações na legislação tributária e também, para o nível federal, estabelecerá a política das agências financeiras oficiais de fomento (art. 165, § 2º). A sua vigência é anual. A LRF previu a integração na LDO dos anexos de metas fiscais e de riscos fiscais, atribuindo a cada anexo um conteúdo específico (art. 4º, §§ 1º, 2º e 3º).

Quanto a LOA, diga-se a peça legal que prevê todas as receitas e fixa todas as despesas do governo municipal, compreenderá o orçamento fiscal, de investimento e da seguridade social. Ela faz referência aos Poderes Legislativo e Executivo, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público (art. 165, § 5º, da CF). O prazo de vigência da LOA é anual. De acordo com a LRF, a LOA deverá ser elaborada de forma compatível com o Plano Plurianual - PPA e com a LDO, contendo, como anexo, o demonstrativo da compatibilidade da programação dos orçamentos. Além disso, deverá estar acompanhada de demonstrativo dos efeitos da renúncia fiscal, bem como das medidas de compensação a essa renúncia e ao aumento de despesas obrigatórias de caráter continuado. Também deverá estar contida na LOA a chamada reserva de contingência (art. 5º, I, II e III).

Registre-se por fim, que a LDO e a LOA deverão conter um demonstrativo da estimativa e das medidas de compensação da renúncia. Diga-se que no § 6º do art. 165, a Constituição Federal já determina que o orçamento anual se faça acompanhar de um

demonstrativo, onde a Administração revele as conseqüências fiscais da renúncia de receita, que a LRF limita, agora, com mais rigor, e o governo concessor a demonstrar que a renúncia não prejudicará os resultados propostos na LDO, ou então, que a perda será compensada com ações que resultem em aumento da receita tributária própria.

3.3. A não aplicabilidade da LRF em alguns casos de renúncia de receita

A aplicação dos dispositivos relativos à renúncia de receita não atinge todos os tributos existentes no País.

Por determinação da LRF, os mecanismos de renúncia de receita não serão considerados quando o benefício disser respeito aos seguintes impostos, todos de competência da União e previstos no art. 153 da CF: importação de produtos estrangeiros - II (inciso I); exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados - IE (inciso II); produtos industrializados - IPI (inciso IV); e operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários - IOF (inciso V).

Estes impostos estão excluídos por dizer respeito à atividade econômica, seja de pessoas jurídicas, seja de pessoas físicas. Isso porque pode interessar ao País o incremento de determinadas atividades, por exemplo, industrialização. Poderá a União conceder, nessa hipótese, isenção não geral parcial para indústrias que fabriquem determinados produtos, sem que isso esteja vinculado aos rigorosos termos da LRF quanto à renúncia de receita (art. 14, § 3º, I).

Ademais, vale firmar-se mais uma vez que, quando o montante do débito seja inferior ao custo da respectiva cobrança, as disposições da LRF, no tocante à renúncia de receita, não serão aplicáveis.

4. A Lei de Responsabilidade Fiscal e a Constituição Federal na seara da renúncia de receita

A Constituição Federal de 1988 deu grande destaque ao princípio da clareza ou da transparência. Determina, no § 6º do art. 165, que “o projeto de lei orçamentária será acompanhado de demonstrativo regionalizado do efeito, sobre as receitas e despesas, decorrente de isenções, anistias, remissões, subsídios e benefícios de natureza financeira, tributária e creditícia”, medida que se complementa com o controle interno e externo da aplicação das subvenções e renúncias de receita (art. 70).

Esse princípio da transparência é importantíssimo para o equilíbrio orçamentário e abrange qualquer privilégio, ainda que sob a forma de renúncia de receita, de subvenção ou de restituição-incentivo.

Renúncia de receita, expressão utilizada pelo art. 70 da Constituição Federal, como competência do controle externo fiscalizador, abrange todos os mecanismos fiscais em que se podem converter os itens de despesa pública consubstanciados nas subvenções, nos subsídios e nas restituições a título de incentivo.

Destaque-se que tais despesas (subsídios, subvenções e restituições) podem ser camuflados sob a forma de renúncia de receita (nos diversos meios já estudados), uma vez que esses mecanismos financeiros podem acarretar um resultado no qual o Estado se encontre prejudicado em razão do enriquecimento de alguns.

O art. 14 da LRF trouxe regulamentação mais rígida da matéria ao exigir que a concessão ou a ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita deverá estar acompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro, na forma já estudada no tópico anterior.

O objetivo desta lei é melhorar a administração pública,

através da busca em qualificar a gestão fiscal e o equilíbrio das finanças públicas, além de assegurar a estabilidade e a retomada do desenvolvimento sustentável do País.

O maior beneficiário das duas normas é o contribuinte/cidadão, que passa a contar com a transparência na administração e a garantia de boa aplicação das contribuições pagas.

Assim, percebe-se que além de vir dar guarida aos mandamentos constitucionais, a LRF veio reforçar a defesa do erário público sem, todavia, prejudicar concessões que podem exercer contrapartida de suma importância no desenvolvimento econômico de todo o País.

Ressalte-se por fim que, além dos dispositivos constitucionais já citados, no âmbito federal, a CF/88 abriga outros mandamentos relacionados à renúncia de receita, quais sejam, artigos 43, §2º, incisos I, II e III, 150, § 6º, 151, inciso III, 170, incisos VII e IX, 173, § 2º, 174, 179 e 195, §§ 7º e 8º. Além do artigo 41, § 1º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

5. A competência para legislar sobre a renúncia de receita no âmbito estadual

A Lei Complementar nº 24, de 07 de janeiro de 1975, dispõe que as isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias, as reduções de base de cálculo e as prorrogações serão concedidas e revogadas nos termos de convênios celebrados e ratificados pelo Estados e pelo Distrito Federal, através de decreto Executivo. Veja-se:

Art. 4º Dentro do prazo de 15 (quinze) dias contados da publicação dos convênios no Diário Oficial da União, e independentemente de qualquer outra comunicação, o Poder Executivo de cada Unidade da Federação publicará decreto ratificando ou não os convênios celebrados, considerando-se ratificação

tácita dos convênios a falta de manifestação no prazo assinalado neste artigo (g.n.).

Por outro lado, amparado em outro entendimento, o § 6º, do art. 150, da CF/88, prevê:

§ 6º - Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2º, XII, g (g.n.).

Vale ressaltar que a alínea "g", do inciso XII, do art. 155, da CF/88, atribui à lei complementar competência para "regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados".

Com efeito, após a CF/88, não foi editada outra lei complementar para regular a concessão e a revogação de benefícios fiscais, estando vigente a LC n.º 24/75, porém, não em sua totalidade, uma vez que seu art. 4º afronta o § 6º, do art. 150, da CF/88, hierarquicamente superior e cronologicamente posterior.

Assim, a situação posta é a de saber se a concessão de eventual renúncia de receita se dá por lei específica ou por decreto executivo.

Neste estudo defende-se a primeira posição, levando-se em conta que melhor se aplica aos interesses da sociedade, uma vez que a participação da casa legislativa em assuntos de concessão ou revogação de benefícios fiscais é exigida pela CF/88, inclusive com a finalidade de resguardar a receita pública.

Paulo de Barros Carvalho, também defende essa posição⁶:

⁶ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*, 2003, p. 493/494.

A isenção tem de ser veiculada por lei. Nem poderíamos imaginá-la, no contexto de sua fenomenologia, se assim não fosse. Seria aberrante inconstitucionalidade depararmos com uma regra isencional baixada por decreto do executivo. Di-lo muito bem o art. 176 do Código Tributário que a isenção, ainda quando prevista em contrato, é sempre decorrente de lei que especifique as condições e requisitos exigidos para a sua concessão(...).

Logo, para ele, o suso mencionado art. 4º da LC nº 24/75, atualmente, não mais se aplica. E ele não está só. O Professor Hugo de Brito Machado expõe com clareza a seguinte explicação⁷:

A isenção é sempre decorrente de lei. Está incluída na área denominada reserva legal, sendo a lei, em sentido estrito, o único instrumento hábil para sua instituição (CTN, art. 97, VI).

(...)

A Constituição anterior, em face dos problemas que decorreriam da outorga de isenções do ICM pelos Estados, estabeleceu que tais isenções seriam concedidas ou revogadas nos termos fixados em convênios celebrados e ratificados pelos Estados, segundo o disposto em lei complementar (CF, art. 23, § 6º). E a Lei Complementar n. 24, de 7.1.1975, disciplinou a celebração desses convênios.

Tinha-se, nesse particular, verdadeira anomalia jurídica. Na verdade, o comando contido na Constituição era no sentido de que os Estados somente concederiam ou revogariam isenções *nos termos fixados em convênios*. Não no sentido de que tais convênios fossem o instrumento pelo qual seriam concedidas ou revogadas as isenções do ICM. Conceder ou revogar isenção é matéria da reserva legal, nos termos do art. 97, inciso VI, do CTN. Assim, o instrumento pelo qual os Estados devem conceder ou revogar isenções há de ser a *lei*. Os convênios que celebrem uns com os outros devem funcionar como limitações ao Poder Legislativo de cada qual, mas não como instrumento para disciplinar as relações entre o fisco e o contribuinte.

⁷ MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*, 2003, p. 2002 e 343.

Ora, levando-se em conta os ensinamentos dos ilustres tributaristas e o fato de que o decreto legislativo é lei em sentido material, ao passo que o decreto executivo é um ato administrativo, chega-se a uma conclusão de que os Estados e o Distrito Federal devem, para, por exemplo, conceder benefícios de ICMS, sempre firmar entre si convênios. Mas não são estes que os fazem nascer. Apenas integram o processo legislativo necessário à concessão destas desonerações tributárias.

Portanto, os aludidos convênios não concedem isenções de ICMS, só autorizam que o Legislativo de cada Estado e do Distrito Federal venha a concedê-las. Somente assim é que as isenções farão parte do ordenamento jurídico interno dos Estados e do Distrito Federal - após serem aprovadas pelas respectivas Casas Legislativas. O convênio é mero pressuposto para a concessão da isenção do ICMS. Esta surgirá, apenas, após a publicação do texto legislativo que confirma o convênio.

Dessa forma, conclui-se que o art. 4º da LC n.º 24/75 constitui afronta à CF/88. Esse artigo ofende o § 6º, do art. 150, da CF/88 e o princípio da reserva legal, positivado pelo art. 97, do CTN. A lei complementar que regula os convênios interestaduais não pode suprimir o controle das casas legislativas dos Estados e do Distrito Federal. As isenções autonômicas – concedidas por lei ordinária ou por decreto executivo – são manifestamente inconstitucionais e, a qualquer tempo, podem ser contestadas, perante o Supremo Tribunal Federal - STF (art. 102, I, "f", da CF), pelas unidades federativas que se sentirem prejudicadas. Além disso, embora não tenha sido objeto de questionamento, ou seja, se a lei é a única que pode isentar o ICMS, também só através dela se poderá prorrogar um benefício e excluir uma isenção, mandando novamente tributar, inclusive porque neste caso estar-se-á diante de nova hipótese de incidência do tributo.

6. Conclusão

Quando a lei exige a efetiva arrecadação de todos os tributos, não basta dispor de toda uma estrutura de normatização legal, previsão e planejamento de todos os tributos da competência constitucional. Deve, além disso, possuir alguma arrecadação concreta que justifique monetariamente a existência do tributo.

Pode-se entender, então, por efetiva arrecadação o manifesto esforço do administrador público em arrecadar os tributos de sua competência. Faz-se tal ressalva em virtude da possibilidade de ocorrerem situações em que, por razões alheias à vontade da Administração, o valor do tributo não venha a ingressar nos cofres públicos, embora tenha o agente público adotado todas as providências cabíveis.

A renúncia de receita compreende situação na qual o ente federativo abdica do direito de arrecadar parte das receitas de sua competência (envolvendo perda fiscal), pela concessão de benefícios a grupo de pessoas ou de contribuintes.

Ela é decorrente de autorização legal, seja esta genérica ou específica, com vistas ao incentivo e/ou ampliação competitiva nos setores de produção e desenvolvimento regional e deverá atender às condições do art. 14, inc. I e II da LRF ressalvados os casos descritos no § 3º, inc. I e II, do referido artigo, bem como ao *mandamus* inserto no § 6º do art. 165 da Carta Magna.

Assim, em respeito às premissas constitucionais que deram azo à criação do comentado art. 14 da LRF que dispõe sobre o tema objurgado, pode-se afirmar que a exigência básica é o planejamento. Com o advento de tais dispositivos, os entes políticos não mais poderão apresentar planos orçamentários feitos apenas para cumprir a forma da lei, haja vista que dessa forma eles devem controlar o montante de recursos que deixam de arrecadar, sob a forma de renúncia de receita e avaliar os resultados desta política, comparados aos objetivos dos planos do governo. Claro que não se trata de tarefa

fácil, mas não é impossível, sendo certo que as estimativas podem ser mais ou menos precisas, tal qual ocorre na elaboração do orçamento fiscal.

Ressalte-se ainda que o montante das renúncias deve ser de conhecimento dos três poderes, bem como dos Tribunais de Contas e do Ministério Público, uma vez que possuem percentual de repasse dependentes da apuração do resultado das receitas.

Não obstante tais preceitos, ainda não foram instituídos mecanismos de controle que permitam conhecer, em nível agregado e por exercício financeiro, os montantes de recursos renunciados, os beneficiários destes recursos e os resultados efetivos comparados aos objetivos dos planos de governo.

Na verdade, não tem efetivo controle do que deixa de arrecadar, sob a forma de renúncia de receita e não avalia os resultados desta política.

O mecanismo de limitação foi criado com arcabouço no § 6º do artigo 195 da CF/88, contudo o controle ainda se faz tímido.

No âmbito nacional, tal qual nos demais, não existe uma fiscalização efetiva do que é renunciado. No entanto, o Tribunal de Contas da União, desde 2001, no afã de tentar controlar a renúncia de receita, criou uma divisão denominada “2ª Diretoria Técnica da Secretaria de Macro Avaliação Governamental – SEMAG”. Ela possui como escopo levantar, inspecionar e auditar os órgãos arrecadores.

A exemplo do TCU, alguns Estados como Bahia, Goiás, Mato Grosso, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul e Santa Catarina, além do Distrito Federal, também vêm, a pouco tempo, criando divisões dentro de seus respectivos Tribunais de Contas com o fim de colocar em prática os preceitos ditados pela CF/88 e LRF.

Ademais, tal controle não deve ser somente feito pelos três poderes, TCs e MP. Mister se faz sua aplicação, precipuamente, pela sociedade, haja vista ser o principal interessado nas condições do erário público.

Por fim, cumpre frisar que a arrecadação é a forma de a Administração garantir a prestação de serviços a atender o interesse público.

Essa administração pode se utilizar do instituto da renúncia de receita, porém, com total observância aos pressupostos constitucionais ensejadores da criação da LRF, em especial, do artigo 14, limitador da atuação do ente político na concessão de benefícios fiscais.

Bibliografia

BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à Ciência das Finanças*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Financeiro e de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 1991.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 15. ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

CRUZ, Flávio da; VICCARI JÚNIOR, Adauto; GLOCK, José Osvaldo; HERZMANN, Nélio; BARBOSA, Rui Rogério

Naschenweng. *Comentários à Lei nº 4320*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

CRUZ, Flávio da; VICCARI JÚNIOR, Adauto; GLOCK, José Osvaldo; HERZMANN, Nélío; TREMEL, Rosângela. *Lei de Responsabilidade Fiscal Comentada*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

FIGUEIRÊDO, Carlos Maurício; NÓBREGA, Marcos. *Lei de Responsabilidade Fiscal*. 4. ed. São Paulo: Campus, 2006.

_____. *Responsabilidade Fiscal: Aspectos Polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

GOMES, Afonso. *Lei de Responsabilidade Fiscal*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

_____, *Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho; SANTANA, Jair Eduardo; FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby; ALVES, Léo da Silva. *Responsabilidade Fiscal*. 1. ed, Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho; FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Responsabilidade Fiscal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

TOLEDO JÚNIOR, Flávio C. de; ROSSI, Sérgio Ciquera. *Lei de Responsabilidade Fiscal*. 3. ed. São Paulo: NDJ, fev/2005.

Critérios para Reajustamento de contratos são utilizados na Administração Pública de forma imprópria

Leonardo Teixeira Ramos

Graduado em Engenharia Civil pela
Escola Politécnica de Pernambuco.

Analista de Finanças e Controle - Coordenação Geral
de Auditoria da Área de Integração Nacional – CGU.

Resumo: durante a execução de um contrato, são necessárias garantias que promovam a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, sobretudo em se tratando de acordos envolvendo o erário público. Para que não ocorra um desequilíbrio que penalize o contratado, a Lei nº 8666/93 regulamentou e mencionou critérios que solucionaram a questão. No entanto, a administração pública não utiliza de forma correta os mecanismos previstos em Lei, principalmente no tocante ao instrumento denominado como reajuste. Este artigo visa à elucidação do assunto, demonstrando que os critérios utilizados para o reajuste de contratos podem onerar sobremaneira a Administração.

1. Introdução

Durante a execução de um contrato, podem ocorrer fatos que venham a desequilibrar a proposta de preços feita pela contratada à contratante. Esse desequilíbrio pode ser causado por falhas na elaboração do preço pela contratada, por flutuações inesperadas das variáveis estipuladas na formação dos preços, por alterações unilaterais do contrato ou, ainda, pela ocorrência de situações políticas que possam influenciar, de alguma maneira, o contrato em questão. Se, por um lado, o contratado fica obrigado a assumir os riscos de um orçamento mal elaborado, por outro não seria justo que as mudanças bruscas de cenário, sem participação direta da empresa, venham a ser por ela suportadas.

De forma a não permitir este quadro, ou seja, que o contratado seja penalizado por essas situações, a Lei nº 8666/93 regulamentou e mencionou critérios para a configuração de um desequilíbrio econômico e financeiro, que pode ser negociado entre as partes.

Sobre a necessidade de se firmar entendimento acerca da correta aplicação das disposições contidas na Lei de Licitações e Contratos Administrativos, no que tange à garantia de restabelecimento das condições efetivas da proposta inicial em processo licitatório, este artigo tem o fito de demonstrar a correta aplicação do reequilíbrio econômico-financeiro, sobretudo no tocante ao instrumento denominado como reajuste.

A garantia do equilíbrio econômico-financeiro do contrato é uma das vigas mestras do Direito Contratual Administrativo e encontra supedâneo no próprio texto da Constituição Federal, quando a Carta Política se refere à manutenção das condições efetivas da proposta (art. 37, inciso XXI).

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, “*Equilíbrio econômico-financeiro (ou equação econômico-financeira) é a relação de igualdade formada, de um lado pelas obrigações assumidas pelo contratante no momento do ajuste e, de outro lado pela compensação econômica que lhe corresponderá*”¹.

No momento em que as condições inicialmente estabelecidas não estiverem mais em equilíbrio, muitas vezes por aumento do custo de produção, advindo do preço dos insumos (fato não suportado pelo contratado), sem acréscimo da retribuição financeira do contratante, faz-se necessário que seja garantido o reequilíbrio econômico-financeiro do acordo.

¹ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, 25ª ed., [s.l.]: Malheiros, 2008, p. 630.

Embora muitas vezes utilizadas em conjunto, existe uma diferença entre o que é econômico e o que é financeiro, permanecendo, todavia, reflexos de um no outro.

2. Diferença entre o que é Econômico e o que é Financeiro

Sabemos que determinadas condições existentes no momento da proposta fogem à qualquer controle/regulamento do Poder Público, posto que são regidas pelas forças do mercado existentes naquele momento, condicionando o preço devido às influências da relação oferta *versus* demanda do objeto contratado. Este é o principal parâmetro que compõe o equilíbrio econômico inicial do contrato, ao qual se refere a alínea "d", inciso II do art. 65 da Lei nº 8.666/93.

A periodicidade para a manutenção deste equilíbrio econômico não tem regulamento, nem pode ser regulada por dispositivo legal algum, uma vez que são as chamadas "Leis" de mercado que regem o comportamento da relação oferta *versus* demanda, e não as leis do Poder Público.

Assim sendo, verifica-se que o desequilíbrio de caráter essencialmente econômico caracteriza-se como hipótese de fato imprevisível ou previsível de conseqüências incalculáveis, haja vista que as flutuações de mercado não são controláveis. Por conta disto, as conseqüências do reequilíbrio nesta seara podem ser favoráveis, em termos, ao contratado ou à Administração. Utiliza-se a expressão "em termos", visto que o reequilíbrio não favorece absolutamente qualquer das partes, apenas atualiza o preço (para baixo ou para cima) frente às novas condições efetivas do mercado. Isto faz com que as condições, inclusive de lucro/perda, sejam mantidas na situação original da proposta.

Diferentemente do equilíbrio econômico, o equilíbrio financeiro procura dosar as perdas ocasionadas em decorrência de variações no poder aquisitivo da moeda, materializado por correções e/ou "reajustes" administrativos incidentes nos contratos. Nestes casos, o

Poder Público pode sim interferir, regulando a periodicidade para o reequilíbrio, como o faz na legislação que dispõe sobre o Sistema Monetário Nacional para os critérios de conversão e atualização das obrigações, dentre outros.

O equilíbrio financeiro é exigido, obrigatoriamente, tanto nos editais de licitação (alínea "c", inciso XIV, art. 40 da Lei nº 8.666/93), quanto nos contratos firmados com a administração pública (inciso III, art. 55, da Lei nº 8.666/93). Já o equilíbrio econômico, exatamente por se caracterizar como hipótese de fato imprevisível ou previsível de conseqüências incalculáveis, não há como ser previamente estipulado o seu repasse, não constando de parte obrigatória, sequer necessária, nos editais e contratos, mas devidamente prevista na alínea "d", inciso II, art. 65 da Lei nº 8.666/93.

3. Instrumentos utilizados para manter o equilíbrio Econômico-Financeiro

De acordo com a Lei de Licitações, existem quatro instrumentos distintos com a finalidade de conservar o equilíbrio econômico-financeiro da proposta vencedora no certame licitatório, alterando o valor contratual durante sua execução, a saber: 1º) atualização financeira, em razão do atraso no pagamento (cf. art. 40, inc. XIV, alínea "c"); 2º) reajuste (cf. art. 40, inc. XI); 3º) restabelecimento do equilíbrio da equação econômico-financeira do contrato (cf. art. 65, inc. II, alínea "d") e 4º) alteração contratual por acordo entre as partes.

1) Atualização financeira por atraso no pagamento: também denominada correção monetária, é a atualização do valor contratual, decorrente do atraso no pagamento e da conseqüente desvalorização nominal da moeda frente ao processo inflacionário (cf. art.40, inc.XIV, alínea "c"). Portanto, o desequilíbrio ocorrido pelo atraso no pagamento deve ser ajustado com este instrumento.

2) Reajuste: representa uma cautela prévia e apta a impedir o rompimento do referido equilíbrio, materializado na aplicação periódica, sobre os preços contratados, de um índice de preços setorial ou geral (art. 55, inciso III, Lei de Licitações) que reflita as variações dos custos de produção.

A Lei Federal n. 10.192/2001 também expressa, em seu art. 2º, o objetivo da cláusula de reajuste, qual seja, a absorção pelo contrato da variação dos custos de produção ou dos insumos utilizados e refletidos num índice que, espera-se, venha a impedir o rompimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, não estando sua aplicabilidade submetida a nenhuma condição, exceto a periodicidade anual.

Em síntese, temos que reajuste nada mais é do que o realinhamento do valor contratual, oriundo da elevação ou diminuição do custo de produção de seu objeto, tendo por base índices previamente fixados no edital, que serão alterados pelo curso normal da economia.

3) Restabelecimento do equilíbrio da equação econômico-financeira: comumente chamada de revisão contratual, repactuação, realinhamento ou reequilíbrio, pressupõe um estado de crise, um acontecimento imprevisível e inevitável ou, se previsível, de conseqüências incalculáveis, que implica fatalmente no desequilíbrio econômico-financeiro do contrato. Fundamenta-se na ocorrência de um fato superveniente e excepcional e, por isso mesmo, é preciso aplicá-la de forma restritiva e não extensiva.

4) Aditivos contratuais: não se encontram óbices na doutrina, para a utilização deste instrumento, quando alterações no projeto ou no cronograma de execução oneram sobremaneira o particular, culminando no acordo com a Administração do ajuste financeiro necessário a cobrir o aumento de custos.

Diante dos instrumentos apontados, o autor tem verificado, em auditorias realizadas no âmbito da CGU, que a administração

pública, muitas vezes, confunde os institutos aqui abordados, sobretudo quanto ao reajuste de contratos, empregando de maneira errônea este meio para o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, culminando em possível superfaturamento.

4. Histórico do reajuste

O mecanismo de reajustamento de contratos tem sua origem nos tempos em que a inflação, em nosso país, atingia índices extremamente significativos e superiores a quaisquer que fossem os juros de mercado ou margens percentuais de lucro em transações comerciais.

A cultura do reajustamento é fruto, portanto, das diversas décadas em que era necessária a revisão de preços contratados para atualizá-los e protegê-los de uma inflação que, em poucos meses, seria capaz de dissolver qualquer preço avençado, tornando-o irrisório. Os custos de produção, pois, precisavam ser constantemente reajustados.

O primeiro normativo a prever o reajuste de preços foi o Decreto-Lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986, que disciplinava as licitações e contratos administrativos, com vistas a criar um “remédio” para as altas taxas de inflação da década de 80. Nos termos do art. 32 do referido Decreto-Lei, a inclusão de cláusulas de reajustamento de preços seria facultativo pela Administração Pública, sendo obrigatório apenas a partir da promulgação da Lei nº 8.666/93, chamada de Lei de Licitações e Contratos Administrativos desde então.

Para a implementação de um novo plano de governo em 1994, com a edição da Lei nº 8.880/94 - *que dispôs sobre o Programa de Estabilização Econômica e o Sistema Monetário Nacional e instituição da Unidade Real de Valor (URV)* - o legislador teve claramente a intenção de “congelar” os contratos pelo período estabelecido de um ano, provocando uma desindexação imediata nos mesmos, o que

contribuiria para a desindexação da economia como um todo, como determinado pelo art. 11 da referida Lei, *verbis*:

Art. 11. Nos contratos celebrados em URV, a partir de 1º de março de 1994, inclusive, é permitido estipular cláusula de reajuste de valor por índice de preços ou por índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados, desde que a aplicação da mesma fique suspensa pelo prazo de um ano.

Pretendia-se acabar ou ao menos diminuir drasticamente a inflação e, para isso, fazia-se necessário limitar os dispositivos criados pelo direito para proteção dos efeitos desta mesma inflação, visto que tais “remédios”, apesar de combaterem as conseqüências da inflação, acabavam por agravar e perpetuar o quadro inflacionário. Era fundamental, portanto, desindexar a economia e o reajustamento de preços sempre foi, sem dúvida, um mecanismo indexador.

Tal processo de estabilização foi executado em duas etapas, sendo a primeira com a instituição da URV e a segunda com o advento da Lei nº 9.069/95, que dispunha sobre o Plano Real.

A Lei nº 9.069/95, no art. 28, caput e § 3º, inc. III, reafirmava a intenção de manter irremovíveis os contratos que viessem a ser assinados pelo prazo de um ano. Essa norma expressamente ratificava o “congelamento” anual dos preços contratados, ao dispor que a data da contratação é que seria o marco inicial para a contagem da periodicidade anual.

As divergências atuais de interpretação, no instituto do reajuste de contratos, surgiram com a edição da Lei nº 10.192/01, que dispõe sobre as medidas complementares ao Plano Real. Tal diploma legal, no § 1º do art. 3º, determina que a periodicidade anual dos contratos seja contada a partir da data limite para a apresentação da proposta ou do orçamento a que essa se referir.

Assim, não mais se utilizaria a data da efetiva contratação como marco inicial para apuração do percentual do reajuste.

A falta de precisão legislativa levou alguns gestores a crerem que a Lei nº 10.192/01 havia revogado a Lei nº 9.069/95 e promoverem o reajuste depois de transcorrido um ano da data limite para apresentação da proposta ou do orçamento básico, ainda que não se houvesse passado 12 meses da assinatura do contrato.

5. Controvérsia entre a periodicidade do reajuste

A Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995, que dispõe sobre o Plano Real e o Sistema Monetário Nacional, estabelecendo as regras e condições de emissão do REAL e os critérios para conversão das obrigações para o REAL, e a Lei nº 10.192, de 14 de fevereiro de 2001, que dispõe sobre medidas complementares ao Plano Real, causaram algumas distorções no entendimento da periodicidade do reajuste, que este artigo tem o objetivo de elucidar.

O art. 28 da Lei nº 9.069/95 dispõe:

Art. 28. Nos contratos celebrados ou convertidos em REAL com cláusula de correção monetária por índices de preço ou por índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados, a periodicidade de aplicação dessas cláusulas será anual.

§1º É nula de pleno direito e não surtirá nenhum efeito cláusula de correção monetária cuja periodicidade seja inferior a um ano.

(...)

§3º A periodicidade de que trata o caput deste artigo será contada a partir:

(...)

III - da contratação, no caso de obrigações contraídas após 1º de julho de 1994.

A Lei nº 10.192/01, por sua vez, no art. 2º, ratificou a periodicidade anual dos reajustes. No entanto, o art. 3º deu novo entendimento à Lei anterior, *verbis*:

Art. 2º É admitida estipulação de correção monetária ou de reajuste por índices de preços gerais, setoriais ou que reflitam a variação dos custos de produção ou dos insumos utilizados nos contratos de prazo de duração igual ou superior a um ano.

§1º É nula de pleno direito qualquer estipulação de reajuste ou correção monetária de periodicidade inferior a um ano.

Art. 3º Os contratos em que seja parte órgão ou entidade da Administração Pública direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, serão reajustados ou corrigidos monetariamente de acordo com as disposições desta Lei, e, no que com ela não conflitarem, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

§1º A periodicidade anual nos contratos de que trata o caput deste artigo será contada a partir da data limite para apresentação da proposta ou do orçamento a que essa se referir.

§2º O Poder Executivo regulamentará o disposto neste artigo.

Como se percebe, de modo diverso do previsto no art. 28, § 3º, III, da lei anterior, que dispõe como marco inicial da contagem do período anual de reajuste a data da assinatura do contrato, a lei atual determina a utilização facultativa da data limite para apresentação das propostas ou a do orçamento a que essa se referir.

Assim, surgem dois momentos distintos e que servirão de marcos para a aplicação do reajuste, devendo ser definidas: 1) a data a partir da qual estará o órgão autorizado a proceder ao primeiro reajustamento do contrato e; 2) a data que servirá como termo inicial para apuração do percentual do reajuste.

Conforme o histórico legislativo, temos que o art.11 da Lei nº 8.880/94, o art.28, *caput* e §1º, da Lei nº 9.069/95 e o art.2º, §1º, da Lei nº10.192/01 são convergentes no sentido de considerar que a periodicidade da aplicação das cláusulas de reajuste é anual, opinião esta com a qual também concordam a doutrina e a jurisprudência.

Contudo, a controvérsia reside em saber se a data deste reajuste ocorre após completado um ano da proposta ou do contrato.

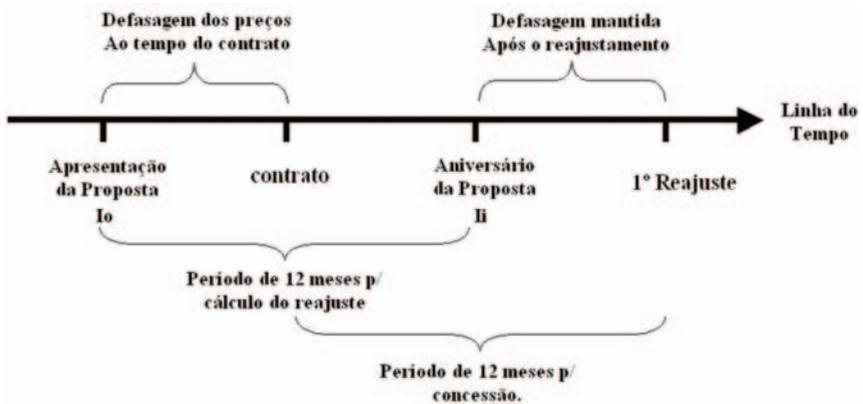
Destaca-se, neste momento, que o art. 2º da Lei nº 10.192/01 dispõe o seguinte: *“é admitida estipulação de correção monetária ou de reajuste por índices de preços gerais, setoriais ou que reflitam a variação dos custos de produção ou dos insumos utilizados nos contratos de prazo de duração igual ou superior a um ano”*.

Esse artigo, clara e expressamente, ratifica a idéia (instituída desde 1994) de manutenção das condições contratuais pelo prazo de um ano, na medida em que impede a concessão de qualquer reajuste se a execução do contrato não superar 12 meses. O que se pretende, portanto, é impor aos contratados que assumam seus preços pelo prazo de um ano, pois findo tal período é que o primeiro reajuste poderá ser concedido. Ademais, somente após a efetiva contratação é que o acordo pode ser protegido pelo direito, visto que é neste momento que surge a relação jurídica entre as partes, uma vez que antes disso a Administração não está obrigada a contratar;

Note-se que o conceito de periodicidade não se confunde com o de exigibilidade para a concessão do primeiro reajuste. O sentido de periodicidade está definido no art. 3º, inc. VI, do Decreto Federal nº 1.054, de 7 de fevereiro de 1994, com redação alterada pelo Decreto nº 1.110, de 13 de abril de 1994: *“intervalo de tempo entre dois reajustes sucessivos do preço”*.

Assim, compatibilizando o disposto no § 1º do art. 3º da Lei nº 10.192/01, com o conceito de periodicidade, bem como com a exigência de se manter intactos os contratos firmados por um período de doze meses - previstos, desde 1994, sucessivamente pela Lei nº 8.880/94, Lei nº 9.069/95 e, atualmente ratificada pelo art. 2º da Lei nº 10.192/01, todas em vigor - a melhor interpretação indica a seguinte solução: assinado um contrato, este só poderá ser reajustado após um ano, funcionando como termo inicial para apuração do percentual de reajuste a data limite para a apresentação da proposta ou a do orçamento a que esta se referir (a ser

obrigatoriamente eleita pelo órgão público licitante, por ocasião do Edital de Licitação) e como termo final a data de aniversário do evento eleito. Gráficamente é demonstrado como se segue:



O Reajuste de preços visa tão-somente à atualização da situação que foi pactuada, repondo ao contrato o equivalente às perdas provocadas pela inflação. Após o reajuste, a situação contratual deverá voltar a ser a mesma que se verificava ao tempo da contratação, nem melhor, nem pior, para ambas as partes.

Defendendo que o reajuste ou reajustamento de preços ou de tarifas é conduta contratual autorizada por lei para corrigir os efeitos ruinosos da inflação, Hely Lopes Meirelles já dizia: “o reajustamento contratual de preços é a majoração dos valores unitários ou de parte do valor global contratado, segundo o previsto no contrato, para compensar a inflação e atender às elevações do mercado, decorrentes da desvalorização da moeda ou do aumento geral de custos no período de sua execução”².

Se alguma defasagem de preços existia ao tempo do contrato, esta deverá ser mantida nas mesmas proporções após a concessão do reajuste, pois se o contratado acatou a condição de iniciar a obra

² Hely Lopes Meirelles, atualizada por Eurico de Andrade Azevedo e Vera Monteiro, *Licitação e Contrato Administrativo*, 14ª ed., Malheiros Editores, 2006, p. 210.

com preços antigos, essa mesma condição deverá ser mantida um ano após o contrato (não se pode esquecer a exigência, prevista no art. 2º da Lei nº 10.192/01, de não concessão de reajuste para os contratos com prazo de duração inferior a um ano).

Note-se que, depois de vencido o prazo de validade de sua proposta, o licitante vencedor não mais está obrigado a assinar o contrato; logo, se o faz, está ciente de que deverá assumir tais preços pelo período de um ano. Quanto a esse aspecto, a Lei nº 8.666/93, no art. 64, § 3º, assim dispõe:

Art. 64. A Administração convocará regularmente o interessado para assinar o termo de contrato, aceitar ou retirar o instrumento equivalente, dentro do prazo e condições estabelecidos, sob pena de decair o direito à contratação, sem prejuízo das sanções previstas no art. 81 desta Lei.

(...)

§ 3º Decorridos 60 (sessenta) dias da data da entrega das propostas, sem convocação para a contratação, ficam os licitantes liberados dos compromissos assumidos.

Portanto, a proteção ao patrimônio do contratante está garantida pela própria Lei de Licitações, não havendo, por conseguinte, razão para que o contrato seja corrigido antes do prazo mínimo fixado em lei desde o Plano Real, em 1994.

Conforme explanado, a melhor interpretação para o direito, dentro das circunstâncias que propulsionaram a criação da norma jurídica, segundo ensinamentos de Miguel Reali, em que o direito sobrevém do trinômio: fato, valores e norma, podemos assim entender a fórmula do reajuste:

$$V_r = \frac{I_1 V_0}{I_0}$$

onde,

V_r = Valor corrigido em determinada época;

V_0 = Valor Inicial;

I_0 = Índice referente à data base correspondente à data fixada para apresentação da proposta ou do orçamento a que ela se referir;
 I_1 = Índice referente à data base correspondente ao aniversário da proposta ou orçamento.

Temos que V_r será corrigido após 12 meses do início da vigência do contrato, enquanto os índices fixados no Edital terão sempre como data base o aniversário da proposta. Salienta-se que o indexador adotado provém de publicações de fontes especializadas em índices econômicos, utilizado aquele que melhor refletir setor de produção, como por exemplo, o INCC (FGV), ICC (FIPE), CUB (Sinduscon), entre outros.

6. Jurisprudência

Entendimentos proferidos pelas Cortes de Contas corroboram com o exposto neste trabalho, como é o caso do entendimento do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, conforme sentença proferida, em 30 de junho de 2004, no processo TC 036164/026/99, donde se destaca o trecho abaixo transcrito:

(...) em relação aos outros óbices registrados na instrução, não se afiguram suficientes para afastá-los, especialmente, quanto a defasagem verificada entre o orçamento da CDHU e a divulgação do edital, ou seja, de um ano e três meses, dando ensejo a incidência de reajuste já na data da contratação, cujo procedimento identifica-se com a prática adotada pelo DER e reiteradamente condenada por esta Corte.³

Ressalte-se que tal decisão foi objeto de Recurso conhecido e não provido, por unanimidade, conforme a seguinte ementa:

Recurso ordinário em face de sentença que julgou irregulares licitação, contrato e termos subsequentes certificado “qualihab”, reajuste imediato pela defasa-

³ SÃO PAULO. Tribunal de Contas do Estado, Segunda Câmara. Recurso Ordinário nº 036164- 026/99, São Paulo, SP, 30 jun. 2004. Disponível em: <http://200.144.29.11/arqs_juri/3616402699.TXT>.

gem entre o orçamento e o edital, bem como retenção parcelada da caução. Precedente. Situação mantida. Conhecido e não provido. Votação unânime.³

No mesmo sentido, tem-se a decisão do Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul no processo de Tomada de Contas nº 000184-02.00/99-25, proferida em 29 de agosto de 2001. Nos fundamentos de seu voto, o Relator Conselheiro Sandro Dorival Marques Pires, unanimemente seguido pelo Tribunal Pleno, ponderava:

b) Já no mês de maio do exercício de celebração do contrato o valor acordado foi reajustado em oito por cento (8%), o que vale dizer, quatro meses após o início da relação. Deste modo, também, houve burla ao parágrafo 1º do artigo 2º da Medida Provisória nº. 1540-26/97, assento legal que definiu como nula de pleno direito a aplicação de reajuste em relações jurídicas que ainda não tenham completado um ano de vigência.⁴

Note-se, ainda, que a medida provisória citada foi convertida na Lei nº 10.192/01, mantendo-se a mesma redação do art. 2º, caput e parágrafo 1º.

O argumento de que o reajustamento apenas pode ser concedido após transcorrido um ano da vigência do contrato foi também prestigiado na decisão proferida em 6 de dezembro de 2004, pela Segunda Câmara Especial do TCE-RS, no processo de Prestação de Contas nº 000753-02.00/00-46. Na motivação do seu voto, unanimemente seguido pelos demais Conselheiros, o Auditor Substituto de Conselheiro Pedro Henrique Poli de Figueiredo assim se posicionou:

4.4 (fls. 366 a 367) - Concessão de reajuste monetário em prazo inferior a um ano de vigência do contrato.

⁴ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Contas do Estado, Segunda Câmara Especial. Prestação de Contas nº 000753-02.00/00-4, Porto Alegre, RS, 6 dez. 2004. Disponível em: <www.tce.rs.gov.br>.

A ausência de previsão de correção no contrato original acrescido da determinação de periodicidade anual de reajustes levam à manutenção da glosa.⁵

7. Conclusões

Em síntese, conclui-se que quatro elementos são distintos e essenciais para a definição do momento de exigibilidade dos reajustamentos dos contratos, bem como para os cálculos dos percentuais de correção a serem utilizados: a previsão, a partir do edital de licitação, de cláusula inerente ao reajustamento; a periodicidade para sua incidência; a data que servirá de marco inicial para apuração do percentual de reajuste; e a data de exigibilidade do primeiro reajuste.

A periodicidade diz respeito ao lapso de tempo transcorrido entre a concessão de dois reajustes sucessivos. Neste ponto não há discordância prática, jurisprudencial ou doutrinária de que deve ser respeitado o intervalo de doze meses estabelecido desde a Lei nº 8.880/94.

A data que deve servir de marco inicial para apuração do percentual de reajuste não necessariamente tem de ser a mesma que funcionará como referência para o período de exigibilidade da concessão da primeira reforma dos preços. Isso acontece porque a Lei nº 8.880/94, ratificada pela Lei nº 9.069/95, determinou o “congelamento” dos contratos pelo período de um ano após a sua assinatura. Tais dispositivos não foram revogados pela Lei nº 10.192/01, a qual inovou o direito tão-somente no que diz respeito à determinação da data que funcionará como início da contagem do período anual de reajustamento – que deixou de ser a data da efetiva contratação para ser a de apresentação das propostas ou a do orçamento a que esta se referir. Assim, a partir de 2001, os contratos

⁵ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Contas do Estado, Segunda Câmara Especial. Prestação de Contas nº 000753-02.00/00-4, Porto Alegre, RS, 6 dez. 2004. Disponível em: <www.tce.rs.gov.br>.

poderão ser reajustados um ano após a efetiva contratação, devendo ser majorados no percentual equivalente à inflação (apontada pelos índices específicos ou setoriais indicados no contrato) verificada entre a data de apresentação das propostas (ou a do orçamento básico) e a de seu aniversário.

Conforme explanado, essa é a melhor interpretação para o direito, uma vez que

1) não houve revogação expressa dos artigos 11 da Lei nº 8.880/94 e 28, caput e § 3º, inc. III da Lei nº 9.069/95, devendo os mesmos, enquanto possível, serem considerados vigentes;

2) a própria Lei nº 10.192/01, no art. 2º, proíbe o reajustamento de contratos com prazo de duração inferior a doze meses;

3) o fundamento histórico para a instituição legal do “congelamento” dos contratos pelo prazo de um ano, que foi a desindexação da economia para contenção da inflação, continua sendo uma preocupação atual;

4) a equação econômico-financeira, apesar de surgir no momento da apresentação da proposta, somente após a efetiva contratação é que pode ser protegida pelo direito, visto ser neste momento que surge a relação jurídica entre as partes, que antes disso não estão obrigadas a contratar;

5) o Reajustamento de preços é um mecanismo absolutamente distinto do Reequilíbrio econômico-financeiro, pois serve apenas para atualizar a situação pactuada, devolvendo ao contrato o mesmo equilíbrio verificado ao tempo de sua efetivação, como se inflação não houvesse;

6) a proteção ao patrimônio do particular, em face da inflação existente entre a apresentação das propostas e a data da contratação, é garantida não por reajustamento de preços, mas sim pelo § 3º do

art. 64 da Lei 8.666/93, que fixa em 60 (sessenta) dias o prazo de validade das propostas, de modo que os licitantes não precisam, se não o desejarem, contratar com a Administração depois de transcorrido esse prazo.

Em qualquer caso, é imprescindível fixar no Edital de licitação os critérios de reajustes a serem adotados, ou seja, precisam ser previamente definidos os índices específicos ou setoriais a serem utilizados, bem como a data que servirá de marco inicial para o cálculo do reajuste.

Referências

MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*. 14ª ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo e Vera Monteiro. Malheiros Editores, 2006, p. 210.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25ª ed., Malheiros Editores, 2008, p. 630.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Contas do Estado, Tribunal Pleno. Tomada de Contas nº 000184-02.00/99-2, Porto Alegre, RS, 29 ago. 2001. Disponível em: <www.tce.rs.gov.br>.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Contas do Estado, Segunda Câmara Especial. Prestação de Contas nº 000753-02.00/00-4, Porto Alegre, RS, 6 dez. 2004. Disponível em: <www.tce.rs.gov.br>.

SÃO PAULO. Tribunal de Contas do Estado, Segunda Câmara. Recurso Ordinário nº 036164-026/99, São Paulo, SP, 30 jun. 2004. Disponível em: <http://200.144.29.11/arqs_juri/3616402699.txt>

O papel dos Tribunais de Contas na atual conjuntura política e econômica do país: uma questão de cidadania

Dalton Tria Cusciano

Estudante de Direito
Graduando da 1ª turma de Direito
da Escola de Direito de São Paulo
da Fundação Getulio Vargas(EDESP/FGV).

Resumo: A importância do Tribunal de Contas reside no seu papel de controle da administração pública e de sua imagem como verdadeiro guardião do dinheiro público, que por ser público é de todos, pressuposto este usualmente ignorado pela coletividade. Todavia, sua tarefa de guardião é desafiada cotidianamente, por gastos de duvidosa qualidade ou necessidade realizados por agentes da máquina estatal que utilizam nosso dinheiro como meio exclusivamente político, de questionável benefício ao interesse público. Logo, enquanto todos deveriam interessar-se pelos gastos do Estado, poucos o fazem, transformando sua atuação em um Álamo, que resiste bravamente, esperando diariamente o reforço de cidadãos para auxiliarem em uma fiscalização que vise a efetiva gestão responsável e justa da coisa pública. Por fim, devemos ter em mente que não cabe somente ao Tribunal de Contas o combate e a prevenção do uso equivocado da máquina estatal, e sim principalmente a nós, cidadãos.

Os alicerces para a lógica do Tribunal de Contas irradiaram da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789, que em seu 15º artigo proclamava: “A sociedade tem direito de pedir conta a todo agente público de sua administração”.

Introduzido no Brasil, sob os ensinamentos de Ruy Barbosa em 1890, o Tribunal de Contas era definido na exposição de motivos como “corpo de magistratura intermediária à Administração e à Legislação, que, colocado em posição autônoma, com atribuições de revisão e

juízo, cercado de garantias contra quaisquer ameaças, possa exercer suas funções vitais no organismo constitucional”.

Já na lição de Sérgio Ferraz, “Os Tribunais de Contas são artífices da democracia e do Estado de Direito neste País. São construtores da moralidade pública e, portanto, têm uma atividade praticamente sacerdotal”.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o Tribunal de Contas passou a obedecer aos ditames dos artigos 70 a 75 de nossa Carta Magna visando efetivar o controle da administração pública, orientando que a mesma atuasse de acordo com os princípios constitucionais, focando-se sempre no interesse público, por mais diluído que tal conceito seja.

O Tribunal de Contas, pertencente ao Poder Judiciário, é o órgão máximo de auxílio ao Poder Legislativo, no exercício do controle externo da Administração Pública. Logicamente que para exercer efetivamente tal controle a independência e a autonomia são basilares.

Mas o que seria essa idéia de controle?

O surgimento da figura do Estado como único detentor de poder e veículo de representatividade supra-individual levou ao necessário surgimento de mecanismos de controle da atuação estatal, a fim de se coibir abusos e arbitrariedades do mesmo frente aos indivíduos.

Para Evandro Martins Guerra, o controle da Administração seria

A possibilidade de verificação, inspeção, exame, pela própria Administração, por outros poderes ou por qualquer cidadão, da efetiva correção na conduta gerencial de um poder, órgão ou autoridade, no escopo de garantir atuação conforme os modelos

desejados, e anteriormente planejados, gerando uma aferição sistemática. Trata-se na verdade de , de poder-dever de fiscalização, já que, uma vez determinado em

lei, não poderá ser renunciado ou postergado, sob pena de responsabilização do agente infrator¹

Eduardo Lobo Gualazzi também contribui para o tema, enunciando que

O princípio administrativo material, tutelar e autotutelar, de contrasteamento, supervisão e gestão integral da Administração, por meio de sistema horizontal de coordenação central, com o escopo de vigilância, orientação e correção, prévia ou posterior, de atos administrativos e de atos, decisões e atividades materiais de administração²

Evidentemente tal controle não pode ser meramente formalista, devendo se analisar empiricamente os fatos, os princípios, principalmente os da razoabilidade e proporcionalidade dos atos estatais, que devem, como já dito anteriormente, preservar sempre o interesse público.

Nada fácil é a tarefa de conciliar um sistema que forneça todas as garantias, devido principalmente ao conflito entre princípios e interesses com a eficácia no controle dos atos estatais, uma vez que essa eficácia muitas vezes é obstada pela qualidade do gasto público.

Sabemos que podemos controlar os gastos públicos, mas podemos controlar naquilo que gastamos?

Por não existir um conceito estanque sobre o que seria interesse público, a administração pode priorizar obras que não são tão necessárias quanto outras, em nome de um prestígio político maior, que gerará votos e conseqüentemente a permanência no cargo, levando o Estado a realizar obras importantes, porém não prioritárias, que se adequem fiscalmente as receitas obtidas, mas que atendam determinado interesse público e não o todo.

¹ GUERRA, Evandro Martins, Os controles externos e internos da administração pública e os Tribunais de Contas, Belo Horizonte, Fórum, 2003.

² GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho, Regime jurídico dos Tribunais de Contas, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1992.

Um controle daquilo que gastamos encontra respaldo constitucional, uma vez que, conforme enuncia o artigo 212 da Constituição Federal, “A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino”.

Como pode o Tribunal de Contas aprovar qualitativamente os gastos governamentais? Caberia ao Tribunal de Contas essa análise qualitativa?

Se pensássemos analogamente nas agências reguladoras e na teoria da captura, veríamos que num ambiente de falhas de mercado, em especial de monopólio natural, o poder público deve interferir nas escolhas de uma firma e, para que bem o faça, precisa conhecer profundamente as atividades da firma para induzi-la a prover o serviço de maneira eficiente. O conhecimento das informações econômico-financeiras e operacionais, nesse contexto, é fundamental. A própria firma, no entanto, é a melhor conhecedora dessas informações, e é razoável assumir que ela não as fornecerá caso possa ter seus lucros comprometidos pela atuação do regulador.

As decisões tomadas pelo regulador estão subordinadas às informações fornecidas pelos regulados. Como não dispõe de instrumentos de mensuração, o melhor que tem a fazer o regulador é criar um sistema que induza a firma a revelar as informações que ele necessita ou a induza a ser eficiente e repartir ganhos de eficiência com os consumidores.

Podemos dizer então que os Poderes Legislativo e Executivo são os que melhor conhecem as necessidades da coletividade. Entre-tanto, ao invés de não fornecer as informações pelo lucro, poderão omiti-las por motivos políticos, em nome de ações que gerem mais votos ao invés de maior bem-estar da população.

O Tribunal de Contas não dispõe de instrumentos de mensuração da qualidade dos gastos públicos, tampouco é competente para tal mensuração

A Constituição Federal não atribui essa função ao Tribunal de Contas, logo tal análise que ocorreria *ex officio* seria ilegítima e ilegal, sinalizando entretanto a Constituição em seu artigo 31 § 3º um caminho:

As contas dos Municípios ficarão, durante sessenta dias, anualmente, à disposição de qualquer contribuinte, para exame e apreciação, o qual poderá questionar-lhes a legitimidade, nos termos da lei.

Logo, nas mãos do contribuinte, assinantes do pacto social, criadores do Estado, reside a legitimidade para se questionar os gastos públicos, devendo todos os Tribunais de Contas incentivar ao máximo a participação social na construção dos gastos públicos, participação esta que não deve ocorrer somente na época das eleições, mas sim no exercício cotidiano da cidadania.

Numa visão contemporânea em que se vislumbram os Tribunais de Contas como órgãos a serviço da sociedade, deve-se defender a necessária excelência no exercício do controle, indispensável para o aperfeiçoamento da administração pública, assegurando a efetiva e regular gestão da coisa pública, em benefício da sociedade, reafirmando o primado da ética, da responsabilidade, da justiça, do profissionalismo, e, mais importante, da cidadania.

Bibliografia

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

Constituição Federal de 1988

Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão

FERRAZ, Sérgio, apud Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais, edição n. 03 de 2003 - Ano XXI.

GUERRA, Evandro Martins, Os controles externos e internos da administração pública e os Tribunais de Contas, Belo Horizonte, Fórum, 2003.

GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho, Regime jurídico dos Tribunais de Contas, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1992.

As subcontratações nas licitações públicas em face do tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte com o advento da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006

Thiago Dellazari Melo

Bacharel e Mestrando em Direito pela
Universidade Federal de Pernambuco (UFPE).
Professor Substituto da Universidade
Federal de Pernambuco (UFPE)

Resumo: O presente artigo traduz uma análise das subcontratações em licitações públicas das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte sob a égide da Lei Complementar nº. 123, de 14 de dezembro de 2006, a qual estabelece o tratamento diferenciado e favorecido a este segmento empresarial. O enfoque do estudo é uma abordagem inicial do instituto da subcontratação no tocante às licitações públicas, como forma de facilitar o acesso das micro e pequenas empresas ao mercado das contratações públicas. Diante das reflexões a serem apresentadas, o estudo buscará discutir a adequada aplicação do novo Estatuto das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte pela Administração Pública, notadamente no que tange às subcontratações.

Palavras-chave: Licitações; Subcontratações; Microempresas; Empresas de Pequeno Porte.

1. Introdução

A Lei Complementar nº. 123, de 14 de dezembro de 2006, estabeleceu no Brasil o novo Estatuto Nacional das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte.

Dentre as inovações do novo Estatuto, destaca-se a redefinição das normas aplicáveis às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, estabelecendo como principal critério de enquadramento a receita anual das empresas. Assim, para efeitos da Lei, será considerada Microempresa a sociedade simples e o empresário a que se refere o art. 966 do Código Civil, devidamente registrados, que possuam receita máxima anual de até R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais); já a

Empresa de Pequeno Porte é a que, nas mesmas condições acima, possua receita anual entre R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais) e R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais).

Inicialmente, pode-se afirmar que se trata de uma Lei pertencente essencialmente ao ramo do direito comercial, principalmente, pelo fato de a mesma disciplinar um segmento empresarial específico, qual seja, o das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte.

Ocorre que o legislador pátrio, no intuito de concretizar a disposição constitucional relativa ao tratamento diferenciado e favorecido às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (arts. 170, inc. IX e 179), acabou por adentrar na esfera do direito administrativo na tentativa de impulsionar a atuação das pequenas empresas no mercado, notadamente no tocante à participação em licitações públicas.

Assim, a Lei Complementar nº. 123, de 14 de dezembro de 2006, reservou todo o Capítulo V para disciplinar o acesso das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte aos mercados, por intermédio das aquisições públicas.

Dos Arts. 42 a 49, o Estatuto inova em matéria de Direito Administrativo, promovendo uma série de alterações nas regras gerais das Licitações Públicas, fixando prerrogativas e privilégios como forma de tentar promover a ampliação da participação das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte nas contratações públicas.

É sabido, porém, que em se tratando do tema “Licitações Públicas” não faltam aspectos polêmicos¹. Por outro lado, não se pode negligenciar que as despesas públicas realizadas através de processos licitatórios significam a gestão administrativa dos recursos públicos arrecadados com inegável sacrifício dos contribuintes.

¹ Neste ponto, destaca-se a proliferação de eventos voltados à discussão de questões controvertidas relacionadas às licitações públicas, tais como seminários, congressos e encontros. Vide a programação de empresas especializadas neste ramo de treinamento de gestores públicos, tais como NDJ Simpósios e Treinamentos Ltda, TREIDE Apoio Empresarial Ltda, Zênite Informação e Consultoria S. A, dentre outras que atuam neste segmento.

Daí a importância da participação da sociedade nos debates que envolvem não só o Estatuto das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, mas também nas implicações da aplicação das novas regras no que tange às Licitações Públicas.

O presente artigo irá restringir o estudo, delimitando como tema central as subcontratações das micro e pequenas empresas nas licitações públicas, sem, contudo, pretender esgotar a discussão. Desde logo, registra-se que as modificações promovidas pela Lei Complementar nº 123 nas regras gerais das Licitações Públicas vão mais além deste aspecto abordado. Futuramente pretende-se discutir estas outras questões em novas publicações.

2. Do tratamento favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte: cota de subcontratação do objeto

Dentre as opções legislativas para promover o incentivo às micro e pequenas empresas, uma é lançada ao debate no presente artigo: a fixação da exigência de subcontratação do objeto.

A Lei Complementar nº. 123, em seu Art. 47, traz a seguinte redação:

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.

Em seguida, o Art. 48 complementa:

Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública poderá realizar processo licitatório:
(...)

II – em que seja exigida dos licitantes a subcontratação de microempresa ou de empresa de pequeno porte, desde que o percentual máximo do objeto a ser subcontratado não exceda a 30% (trinta por cento) do total licitado;
(...)

§ 2o Na hipótese do inciso II do caput deste artigo, os empenhos e pagamentos do órgão ou entidade da administração pública poderão ser destinados diretamente às microempresas e empresas de pequeno porte subcontratadas.

Antes de se prosseguir com a discussão, faz-se necessário trazer à tona conceitos fundamentais acerca das Licitações Públicas. Para Bandeira de Mello² a licitação pode ser definida como

Licitação é o procedimento administrativo pelo qual uma pessoa governamental, pretendendo alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras e serviços, outorgar concessões, permissões de obra, serviço ou de uso exclusivo de bem público, segundo condições por ela estipuladas previamente, convoca interessados na apresentação de propostas, a fim de selecionar a que se revele mais conveniente *em função de parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados.*(grifo nosso)

A própria lei geral de licitações, Lei Federal nº. 8.666/93, ilustra em seu Art. 3º os fundamentos do procedimento licitatório, *verbis*:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração 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. (grifo nosso)

² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 468.

Com isso, tem-se que a aplicação do tratamento favorecido às micro e pequenas empresas deve ser realizado em harmonia com as disposições gerais que regem os procedimentos licitatórios.

Retornando à questão da exigência de subcontratação de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte é importante que tal prerrogativa esteja expressamente consignada no Edital.

Conforme destacado na lei geral de licitações, o processo licitatório deverá ser conduzido em estrita consonância com as disposições constantes do Instrumento Convocatório, ou seja, o Edital representa a regra interna da licitação.

Daí o porquê de Celso Antônio haver afirmado que a licitação será processada “em função de parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados”. Além da vinculação da Administração Pública ao Edital, consagra-se nas palavras do ilustre doutrinador a aplicação do princípio constitucional da Publicidade dos atos administrativos.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro³, o princípio da publicidade

Diz respeito não apenas à divulgação do procedimento para conhecimento de todos os interessados, como também aos atos da Administração praticados nas várias fases do procedimento, que podem e devem ser abertas aos interessados, para assegurar a todos a possibilidade de fiscalizar sua legalidade.

O fato de o Edital prever expressamente a exigência de subcontratação de micro e pequenas empresas torna-se requisito indispensável para o fiel cumprimento das normas que orientam as licitações públicas.

³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2005. p. 55.

Outro ponto de destaque está relacionado à apresentação da documentação de habilitação da Microempresa ou Empresa de Pequeno Porte que será subcontratada pela empresa vencedora do certame.

Defende-se aqui que o subcontratado não participará do certame na figura de licitante, porém, a empresa que irá realizar a subcontratação deverá apresentar durante o certame licitatório, juntamente com sua própria documentação, toda a documentação de habilitação do subcontratado.

Esta exigência de apresentação da documentação do subcontratado durante o processo licitatório encontra respaldo nos seguintes aspectos:

a) possibilitar a publicidade e a transparência do procedimento administrativo, garantindo a todos os licitantes a faculdade de se manifestarem acerca dos documentos apresentados durante o processo;

b) garantir à Administração Pública condições de verificação da idoneidade e regularidade do subcontratado, atestando aptidão para assunção de obrigações perante o órgão que realiza a licitação;

c) proporcionar a lisura da licitação pública, através da análise da documentação do subcontratado, por exemplo, constatando se o mesmo não se encontra impedido de contratar com o Poder Público e o tenta fazê-lo por intermédio de uma via oblíqua, em flagrante fraude à Lei de Licitações;

d) evitar a formação de conluio ou cartel entre os licitantes, haja vista a possibilidade de diminuição da competitividade do certame em face das promessas futuras de subcontratações, fazendo com que empresas não participem da licitação diante da oferta de formalização de uma espécie de “parceria”.

Ainda a título de ilustração, é comum que Editais de licitação fixem a comprovação de qualificação técnica, através da apresentação de atestados de capacidade técnica em nome dos licitantes. Tais atestados visam comprovar a execução de serviços anteriores equivalentes às parcelas de maior relevância do objeto da licitação.

Assim, como fica a situação da licitante que comprovou a realização de determinado serviço, como requisito de habilitação relativa à qualificação técnica, e deseja realizar a subcontratação de uma Microempresa ou Empresa de Pequeno Porte para realização de tal serviço?

Nesta situação, torna-se essencial que a subcontratada também preencha o requisito de qualificação técnica, e o momento para atendimento desta exigência é o da apresentação dos documentos de habilitação.

Como afirmado, a exigência da documentação do subcontratado na fase de habilitação torna o processo administrativo transparente, além de franquear o contraditório a todos os participantes. O mesmo não ocorrerá se a exigência for realizada apenas quando da execução do contrato, haja vista que, ao término do processo licitatório, com a assinatura do contrato, os demais licitantes retiram-se do processo administrativo, cabendo unicamente à Administração Pública a fiscalização do contrato.

Tal conduta por parte de Administração Pública visa tão somente atribuir segurança às contratações, posto que não se mostra razoável uma exigência de qualificação técnica durante o processo licitatório e a dispensa da mesma quando da efetiva execução do contrato, pelo simples fato de ser de responsabilidade de uma micro ou pequena empresa subcontratada a realização de tal parcela.

Outra ressalva diz respeito à vedação constitucional de o Poder Público celebrar contratos com pessoas jurídicas em débito com o sistema de seguridade social (§3º, art. 195 da Constituição da República do Brasil de 1988)⁴.

Esta vedação também se aplica à subcontratação, ainda mais quando a própria Lei Complementar nº. 123 estabelece no § 2º. do art.

⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 311.

48 que “os empenhos e pagamentos poderão ser destinados diretamente às microempresas e empresas de pequeno porte subcontratadas”. Novamente, a apresentação da documentação de habilitação do subcontratado torna-se indispensável.

Diante destas considerações, tem-se que o subcontratado não está isento de apresentar condições legais de firmar contratação com a Administração Pública, portanto, deverá apresentar os requisitos de habilitação, notadamente, aqueles relacionados à habilitação jurídica, econômico-financeira, qualificação técnica e regularidade fiscal.

Não menos polêmica é a situação de subcontratação de micro e pequenas empresas quando em confronto com o princípio da impessoalidade e da moralidade.

A realização de processo licitatório prévio é a regra geral para celebração de contratos com o Poder Público. Neste caso, a subcontratação configuraria um escape à regra geral, haja vista que a subcontratada estaria contratando com a Administração Pública (ainda que de forma indireta) sem que para tanto tenha sido vencedora de um certame licitatório formal.

Abre-se um caminho transversal para efetivação de contratações com a Administração Pública sem necessidade de submeter-se a um processo administrativo de licitação.

Como consequência, a Administração é então privada da possibilidade de verificar as condições de habilitação da subcontratada, haja vista que a mesma não participou do certame licitatório.

Mesmo sem a aferição da condição jurídica, fiscal e econômico-financeira da subcontratada, tampouco da sua qualificação técnica, a execução do objeto é colocada sob a responsabilidade da micro ou pequena empresa subcontratada.

É flagrante o risco a que a Administração Pública estará sujeita. Nunca é demais lembrar que se trata da execução de despesas custeadas com recursos públicos, oriundos de tributos pagos por toda a

sociedade, não sendo apropriado que tais recursos sejam empregados de forma temerária.

Mais uma vez, constata-se não parecer razoável a assunção de tal risco por parte da Administração Pública. A alternativa para afastar este risco é a apresentação dos documentos de habilitação da subcontratada, juntamente com a documentação da licitante-contratante. No mínimo, tal prática dotará o Poder Público de mais segurança na gestão do contrato.

A exigência de que os licitantes subcontratem microempresas ou empresas de pequeno porte ainda esbarra em outra dificuldade: o percentual de 30% (trinta por cento) do valor do contrato com a Administração Pública pode representar alguns milhares de reais, com certeza, tais cifras despertam interesse em vários empresários.

Portanto, quais seriam as regras para subcontratação de uma microempresa “A” em detrimento da microempresa “B”? Que tipos de negociações serão desenvolvidos para obtenção deste subcontrato? Será que a ampliação ao acesso aos mercados é alcançada quando a licitante vencedora escolhe subcontratar uma empresa que a ela está ligada? Ou trata-se de um estímulo a criação de filiais “microempresas ou empresas de pequeno porte” apenas para celebração de subcontratos?

Tal situação é de difícil solução, porém não ocorre quando da realização de uma licitação pública impessoal, com regras claras, prévias, por meio das quais todos participam em condições de igualdade perante o órgão promotor da licitação.

Deixar que o licitante vencedor promova uma “nova licitação” para escolha do subcontratado torna-se, ao menos, inoportuno e inconveniente para a Administração.

3. Considerações finais

Não se pode menosprezar a discussão acerca das alterações advindas da Lei Complementar nº. 123, de 14 de dezembro de 2006. As Licitações Públicas devem estar no foco dos debates sociais, pois, por

intermédio dos procedimentos licitatórios, o Estado realiza despesas custeadas com recursos públicos arrecadados por intermédio dos tributos.

Conforme anotado, o tratamento diferenciado às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte ainda requer aprimoramentos. A possibilidade de subcontratações, em contratos com a Administração Pública, deve ser objeto de criteriosa análise pelos gestores públicos.

É imperiosa a fixação de regras de subcontratação nos Editais de Licitação. Tal medida visa promover a isonomia do certame licitatório por meio de condições previamente estabelecidas. A publicidade e a transparência dos atos administrativos conferem legitimidade à Administração e confiabilidade aos administrados.

A exigência da apresentação dos documentos de habilitação do subcontratado tem o condão de preservar o Poder Público. A análise da documentação do futuro subcontratado proporcionará maior segurança na execução dos contratos, e a sociedade, então, terá os recursos públicos mais bem aplicados.

Por fim, espera-se que a abordagem aqui suscitada possa contribuir para a maturação do debate e o incremento de novas considerações acerca da matéria, servindo apenas de marco inicial para um estudo aprofundado do tema.

Referências

ARAÚJO, Geisa Maria Teixeira de. *Licitações e Contratos Públicos: teoria e prática*. Fortaleza: Premium, 2001.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002.

DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. São Paulo: Saraiva, 1997.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Dialética, 2002.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. São Paulo: Malheiros, 2000.

Breves considerações sobre a contratação direta de instituições de pesquisa com base no artigo 24, inciso XIII, da lei n.º 8.666/93 e a súmula 250 do TCU

Simone Coêlho Aguiar

Pós-graduanda *latu sensu* em Direito e Processo Administrativos pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR).
Consultora Técnica do Ministério Público Especial junto ao Tribunal de Contas do Estado do Ceará.

Resumo: O artigo versa sobre a interpretação do art. 24, inciso XIII, da Lei n.º 8666/1993, em conjunto com a Súmula n.º 250 do Tribunal de Contas da União, e fundamenta-se, para tanto, na doutrina e na jurisprudência relacionadas à matéria, buscando, através dessa abordagem, afastar as dúvidas que permeiam o tema e destacar a importância da atuação dos Tribunais de Contas no sentido de coibir o uso equivocado desse dispositivo legal.

1. Introdução

O presente artigo tece algumas considerações sobre a interpretação do art. 24, inciso XIII, da Lei Federal n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, sob o prisma da Súmula n.º 250 do Tribunal de Contas da União – TCU uma vez que, não raro, tem-se observado o desvirtuamento do alcance do referido inciso externado, por exemplo, pela ausência denexo efetivo entre o objeto contratado e a finalidade regimental ou estatutária da instituição, o que vem demandando a atuação dos Tribunais de Contas no sentido de coibir esse tipo de conduta reprovável e orientar os órgãos e entes da Administração pública sobre a correta aplicação da norma em comento.

A seguir, de modo sintético, porém fundamentado doutrinária e jurisprudencialmente, abordar-se-á em tópicos o tema ora proposto para sua melhor compreensão. Vale ressaltar que se tenciona apenas

instigar alguns questionamentos sobre o assunto em análise, não havendo, portanto, pretensões de exauri-lo ou delimitá-lo.

2. Das normas sobre a matéria

O art. 24, inciso XIII, da Lei n.º 8666/1993, com a redação que lhe foi dada pela Lei n.º 8883, de 08 de junho de 1994, assim estatui, *in litteris*:

Art. 24. É dispensável a licitação:

(...)

XIII - na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos;

Outrossim, o Tribunal de Contas da União editou a Súmula n.º 250, aprovada na Sessão Ordinária de 27.06.2007 e publicada no Diário Oficial da União de 29.06.2007, a qual versa, especificamente, sobre a admissibilidade de contratação com dispensa de licitação com espeque no art. 24, inciso XIII, da Lei de Licitações, nos seguintes termos, *verbi gratia*:

SÚMULA N.º 250

A contratação de instituição sem fins lucrativos, com dispensa de licitação, com fulcro no art. 24, inciso XIII, da Lei n.º 8.666/93, somente é admitida nas hipóteses em que houver nexo efetivo entre o mencionado dispositivo, a natureza da instituição e o objeto contratado, além de comprovada a compatibilidade com os preços de mercado.

Da exegese dos dispositivos acima transcritos, infere-se que, para se realizar uma contratação direta cuja norma autorizativa seja o inciso em estudo, é necessário que se conjuguem, cumulativamente, as seguintes condições: a) a instituição contratada deve ser

brasileira; b) não poderá ter fins lucrativos; c) seu objeto, definido em regimento ou estatuto, será necessariamente voltado para a pesquisa, o ensino ou o desenvolvimento institucional ou quando a instituição se dedique à recuperação social do preso; d) deter inquestionável reputação ético-profissional; e) haver nexos de causalidade efetivo entre a contratação em si, a natureza da instituição e o objeto contratado; f) comprovar a compatibilidade do valor avençado com o preço de mercado.

Com efeito, por serem requisitos cumulativos, caso ausente um deles, a dispensa de licitação naqueles termos é vedada e, se realizada, violará a sistemática própria da contratação direta com base no inciso XIII suso reproduzido.

3. Considerações sobre alguns dos elementos essenciais à contratação direta de instituição de pesquisa

Tendo em vista que os requisitos descritos nos itens “a” e “b” são de fácil compreensão, abordar-se-ão somente as demais condições.

3.1 Objeto, regimental ou estatutariamente, incumbido de pesquisa e o nexo de causalidade efetivo entre a contratação em si, a natureza da instituição e o objeto contratado.

Partindo do senso comum, não é plausível que uma pessoa, seja ela física ou jurídica, proponha-se a pesquisar todos os ramos do conhecimento humano sem uma delimitação temática de modo a traçar a linha mestra de sua investigação. Admitir tal suposição poderia levar ao exemplo esdrúxulo de se ter, ao mesmo tempo, um especialista em neurologia, direito penal, engenharia aeroespacial, física nuclear e engenharia de alimentos. A departamentalização do saber é maior a cada dia dado ao domínio do conhecimento, inclusive como forma de melhor atender as demandas de uma sociedade de relações complexas e globalizada em que se vive. Com

as instituições¹ não seria diferente.

Na área científica, não há óbice a aplicação desse argumento, inclusive no que toca a licitações e contratos, uma vez que não é igualmente coerente contratar uma instituição que não tenha uma vinculação específica de seu objeto de pesquisa com a área do conhecimento pertinente à avença, mormente quando se está adstrito aos princípios da moralidade e da eficiência.

No mesmo diapasão do posicionamento acima aduzido, tem-se MARÇAL JUSTEN FILHO², *in litteris*:

Mas, ainda quando se configure uma atividade que se enquadre nos aludidos conceitos, **é imperioso que o objeto específico da contratação se traduza numa atividade específica da instituição contratada. (...) O raciocínio é o de que não existem instituições de fins gerais. Uma instituição não se dedica à 'pesquisa', numa acepção ampla que pudesse abranger todos os setores do conhecimento humano.**
(...)

Há fundações de pesquisa e de estudos que são contratadas pra a realização de concursos ou testes seletivos. Em todos esses casos, é imperioso examinar se a natureza específica das atividades a que se volta a entidade abrange a atividade que é objeto da contratação. Se não abranger, não poderá promover a contratação com base no inc. XIII.
(Destques não originais)

O Tribunal de Contas da União, em diversas ocasiões, manifestou seu entendimento sobre o nexu de causalidade entre a contratação em si, a natureza da instituição e o objeto contratado, o qual se prestou para a fundamentar a súmula supratranscrita. A

¹ Convém esclarecer o que instituição significa: são pessoas jurídicas constituídas sob normas preestabelecidas pelas quais se regem e que visam à consecução de um fim religioso, humanitário, médico etc. como, por exemplo, a Cruz Vermelha, a Igreja, as Santas Casas de Misericórdia.

² *In Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 11ª ed., São Paulo: Dialética, 2005, p. 254/255.

título de exemplificação, cita-se o seguinte aresto:

Nos termos do art. 1º do Estatuto do CETREDE..., suas funções compreendem ações de natureza educacional, científica e cultural, com ênfase em capacitação profissional e, nas palavras da Unidade Técnica, “com objetivo primordial de transferência de resultados de pesquisa da Universidade Federal do Ceará”.

No plexo de competências das funções do CETREDE, não se verifica relação entre estas e o objeto do contrato em análise, uma vez que, por meio deste, visa-se à contratação de prestação de serviços referentes à assistência técnica e extensão rural a pequenos produtores assentados em perímetros irrigados. Nesse sentido, os convênios e os contratos discriminados no Relatório precedente, que justificariam, segundo o DNOCS, a dispensa de licitação para contratar diretamente o CETREDE, não guardam pertinência com o objeto do Contrato PGE nº 17/2005.

Dessa forma, não se verifica no objeto do contrato em análise atividade que se relacione à pesquisa, ao ensino ou ao desenvolvimento institucional, nos termos da cláusula terceira desse contrato, que amparem a contratação direta com fundamento no art. 24, XIII, do Estatuto das Licitações. (...)

Ademais, não se verifica notória especialização do CETRED em serviços de assistência técnica e extensão rural, de forma a se permitir a contratação direta com supedâneo nos arts. 24, XIII, ou 25 da Lei nº 8.666/1993, motivo por que padece de vício esse contrato celebrado entre o DNOCS e o CETRED. Assim sendo, deve-se determinar ao DNOCS que adote as providências pertinentes com vista a anular o contrato PGE nº 17/2005, firmado com o Centro de Treinamento e Desenvolvimento (CETREDE), em 6.10.2005, em virtude de não encontrar amparo no art. 24, XIII, da Lei nº 8.666/1993, uma vez que a contratação com dispensa de licitação com fundamento nesse dispositivo deve ocorrer quando houver nexó entre esse fundamento, a natureza da instituição

contratada e o objeto ajustado, além da compatibilidade entre o preço pactuado e o preço de mercado. (TCU, Pleno, Min. Rel. Benjamin Zymler, Processo n.º 017.967/2005-5, Acórdão n.º 50/2007)

Do exposto, aduz-se não ser possível a contratação de instituição cuja natureza não se coadune de modo efetivo com o objeto da contratação sob pena de desatendimento dos ditames legais. É imperioso que a pesquisa que se busca contratar tenha pertinência efetiva com o ramo do conhecimento explorado pela instituição, fato este verificável através de seu estatuto ou regimento. Tal exigência é mister para que se observem os termos da Súmula 250 do TCU no que se refere à existência denexo efetivo entre a natureza da instituição e o objeto contratado, bem como o princípio da eficiência.

3.2 Inquestionável reputação ético-profissional

Embora não haja muitas divagações sobre a definição de “inquestionável reputação ético-profissional”, entende-se conveniente apresentar, através da citação de julgado do Tribunal de Contas da União, decisão que traz em seu bojo o conceito doutrinário de JESSE TORRES PEREIRA JUNIOR sobre esse requisito. *In verbis*:

d) não obstante, os documentos apresentados para efeito de cadastramento viriam a constituir o amparo legal para a Seter/DF fundamentar a dispensa de licitação, nos termos do inciso XIII do art. 24 da Lei n.º 8.666/1993, verbis:

“Art. 24. É dispensável a licitação”:

(...)

XIII - na contratação de instituição nacional sem fins lucrativos, incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, científico ou tecnológico, desde que a pretensa contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional;”

e) o requisito de inquestionável reputação ético-

profissional deve, segundo Jessé Torres, equivarer à notória especialização de que trata o inciso II e o § 1º do art. 25 da Lei de Licitações e Contratos. Assim, ficou prejudicado o pressuposto alegado para a contratação da Fundação Cidade da Paz com dispensa de licitação, porque a finalidade da Fundação é manter e administrar a Universidade Holística Internacional, cujo objetivo é “contribuir para o despertar de uma nova consciência, de uma nova visão de mundo...” (fl. 184 do vol. 1). Assim sendo, ela não disporia de notória especialização em uma atividade que sequer constava entre os objetivos estipulados em seu Estatuto Social (art. 3º - fl. 20 do vol. 1); (TCU, Pleno, Min. Rel. Benjamin Zymler, Processo n.º 003.190/2001-5, Acórdão n.º 5/2004).Grifou-se.

Sobre a notória especialização, tem-se na lição de MARÇAL JUSTEN FILHO³, *in litteris*:

No sistema atual, a notória especialização não é verificada como requisito para apuração da realização da licitação, mas para identificação das condições subjetivas do profissional a ser contratado. (...)

A especialização consiste na titularidade objetiva de requisitos que distinguem o sujeito, atribuindo-lhe maior habilitação do que a normalmente existente no âmbito dos profissionais que exercem a atividade. (...)

A notoriedade significa o reconhecimento da qualificação do sujeito por parte da comunidade. (...)

Não se exige notoriedade no tocante ao público em geral, mas que o conjunto dos profissionais de um certo setor reconheça no contratado um sujeito dotado de requisitos de especialização. (Destacado)

Desta feita, tomando por base o conceito de notória especialização e trazendo-o, *mutatis mutandis*, à sistemática do

³ Idem, ibidem, p. 283/284.

inciso XIII *sub examen*, identifica-se que a inquestionável reputação ético-profissional está associada ao reconhecimento da qualificação da instituição pela comunidade e à especialização dos seus serviços de modo a externar maior habilitação do que, normalmente, tem-se disponível no mercado.

3.3 Compatibilidade do valor contratado com o preço de mercado

Imperioso destacar que dispensa de licitação não se confunde com inexistência de procedimentos e formalidades a serem cumpridos. Haverá sim a instrução do processo de dispensa de licitação. Não tão rigorosa quanto no processo de licitação pública, mas certos procedimentos deverão ser observados e, dentre eles, a justificativa de preços.

O art. 26 da Lei n.º 8666/1993 determina, em seu parágrafo único, inciso III, que o processo de dispensa de licitação seja instruído com a justificativa do preço, *in verbis*:

Art. 26. 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 desta Lei 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.

Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

(...)

III - justificativa do preço. (Grifos nossos)

Doutrinariamente, o entendimento entre os administrativistas é consentâneo, conforme se observa, *in litteris*:

A Administração Pública, não obstante estar liberada da obrigação de licitar, deve observar os princípios da moralidade e da economicidade quando ao preço do contratado.⁴

A validade da contratação depende da verificação da razoabilidade do preço a ser desembolsado pela Administração Pública. A regra não se vincula precipuamente à contratação direta – afinal, não se admite, em hipótese alguma, que a Administração Pública efetive contratação por valor desarrazoado.⁵

Igualmente na jurisprudência do TCU, há vários acórdãos sobre questões ligadas diretamente à instrução do processo de dispensa de licitação e o art. 26, parágrafo único, da Lei n.º 8666/1993, que destacam a relevância da justificativa de preços, reprovam a mera alegação de compatibilidade do valor contratado com o praticado no mercado, informam a necessidade de pesquisa de preços através da coleta de, pelo menos, 03 (três) propostas, e, ainda, salientam que a justificativa de preços deve ser contemporânea à formalização do processo, conforme adiante se vê:

21. Segundo o artigo 26, parágrafo único, inciso III, da Lei n.º 8.666/1993, o processo de dispensa de licitação deve conter a justificativa de preço. Entendemos que a mera alegação de que os preços estavam compatíveis com os de mercado não supre a omissão, a qual, inclusive, destitui de qualquer relevância a alegação de que não houve dano ao erário, pois sem a pesquisa de preço não é possível ter essa certeza. Desse modo, entendemos que esta alegação não merece se acolhida. (TCU, Pleno, Min. Relator Augusto Nardes, Processo n.º 008.452/2002-1, Acórdão 0194/2008). Grifado.

⁴ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*, 13ª edição, São Paulo: Saraiva, 2008, p. 521.

⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 11ª ed., São Paulo: Dialética, 2005, p. 295.

O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator e à vista do contido no art. 1.º, incisos II e VIII, da Lei n.º 8.443/92 combinado com o art. 43, inciso I, da mesma Lei, DECIDE:

(...)

8.2 determinar:

I - à Universidade Federal de Minas Gerais:

(...)

b) que adote as medidas administrativas internas necessárias a:

(...)

b.6 - proceder, em todas as despesas oriundas de dispensa de licitação, a uma pesquisa de preços (art. 26, parágrafo único, inciso III, da Lei n.º 8.666/93), em pelo menos três empresas do ramo pertinente, documentando a pesquisa junto com o processo de pagamento/dispensa (art. 6.º do Decreto n.º 449/92), ou através de registro de preços na forma que vier a ser estabelecida na regulamentação do Decreto n.º 2.743/98 (item 22 do relatório de auditoria); (TCU, Pleno, Min. Relator Valmir Campello, Processo n.º 375.506/1998-5, Decisão n.º 777/2000). Destacou-se.

7.2.1. A Unidade Técnica concorda que, em tese, a Fundação Universidade de Brasília, assim como o objeto do Contrato [...], preencheriam os requisitos para a Administração optar pela dispensa de licitação empregada. Todavia, ante a constatação de subcontratação ficaria inviabilizada a dispensa de licitação, que beneficia indevidamente terceiros participantes do mercado que, ademais, não preencheriam, por si sós, os requisitos do dispositivo legal. Considera, também, restar insatisfeito o mandamento da adequada instrução do processo de dispensa mediante a justificativa de preço determinada por meio do art. 26, parágrafo único, inciso III, da mesma Lei 8.666/93, com a redação dada pela Lei 9.648/98, **que deveria ter sido realizado de forma tempestiva à deliberação pela dispensa (e não posterior, a título de justificativas), uma vez que consistia em medida necessária à sua formalização.**

(...)

[ACÓRDÃO]

(...)

9.7. determinar ao Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional que:

9.7.1. faça constar dos processos de dispensa de licitação a justificativa de preço, nos termos do art. 26, parágrafo único, inciso III, da Lei 8.666/93;

9.7.2. não permita nem inclua cláusulas permitindo a subcontratação ou execução indireta de serviços, nos contratos firmados com base em dispensa de licitação nos termos do art. 24, inciso XIII, da Lei. 8.666/93; (TCU, Pleno, Min. Relator Raimundo Carreiro, Relator da Deliberação Recorrida Min. Benjamin Zymler, Processo n.º 010.807/2000-9, Acórdão 662/2008). Grifo nosso.

Denota-se, então, ser necessária a instrução do processo de dispensa de licitação com a justificativa de preços, a qual deverá ser contemporânea à formalização do respectivo processo de dispensa, bem como que seja comprovada nos autos a compatibilidade do preço avençado com aquele praticado no mercado, sendo vedada a mera alegativa de sua consonância com estes, sem prejuízo da coleta de, pelo menos, 03 (três) propostas junto a instituições que se enquadrem no conceito estatuído no art. 24, XIII, da Lei de Licitações. Cumpre ressaltar que essas exigências são imperiosas para o atendimento dos princípios da economicidade, da isonomia e da escolha da proposta mais vantajosa.

4. Conclusão

Das breves notas acima expostas, pode-se inferir que, para o Administrador público, ainda pairam dúvidas sobre a aplicação do inciso XIII do art. 24 da Lei n.º 8666/1993. Contudo, com a edição da Súmula 250 do TCU, a qual cuidou de modo criterioso sobre a admissibilidade dessa espécie de dispensa de licitação, a tendência é uniformizar-se o entendimento sobre a matéria. E, de

acordo com os argumentos aqui apresentados, conclui-se o que segue :

1. É imperioso que a pesquisa que se busca contratar tenha pertinência efetiva com o ramo do conhecimento explorado pela instituição, fato este verificável através de seu estatuto ou regimento. Tal exigência é mister para que se observem os termos da Súmula 250 do TCU no que se refere à existência denexo efetivo entre a natureza da instituição e o objeto contratado, bem como o princípio da eficiência;

2. A inquestionável reputação ético-profissional está associada ao reconhecimento da qualificação da instituição pela comunidade e à especialização dos seus serviços de modo a externar maior habilitação do que, normalmente, tem-se disponível no mercado;

3. É necessária a instrução do processo de dispensa de licitação com a justificativa de preços, a qual deverá ser contemporânea à formalização do respectivo processo de dispensa, bem como que seja comprovada nos autos a compatibilidade do preço avençado com aquele praticado no mercado, sendo vedada a mera alegativa de sua consonância com estes, sem prejuízo da coleta de, pelo menos, 03 (três) propostas junto a instituições que se enquadrem no conceito estatuído no art. 24, XIII, da Lei de Licitações;

4. É preciso que o administrador público tenha cautela ao contratar, com base na hipótese de dispensa de licitação prevista no inciso XIII do art. 24, devendo igualmente observar a legislação aplicável e a Súmula 250 do TCU, a fim de evitar vícios que maculem a regularidade dessa contratação e eventual responsabilização pessoal pela autorização da contratação direta;

5. Por fim, os Tribunais de Contas, diante da errônea aplicação do mencionado inciso XIII, como órgão de controle externo do Poder público, devem atuar no sentido de coibir esse

tipo de conduta reprovável e orientar os órgãos e entes da Administração pública sobre a correta aplicação da norma em exame.

Referências

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Vade-mécum de Licitações e Contratos**. 3ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2008.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 1ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11ª ed. São Paulo: Dialética, 2005.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei das Licitações e Contratos da Administração Pública**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

Auditoria operacional: um enfoque multidisciplinar

Humberto Ferreira Oriá Filho

Bacharel em Administração, em Contabilidade e em Economia. Pós-graduado em Auditoria Interna.

Mestre em Controladoria. Gestor da Auditoria Interna da Unimed de Fortaleza.

Membro do Instituto dos Auditores Internos do Brasil (AUDIBRA) e do Comitê de Auditoria do Conselho Regional de Contabilidade do Estado do Ceará (CRC-CE).

Professor da Faculdade Farias Brito (FFB) nos cursos de Administração e de Marketing.

Resumo: A Auditoria tem sido um grande instrumento de apoio e auxílio à gestão profissional das empresas públicas e privadas. Muitos têm abordado e comentado sobre a questão da Auditoria Operacional somente considerando o âmbito contábil, administrativo e financeiro, seja na área governamental seja na área privada. O presente artigo busca responder ao seguinte questionamento: A Auditoria Operacional pode atuar dentro de um enfoque multidisciplinar? Em resposta a este problema, objetiva-se principalmente demonstrar, utilizando a metodologia da pesquisa bibliográfica, que a auditoria operacional atualmente tem este enfoque multidisciplinar e atua dentro dele. Observa-se, com base na literatura especializada e nas normas emitidas por diversos Conselhos Profissionais, que esta modalidade se faz presente em diversas áreas profissionais, como por exemplo: a Medicina, a Enfermagem, a Economia, além das áreas já tradicionais (Contabilidade, Finanças e Administração). Enfim, atualmente a modalidade de Auditoria com enfoque Operacional perpassa diversas áreas de conhecimento profissional (multidisciplinar), não mais está restrita à área contábil-financeira e pode ser empregada em qualquer área profissional, se observadas e adaptadas as suas especificidades e particularidades.

Palavras - chave: Auditoria Operacional; Enfoque multidisciplinar.

1. Introdução

A Auditoria tem sido um grande instrumento de apoio e auxílio à gestão profissional das empresas públicas e privadas, com

os seus comentários e recomendações de melhoria, de redução de desperdícios e perdas, de fortalecimento dos controles internos e da minimização ou eliminação dos diversos riscos a que uma organização está sujeita, além de outros inúmeros benefícios.

O presente artigo busca responder ao seguinte questionamento: A Auditoria Operacional pode atuar dentro de um enfoque multidisciplinar? Em resposta a este problema, objetiva-se principalmente demonstrar, utilizando a metodologia da pesquisa bibliográfica, que a auditoria operacional atualmente tem este enfoque multidisciplinar e atua dentro dele.

Dentre as várias modalidades de Auditoria, destaca-se atualmente a Operacional, que tem ampliado bastante seu campo de ação e adentrado em áreas de conhecimento científico impensáveis anteriormente.

2. Denominações e/ou terminologias

No aspecto das denominações possíveis da Auditoria Operacional, já se percebe uma grande multiplicidade de termos. Para Cook e Winkle (1979, p. 249), *“não há terminologia uniforme sobre este assunto, na literatura especializada, e os termos auditoria administrativa, auditoria funcional e auditoria de operações são usados no mesmo sentido de auditoria operacional [...] eles denotam auditorias de amplo escopo; feitas por auditores internos”*. Edward L. Haller (1985 apud ARAÚJO, 2001, p. 29) complementa ainda que *emprega-se “auditoria operacional” como expressão genérica, amplamente reconhecida, aplicável tanto ao setor público quanto ao privado e que transmite convenientemente a todos os interessados o significado do trabalho”*.

Esse tipo de auditoria pode ser chamado também de *“auditoria de desempenho”* ou *“auditoria gerencial”* (BOYNTON; JOHNSON; KELL, 2002, p. 32) e de *“auditoria de valor adicionado”* (ABDEL-KHALIK, 2004, p. 34). Magalhães, Lunkes e Müller (2001, p. 21) chegam a colocá-la até como sinônimo de *“auditoria da qualidade”*.

Nos países de língua portuguesa, a Auditoria Operacional tem sido rotulada de “*fiscalização operacional*” ou “*auditoria de controle operacional*” (ARAÚJO, 2001).

Reider (1993 apud ARAÚJO, 2001) e Araújo (2001) relacionam as seguintes terminologias mais utilizadas também para caracterizar a Auditoria Operacional: Auditoria abrangente; Auditoria administrativa; Auditoria das operações; Auditoria de amplo escopo; Auditoria de avaliação e revisão; Auditoria de conformidade; Auditoria de custo-benefício; Auditoria de economia e eficiência; Auditoria de eficácia ou de resultados; Auditoria de efetividade; Auditoria de gestão; Auditoria de otimização de recursos; Auditoria de performance; Auditoria de programa; Auditoria de responsabilidade; Auditoria de resultado; Auditoria dos três “E” (economia, eficiência e eficácia); Auditoria departamental; Auditoria funcional; Auditoria gerencial; Auditoria não-financeira.

Em síntese, pode-se afirmar que a Auditoria Operacional “*é um termo que foi dado por auditores para descrever o trabalho de auditoria que tenha por objetivo específico a melhoria das operações que estão sendo examinadas*”. (MOTTA, 1988, p. 19) ou que “*é o termo amplamente usado para descrever a ingerência da função da auditoria interna em quase todos os aspectos das operações da empresa*”. (COOK 1983, p. 252 apud CRIVELARO; GENTILIN; ROSA, 2007).

3. Conceitos e definições

Segundo Bittencourt (2005), a Auditoria Operacional pode ser definida como sendo a modalidade que tem por finalidade analisar a ação da organização ou atividade auditada quanto aos aspectos da eficiência, eficácia e economicidade. Gil (2000, p. 21) a conceitua como sendo a “*revisão / avaliação / emissão de opinião de processos e resultados exercidos em linhas de negócios / produtos / serviços no horizonte temporal passado / presente*”.

Eis outros conceitos sobre a Auditoria Operacional:

Autores	Conceitos e/ou definições
Cook e Winkle (1979, p. 253)	É um exame e uma avaliação abrangente das operações de uma empresa, com a finalidade de informar a administração se as várias atividades são ou não cumpridas de um modo compatível às políticas estabelecidas, com vistas à consecução dos objetivos da administração.
Ramió e Mas (1997 apud ARAÚJO, 2001, p. 34)	É uma função de direção cuja finalidade é analisar e apreciar, com vistas às eventuais ações corretivas, o controle interno das organizações para garantir a integridade de seu patrimônio, a veracidade de sua informação e a manutenção da eficácia de seus sistemas de gestão.
Crepaldi (2002, p. 32)	É um processo de avaliação do desempenho real, em confronto com o esperado, o que leva, inevitavelmente, à apresentação de recomendações destinadas a melhorar e a aumentar o êxito da organização.
	É uma atividade de avaliação independente dentro da empresa, executada por seu próprio pessoal, que se destina a revisar as operações, como um serviço prestado à administração. Constitui um controle gerencial que funciona mediante análise e avaliação da eficácia de outros controles.
Casler e Crockett (1982 apud BOYNTON; JOHNSON; KELL, 2002, p. 938)	É um processo sistemático de avaliação da eficácia, eficiência e economia de operações sob controle da administração de uma organização, e relato dos resultados da avaliação a pessoas adequadas, acompanhadas de recomendações para aperfeiçoamento.
Reider (1993 apud ARAÚJO, 2001, p. 33)	É o exame das operações realizadas de um ponto de vista gerencial para avaliar a economia, a eficiência e a eficácia de uma ou de todas as operações, limitado somente pela vontade da administração.
Wesberky (1985, p. 5)	Um exame e avaliação das atividades realizadas em uma entidade para estabelecer e aumentar o grau de eficiência, economia e eficácia do seu

	planejamento, organização, direção e controle interno.
Araújo (2001, p. 26 e 34)	É a análise e avaliação do desempenho de uma organização, - no todo ou em partes -, objetivando formular recomendações e comentários que contribuirão para melhorar os aspectos de economia, eficiência e eficácia.
	É a ação independente de um terceiro para verificar se os aspectos de economia, eficiência e eficácia foram obedecidos numa relação de <i>accountability</i> , emitindo comentários e sugestões pertinentes.
	É a auditoria que objetiva verificar se foi feita a coisa certa, na forma melhor e mais econômica.
	É o exame objetivo e sistemático da gestão operativa de uma organização, programa, atividade ou função e está voltada para a identificação das oportunidades para se alcançar maior economia, eficiência e eficácia.
Pinho (2007, p. 113)	É uma atividade especializada exercida na entidade, que compreende a coleta de dados e análise da produtividade e a rentabilidade da entidade; dos custos das operações, do equilíbrio e do crescimento estrutural e patrimonial da entidade, incluindo a situação financeira e a viabilidade econômico-financeira dos projetos de ampliação da produção.
Santos (2007, p. 268-269)	Um conjunto de procedimentos que são aplicados com o objetivo de avaliar o desempenho dos processos, das operações, dos sistemas de informação, bem como de aferir o nível de cumprimento das políticas e estratégias empresariais. É um processo de exame e avaliação das operações de uma empresa, com a finalidade de assegurar o cumprimento das diretrizes operacionais definidas pela organização.
Peter e Machado (2003, p. 44)	Consiste em avaliar as ações gerenciais e os procedimentos relacionados ao processo operacional, ou parte dele, dos Órgãos ou Entidades [...], com a finalidade de emitir opinião sobre a gestão.

Gass (2005, p. 2)	É uma modalidade de auditoria que procura aferir se a organização ou unidade submetida a exame e avaliação opera de forma eficiente.
Oliveira (2006, p. 15)	É aquela cujo objeto de exame está, em grande parte, voltado para a revisão dos controles internos, para a adequação da aplicação dos procedimentos operacionais e das políticas internas estabelecidas pela administração da empresa.

Quadro 1 – Várias definições de Auditoria Operacional

Fonte: Preparado pelo autor.

Com base nestes diversos conceitos e definições apresentados, podem-se selecionar as principais características e propriedades da Auditoria Operacional:

- a) É uma modalidade de Auditoria;
- b) Compreende um exame e avaliação abrangente das operações, procedimentos e/ou atividades de uma organização;
- c) Procura confrontar as situações atuais da organização com o que dela é esperado ou determinado, pelas normas e políticas internas e/ou externas;
- d) Utiliza técnicas e métodos específicos, através de profissionais especializados;
- e) Age independentemente, direcionada para se alcançar maior economia, eficiência e eficácia na gestão operativa da organização;
- f) Assessora a Administração da entidade, com a apresentação de relatório, contendo comentários e recomendações para a solução ou minimização dos problemas, deficiências, falhas e/ou riscos encontrados.

4. Tipos e/ou modalidades

Primeiramente, o Instituto dos Auditores Internos do Brasil – AUDIBRA (1992) esclarece que a Auditoria Operacional deve ser considerada como um dos níveis de intervenção da Auditoria Interna, juntamente com Auditoria de Regularidade ou de Contas;

Auditorias de Demonstrações Financeiras (ou Contábil) e Tributária; Auditoria de Gestão; Auditoria de Informática e Auditorias Especiais.

Santos (2007) coloca a Auditoria Operacional como um enfoque do processo de Auditoria Organizacional, juntamente com a Auditoria Gestional (ou de Gestão). Já o TCU (1998), no âmbito público ou governamental, relata que a Auditoria Operacional, juntamente com a Avaliação de Programa, seriam modalidades da Auditoria de Desempenho. E, segundo Escritório da Controladoria Geral dos Estados Unidos - GAO (apud ARAÚJO, 2001), a Auditoria Operacional divide-se em duas grandes áreas, a saber: Auditoria de Economia e Eficiência e Auditoria de Eficácia.

Existem ainda outras subdivisões ou tipos de Auditoria Operacional, particularmente dentro das áreas técnico-profissionais. Eis alguns exemplos:

- Na área da Auditoria Interna (Auditoria Operacional com atuação multidisciplinar): O AUDIBRA (2000), em seu Estatuto Social, afirma que a Auditoria Interna é uma atividade multidisciplinar, por compreender várias formações profissionais, dentre elas a Auditoria Interna Operacional, que pode ser exercida por Administradores, Advogados, Contadores, Economistas, Engenheiros, Médicos e outros profissionais cuja atividade especializada justifique sua participação.
- Na área da Contabilidade (Auditoria Operacional Contábil): A Resolução do Conselho Federal de Contabilidade (CFC) n° 560, de 28.10.1983, determina o seguinte sobre este assunto: "Art. 3° - São atribuições privativas dos profissionais de contabilidade: [...] 33) Auditoria interna e operacional." (grifamos).
- Na área da Economia (Auditoria Operacional com enfoque econômico): A Resolução do Conselho Federal de Economia

nº 1612, de 27.05.1995, estipula o seguinte: “*Art. 1º - São inerentes ao campo profissional do Economista, [...], as atividades de Auditoria Interna e Externa, em especial as Auditorias [...], Operacional, [...] e ainda aquelas que envolvam aspectos econômicos, financeiros e patrimoniais, nos setores público e privado*”. (grifamos).

- Na área da Medicina (Auditoria Operacional Médica): O Conselho Regional de Medicina do Estado do Espírito Santo, na sua Resolução CRM-ES nº 0106/1999, emitida em 24.11.1999, determina que o auditor médico pode realizar Auditoria Operacional, sendo esta definida com “*o levantamento de dados assistenciais junto ao médico em hospitais, clínicas, consultórios e outros locais onde há atividade ou assistência médica; prontuário ou ao doente, quando identificadas possíveis distorções no atendimento prestado ao paciente*”.
- Na área da Enfermagem (Auditoria Operacional de Enfermagem): Apesar da Auditoria Operacional ou Concorrente não constar especificamente nas Resoluções do Conselho Federal de Enfermagem, Possari (2005) assim a define: “*é a auditoria feita enquanto o paciente está hospitalizado ou em atendimento ambulatorial*”.

Muitos têm abordado e comentado sobre a questão da Auditoria Operacional somente considerando o âmbito contábil, administrativo e financeiro, seja na área pública seja na área privada. Todavia, como se observa, a Auditoria Operacional se faz presente também outras áreas (como medicina, enfermagem, economia etc.), haja vista que sua metodologia pode ser empregada em qualquer área profissional, se observadas e adaptadas as suas especificidades e particularidades. É o que ratifica também Magalhães, Lunkes e Müller (2001, p. 21): “*É exercida conjuntamente por profissionais de diversas áreas, com a participação dos gestores da empresa, resguardando-se a compatibilidade das profissões com as funções*”.

5. Origem da auditoria operacional

Segundo o AUDIBRA (1992), o termo Auditoria Operacional surge da “*Declaração de Responsabilidade do Auditor Interno*”, em 1947, que, ao descrever a natureza da função, afirmava que o Auditor Interno lida com matéria contábil, mas pode também tratar com assuntos de natureza operacional. A partir dessa conceituação, o termo “*Auditoria Operacional*” passa a significar Auditoria não contábil.

A partir da década de 50, a Auditoria Operacional ganhou novo horizonte e escopo, significando mais do que a incursão em áreas que não as previamente delimitadas para a Auditoria tradicional.

Pode-se dizer que a Auditoria Operacional foi inicialmente adotada pelos auditores internos, que davam maior ênfase ao exame das atividades operacionais e menos ao exame das Demonstrações Contábeis, esta uma área reservada, cada vez mais, aos auditores externos. Esta divisão de trabalho ocorreu também na área pública, ficando os Tribunais de Contas mais voltados ao processo de prestação de contas e alicerçando suas opiniões nos trabalhos de Auditoria Operacional realizados pelos organismos de controle interno (NASI, 1998).

A Auditoria Operacional surgiu basicamente da necessidade de se melhorar a qualidade dos relatórios elaborados e apresentados pelos auditores, nos aspectos relacionados aos resultados da gestão pública e privada, devido às limitações das informações financeiras. Essa necessidade foi atendida com a aplicação de procedimentos de auditoria, visando avaliar o desempenho operacional de uma entidade no que concerne à eficiência, à eficácia e à economia, através da revisão dos processos administrativos e operacionais (ARAÚJO, 2001).

6. Foco, atuação e abrangência

O foco da Auditoria Operacional é o processo de gestão nos seus diversos aspectos (planejamento, organização, procedimentos operacionais e controle gerencial), inclusive quanto aos seus resultados em termos de objetivos e metas alcançados (TCU, 1998). Sua atuação se dá *“na forma de mapeamento das operações e dos processos organizacionais; coleta e análise dos dados; comparação dos resultados obtidos com as metas estabelecidas; avaliação das causas da não consecução dos resultados planejados e identificação de tendências”* (SANTOS, 2007, p. 270).

A Auditoria Operacional abrange principalmente a avaliação da situação de uma empresa, do ponto de vista dos desempenhos de seu funcionamento e da utilização de seus meios. (LAURENT, 1991 apud ARAÚJO, 2001). Para Boynton, Johnson e Kell (2002), em uma organização com fins lucrativos, a extensão da Auditoria Operacional pode abranger todas as atividades de uma filial, departamento ou divisão; ou ainda de uma tarefa comum a muitas unidades de negócios (marketing ou processamento de dados, por exemplo). No Governo Federal, uma Auditoria Operacional pode estender-se a todas as atividades de uma agência reguladora ou de um programa específico como a distribuição de cestas básicas.

7. Responsáveis pelo exercício da auditoria operacional

Para Cruz (1997, p.27), a atividade de Auditoria Operacional é exercida por

auditores independentes; contadores das áreas financeira e gerencial; administradores; gerentes; técnicos de controle externo; funcionários do controle governamental sobre instituições financeiras; empresas financiadas ou de atividade controlada; economistas; e auditores Internos das empresas em geral.

Atualmente, os responsáveis pelo exercício da Auditoria Operacional não são mais ligados somente aos âmbitos administrativo, contábil e financeiro. Áreas como a medicina, a enfermagem e outras profissões da saúde estão adotando a Auditoria Operacional em seus trabalhos e atividades.

8. Considerações finais

Há uma expressiva multiplicidade de termos e denominações associadas à Auditoria Operacional, o que ocasiona, muitas vezes, uma dificuldade na compreensão exata do que seja este tipo de modalidade de Auditoria e como ela atua. Todavia, seus benefícios e contribuições têm sido reconhecidos pelas organizações, o que tem propiciado sua maior divulgação e propagação junto à classe empresarial, aos governos e à sociedade como um todo.

Entende-se que caberá a especificidade do negócio determinar a melhor formação acadêmica requerida dos auditores operacionais no exercício de suas funções. No entanto, muitas vezes será necessária a utilização de uma equipe de profissionais multidisciplinares.

Enfim, como demonstrado, atualmente a modalidade de Auditoria com enfoque Operacional perpassa diversas áreas de conhecimento profissional (multidisciplinar), não mais está restrita à área contábil-financeira e pode ser empregada em qualquer área profissional, se observadas e adaptadas, entretanto, as suas especificidades e particularidades.

Referências

ABDEL-KLALIK, A. Rashad (org.). *Dicionário enciclopédico de Contabilidade*. São Paulo: Atlas, 2004.

ARAÚJO, Inaldo da Paixão Santos. *Introdução à auditoria operacional*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2001.

AUDIBRA - INSTITUTO DOS AUDITORES INTERNOS DO BRASIL. *Estatuto social*. São Paulo: AUDIBRA, 2000.

_____. *Procedimentos de auditoria interna - organização básica da Auditoria interna*. São Paulo: Biblioteca Técnica de Auditoria Interna, 1992.

BITTENCOURT, Fernando Moutinho Ramalho. *Os critérios de auditoria e a auditoria operacional*. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/sfc/ideias/ideias/audopera.htm>>. Acesso em 30 set. 2005.

BOYNTON, William C.; JOHNSON, Raymond N.; KELL, Walter G. *Auditoria*. São Paulo: Atlas, 2002.

COOK, John William; WINKLE, Gary M. *Auditoria: filosofia e técnica*. São Paulo: Saraiva, 1979.

CREPALDI, Silvio Aparecido. *Auditoria contábil – teoria e prática*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

CRIVERALO, Simone Roberta; GENTILIN, Sérgio Alexandre; ROSA, Marlene Santa. *A importância da auditoria interna*. Publicado em 30.06.2006. Disponível em: <<http://www.contabeis.com.br/artigos.asp?op=ler&id=157>>. Acesso em 11 mai. 2007.

CRUZ, Flávio da. *Auditoria governamental*. São Paulo: Atlas, 1997.

GASS, Armando. *O papel da auditoria interna*. Comissão de Estudos de Auditoria Interna do Conselho Regional de Contabilidade do Rio Grande do Sul. Disponível em: <http://www.crcrs.org.br/comissoes/audinterna/papel_auditoria.pdf>. Acesso em 30 dez. 2005.

GIL, Antônio de Loureiro. *Auditoria operacional e de gestão: qualidade da Auditoria*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MAGALHÃES, Antônio de Deus F; LUNKES, Irtes Cristina; MÜLLER, Aderbal Nicolas. *Auditoria das organizações: metodologias alternativas ao planejamento e à operacionalização dos métodos e das técnicas*. São Paulo: Atlas, 2001.

MOTTA, João Maurício. *Auditoria – princípios e técnicas*. São Paulo: Atlas, 1988.

NASI, Antonio Carlos. *O controle interno no contexto da modernização do estado - experiência das empresas de auditoria externa*. Porto Alegre: Governo do Estado de São Paulo – Secretaria de Estado dos Negócios da Fazenda, 1998.

OLIVEIRA, Jorge Augusto R. de. *Curso prático de auditoria administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2006.

PETER, Maria da Glória Arrais; MACHADO, Marcus Vinícius Veras. *Manual de auditoria governamental*. São Paulo: Atlas, 2003.

PINHO, Ruth Carvalho de Santana. *Fundamentos de auditoria: auditoria contábil – outras aplicações de auditoria*. São Paulo: Atlas, 2007.

POSSARI, João. *Auditoria de enfermagem*. Disponível em: <<http://www.joaopossari.hpg.ig.com.br/auditoria.htm>>. Acesso em 14 out. 2005.

SANTOS, Lourival Nery dos. Auditoria Organizacional. In: PINHO, Ruth Carvalho de Santana. (Org.). *Tópicos contemporâneos em auditoria pública e privada*. Fortaleza: Edições UFC, 2007.

TCU – TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Manual de auditoria de desempenho*. Brasília: TCU, 1998.

WESBERKY, James. *Auditoria operacional*. Brasília: TCU, 1985.

A responsabilidade do gestor público com a documentação governamental: importância da gestão documental como recurso estratégico para a tomada de decisões

Regina Lúcia da Silva Braga

Graduada em Biblioteconomia.

Especialista em Tecnologias aplicadas ao Gerenciamento da Informação e em Gestão de Arquivos Empresariais.

Chefe do Núcleo de Biblioteca e Documentação do TCE/CE.

Maria Verônica Lima Marcelo

Graduada em Direito, Especialista em Gestão de Arquivos Empresarias e em Direito Público.

Chefe do Serviço de Atendimento e Protocolo do TCE/CE.

Resumo: Por quanto tempo devem-se guardar os documentos públicos? Em meio a tanta burocracia e excesso de papéis, esta é uma dúvida muito comum e que aflige os que lidam com a administração pública. Resolver estas questões e saber o que fazer com tanta informação, como selecioná-la, como armazená-la e como localizá-la é um desafio perseguido pelos arquivistas e profissionais da informação. Este artigo tem por finalidade proporcionar aos gestores públicos as condições mínimas para o bom desempenho de suas funções referentes à manutenção dos documentos. Sintetiza o entendimento do Tribunal de Contas do Estado, baseado em consulta respondida sobre a matéria, aborda algumas recomendações técnicas baseadas na legislação arquivística do Conselho Nacional de Arquivos – CONARQ – para a implantação de uma política de gestão de arquivos nos órgãos públicos. Por fim, ressalta a importância da elaboração da Tabela de Temporalidade de Documentos – TTD – como instrumento legal que define os prazos de guarda e destino da documentação pública.

Palavras-chave: Gestão documental; Responsabilidade social; Arquivística; Guarda de Documentos; Temporalidade de Documentos; Gestor Público; Arquivologia; Avaliação de Documentos; Administração de Arquivo.

1. Introdução

Todas as ações públicas de relevo são armazenadas em algum tipo de suporte, tornando-se documentos públicos. As organizações necessitam conservar sua respectiva documentação, em muitos casos até por exigência legal, de modo a possibilitar o uso do documento, mais precisamente a informação, para que esta seja resgatada de forma rápida e precisa quando dela se fizer necessária a qualquer decisão posterior.

A quantidade de informações que produzimos é cada vez maior. Assim sendo, necessitamos de formas para gerenciá-las.

A implantação da gestão de documentos arquivísticos é um procedimento fundamental nos órgãos públicos e vem contribuir para a disponibilização da informação em tempo hábil propiciando credibilidade e transparência à administração.

A gestão documental deve ser planejada desde sua produção até serem eliminados ou recolhidos para arquivamento permanente, tratando, pois, de todo o ciclo vital dos documentos, a saber: fase corrente, que corresponde ao valor administrativo; fase intermediária, que corresponde ao valor probatório e/ou legal do documento e a fase permanente, que corresponde ao valor histórico e científico que se sobrepõe aos demais valores e caso não tenha valor permanente serão eliminados.

2. Responsabilidade dos gestores públicos com o trato dos acervos arquivísticos

- Você sabia que existem documentos que podem ser eliminados em um ano; outros somente após 100 anos; e outros que deverão ser definitivamente preservados?
- (Resolução nº 14, de 24/10/01, do Conselho Nacional de Arquivos – CONARQ).

- Que destruir, inutilizar ou deteriorar ato administrativo dá pena de reclusão, de um a três anos, e multa?
- (Lei de Crimes Ambientais nº 9.605, de 12/02/98).

A legislação existente impõe obrigações aos gestores públicos e co-responsabilizam todos os órgãos e entidades do Poder Público com o trato dos acervos arquivísticos governamentais.

A Constituição Federal de 1988 e particularmente a Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991, que dispõe sobre a política nacional de arquivos públicos e privados, delegaram ao Poder Público estas responsabilidades, consubstanciadas pelo Decreto nº 4.073, de 3 de janeiro de 2002, que consolidou os decretos anteriores - nºs 1.173, de 29 de junho de 1994; 1.461, de 25 de abril de 1995, 2.182, de 20 de março de 1997 e 2.942, de 18 de janeiro de 1999.

A referida Lei em seu artigo 1º, capítulo 1, declara que é dever do poder público não só a proteção dos documentos de arquivo, mas também a gestão documental, e transfere para as mesmas a competência para administrar a documentação pública ou de caráter público, resultante da administração pública.

A seguir, transcrevemos alguns trechos dos dispositivos legais normalizadores da política de arquivos no Brasil:

Todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado” (CF, art. 5.º, XXXIV)

Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem” (Constituição Federal, art. 216, parág. 2.º)

É dever do Poder Público a gestão documental e a proteção especial a documentos de arquivos, como instrumento de apoio à administração, à cultura, ao desenvolvimento científico e como elementos de prova e informação” (Lei Federal n.º 8.159, de 8 de janeiro de 1991, art. 1.º)

Considera-se gestão de documentos o conjunto de procedimentos e operações técnicas referentes à sua produção, tramitação, uso, avaliação e arquivamento em fase corrente e intermediária, visando a sua eliminação ou recolhimento para guarda permanente” (Lei Federal n.º 8.159, de 8 de janeiro de 1991, art. 3.º)

Todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular ou de interesse coletivo ou geral, contidas em documentos de arquivos, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, bem como à inviolabilidade da intimidade da vida privada, da honra e da imagem das pessoas” (Lei 8.159/91, art. 4.º)

A eliminação de documentos produzidos por instituições públicas e de caráter público será realizada mediante autorização da instituição arquivística pública, na sua específica esfera de competência”.(Lei Federal n.º 8.159, de 8 de janeiro de 1991, art. 9.º)

A eliminação de documentos oficiais ou públicos só deverá ocorrer se prevista na tabela de temporalidade do órgão, aprovada pela autoridade competente na esfera de sua atuação e respeitado o disposto no art. 9.º da Lei n.º 8.159, de 8 de janeiro de 1991.” (Decreto Federal n.º 1.799, de 30/01/96, art. 12, parágrafo único).

Os proprietários ou detentores de arquivos privados declarados de interesse público e social devem manter preservados os acervos sob sua custódia, ficando sujeito à responsabilidade penal, civil e administrativa, na forma da legislação em vigor, aquele que desfigurar ou destruir documentos de valor permanente.” (Decreto nº 4.073, de 3 de janeiro de 2002, art. 26).

De acordo com esta legislação, nenhum documento público poderá ser eliminado se não tiver sido submetido à avaliação e se não constar de instrumento legal e normativo do órgão que a autorize e devidamente oficializado.

Aquele que desfigurar ou destruir documentos de valor permanente ou considerado como de interesse público e social poderá ficar sujeito à responsabilidade penal, civil e administrativa, na forma da legislação em vigor.

No que concerne à legislação do Estado do Ceará são as seguintes as normas regulamentadoras:

- Constituição Estadual, art. 88, inc. IV e VI; art. 231, § 10; arts. 234 a 236 – documentação arquivística dos órgãos públicos;
- Lei 10.746, de 06/12/1982 – Cria o Sistema Estadual de Documentação e Arquivo - SEDAR;
- Lei nº 12.946, de 29/09/1999 (DOE 06/10/1999) – Dispõe sobre o destino final dos documentos recebidos ou produzidos pelos órgãos do Estado;
- Lei nº 13.087, de 29/12/2000 (DOE 30/12/2000) – Reestrutura o sistema estadual de documentação e arquivo – SEDARQ e cria a Comissão Estadual de Arquivos - CEARQ.
- Decreto 28.153, de 15/02/2006 (DOE 21/02/2006), alterado pelo Decreto nº 28.584, de 29/12/2006 (DOE 29/12/2006) – dispõe sobre a criação e adoção da Tabela de Temporalidade dos Documentos produzidos pelos órgãos da Administração Direta Estadual relativos às atividades do meio.

3. Orientação do Tribunal de Contas do Estado com relação a guarda e manutenção de documentação arquivada

Por quanto tempo deve-se manter a guarda e conservação de documentação arquivada?

Este Tribunal já se manifestou em várias oportunidades sobre o assunto, e citamos, aqui, as Consultas às quais foram respondidas:

processos de nº. 3.305/99 da Fundação Universidade Estadual do Ceará – FUNECE, nº. 02222/2000-4 da Fundação de Teleeducação do Ceará – FUNTELC e nº 04244-2003-1 Procuradoria Geral do Estado.

O Tribunal, por maioria de votos, respondendo à consulta formulada pela Fundação Universidade Estadual do Ceará - FUNECE (processo nº 3305/1999-0) deliberou no sentido de que, por meio da Resolução de nº 2888/99, de 21/07/99

- 1) Somente poderão ser incinerados documentos que se referem à execução orçamentária, financeira e patrimonial que se encontrem arquivados;
- 2) Só se consideram arquivados, documentos sobre os quais o Tribunal tenha se manifestado sobre eles;
- 3) que observaram a tramitação plena na esfera do controle externo, ou seja, depois de transitada em julgado a decisão do Tribunal de Contas nas respectivas prestações de contas, dos quais os citados documentos fazem parte ou que serviram como informação ou se constituíram em meio probatório;
- 4) Que não basta transitar em julgado, para que se possa incinerar um documento. É necessário que decorram 05 (cinco) anos, pelo menos, contados da data da emissão do parecer conclusivo pelo Tribunal de Contas;
- 5) no caso de documentos relativos a atos de pessoal, deve ser observado o disposto nos artigos 36 e 38, da Lei Estadual nº 12.509/95 (Lei Orgânica do TCE).

Fonte: Site do TCE

As referidas consultas foram analisadas com base nos seguintes dispositivos legais que dispõem, direta e indiretamente, sobre o assunto:

- Constituição federal – Art. 37, § 5º;
- Constituição Estadual – Art. 76, Inciso III;
- Lei Federal nº 5.433, de 8 de maio de 1968;
- Decreto Federal nº 1.799, de 30 de janeiro de 1996;
- Lei Federal nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991;

- Lei estadual nº12.509, de 06 de dezembro de 1995 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado) – Art. 1º, inciso V; Artigos 32, 36, 37 e 38.

4. Os arquivos e a situação atual da documentação arquivada

“Os documentos são patrimônio público, tanto no sentido administrativo como do ponto de vista cultural” (VAZ, 1994)

Atualmente, no mundo globalizado, se intensificam ações capazes de garantir aos cidadãos o acesso aos conteúdos informacionais produzidos pela administração pública, como forma de participação efetiva da sociedade sobre as atividades do Estado, demandando mudanças organizacionais que permitam melhorar seus mecanismos de funcionamento e a transparência de suas ações.

Dados estatísticos:

Cada vez mais estamos gerando mais documentos em papel. Segundo a *AIIM International – Association for Information and Image Management International*, EUA, a maior associação do mundo sobre gerenciamento da documentação, 95% das informações dos Estados Unidos estavam em papel em 1990. Este ano, cerca de 92% das informações ainda estarão em papel. Essa avalanche de papel gera a cada dia maiores problemas:

- Um gestor público gasta em média 4 semanas por ano procurando documentos;
- Para cada documento faz-se em média 19 cópias de cada, podendo o mesmo ser arquivado ou não.
- 80% das informações estão em documentos impressos.
- 25% dos documentos arquivados se perdem e nunca são recuperados.
- 35% do tempo dos empregados são gastos manipulando documentos.
- 22% do conhecimento estão armazenados em papel.
- 29% do conhecimento estão armazenados em mídias eletrônicas.

- 40% do conhecimento estão armazenados na mente humana.
 - 9% do conhecimento estão armazenados em arquivo e documentos que não se podem recuperar
 - Estima-se que de 3% a 7% dos documentos arquivados em papel estão perdidos ou mal classificados
 - As instituições públicas gastam aproximadamente 3% de suas receitas orçamentárias em produzir, administrar e distribuir documentos (IDC).
- Fonte: ASAP (México)

Segundo Michel Duchein (1982),

Informações Arquivísticas são aquelas formadas por conjuntos de documentos produzidos ou recebidos por pessoas físicas ou jurídicas, no curso de suas atividades, independentes de data, suporte, material ou formato físico.

PAZ (2004) define que “os arquivos representam um conjunto de documentos, produzidos ou recebidos e preservados por instituições públicas ou privadas, ou mesmo por pessoas físicas, em decorrência de seus negócios, de suas atividades específicas e no cumprimento de seus objetivos”.

Conforme RONCAGLIO (2004), a função de um arquivo é guardar a documentação e principalmente fornecer aos interessados as informações contidas em seu acervo de maneira rápida e segura. Neste sentido, a classificação dos documentos de arquivos deve ser feita a partir de um método de arquivamento a ser definido, levando em consideração a estrutura da empresa, suas funções e a natureza de seus documentos.

Para armazenar sua produção, qualquer tipo de órgão seja ele público ou privado terá que disponibilizar um local apropriado para acomodação dessa produção. E ainda, possuir um responsável pela área para realizar os procedimentos arquivísticos. Sem esta preocupação, não é possível uma localização e recuperação precisa

do documento desejado.

A guarda de documentos relativos à gestão de órgãos públicos, bem como, os arquivos das empresas de uma forma geral, não se encontram em uma situação ideal. E quanto ao manuseio e guarda de documentos, estes se encontram em uma realidade caótica, implicando sérios problemas no armazenamento e conseqüentemente a perda de informações e documentos.

O volume documental chega a tal ponto que começa a comprometer a boa administração e imputar responsabilidades sobre documentos não recuperados.

O que se pode perceber na maioria das organizações é a falta de consciência política no tratamento dos documentos produzidos por elas. Comprovadamente, são registrados fatos que demonstram a precariedade como é produzida, guardada e acumulada a documentação no decorrer de suas atividades: com descaso e negligência. Isto representa uma situação de riscos e altos custos para a sociedade, implicando perda de tempo para a recuperação do documento ou da informação. Ainda no que se refere a este tema é comum que os administradores tendam a ver apenas os valores imediatos da documentação e não se preocuparem com seu conteúdo histórico, o que acarreta a destruição indiscriminada ou o acúmulo caótico de conjuntos documentais básicos para a reconstituição da memória institucional.

5. A gestão documental nos órgãos públicos

Conforme a Lei federal nº 8.159, que se refere aos arquivos públicos e privados, “considera-se gestão de documentos o conjunto de procedimentos e operações técnicas referentes à sua produção, tramitação, uso, avaliação e arquivamento em fase corrente e intermediária, visando a sua eliminação ou recolhimento para guarda permanente”.

Uma Política de Gestão de Documentos tem os seguintes objetivos: controle sobre a produção documental, racionalização do fluxo de documentos, melhoria dos serviços arquivísticos, aumento da eficácia, suporte para as decisões político-administrativas e garantia dos direitos de cidadania.

A Gestão de Documentos aplicada nas empresas é uma atividade estratégica na constituição do acervo arquivístico, pois define o ciclo vital dos documentos, estabelecendo aqueles que após o uso administrativo terão sua guarda permanente ou serão eliminados.

A avaliação constitui uma etapa essencial da gestão de documentos. É o processo de análise que permite a identificação do valor dos documentos, para fins da definição de seus prazos de guarda e destinação. É o momento em que também, mais do que em qualquer outro, deve ser levada em conta a formação de equipe multidisciplinar. Uma avaliação documental inadequada, por menor que seja, pode causar prejuízos administrativos, financeiros e histórico-culturais e, sob determinadas circunstâncias, irreparáveis. Desta forma, a equipe de gestão de documentos pode e deve contar, na fase da avaliação documental, com outros profissionais especializados nos assuntos pertinentes.

Os Planos de Classificação e as Tabelas de Temporalidade de Documentos – TTD – são instrumentos básicos da gestão documental. O Plano de Classificação é o instrumento utilizado para classificar todo e qualquer documento de arquivo, ou seja, agrupar os documentos de arquivos relacionando-os ao órgão produtor, à função, subfunção e atividade responsável por sua produção ou acumulação. Agrupa os documentos sob um mesmo tema, como forma de agilizar sua recuperação e facilitar as tarefas arquivísticas relacionadas com a avaliação, seleção, eliminação, transferência, recolhimento e acesso.

A Tabela de Temporalidade de Documentos é o instrumento de destinação aprovado pela autoridade competente, que determina

prazos e condições de guarda, tendo em vista a transferência, o recolhimento ou a destinação final.

A realidade organizacional deve ser levada em conta para a sua estruturação. O primeiro procedimento para a elaboração da Tabela de Temporalidade de Documentos consiste na formação de uma Comissão de Avaliação com membros permanentes, tais como: um responsável pelo arquivo, um da área jurídica, um profissional da área de organização e membros variáveis. Esta Tabela deve ser objeto de revisões sempre que for necessário, podendo incluir novo documento ou mudanças no prazo de guarda.

Compete à Comissão Permanente de Avaliação de Documentos orientar e acompanhar a avaliação e destinação dos documentos das atividades-meio e fim.

O Manual de Gestão de Documentos de Arquivo apresenta as rotinas detalhadas a serem adotadas desde o recebimento, arquivamento até a eliminação de documentos, norteando a gestão documental.

O Cronograma de Transferência é o instrumento que programa os períodos do ano ou do mês em que cada setor fará a transferência dos documentos do arquivo corrente o intermediário e/ou o recolhimento para o arquivo permanente. Tem como objetivo o controle da destinação dos documentos e normatiza as rotinas dos arquivos.

Finalmente, contamos com outro instrumento, a Ata de Descarte ou Termo de Eliminação, que contém a relação dos documentos a eliminar, o período, o setor a que se referem às informações e a assinatura do responsável pela aprovação do descarte. Os documentos aprovados para descarte devem ser reciclados por picotagem e a forma de eliminação está a critério da organização.

6. Conclusão

Um programa de gestão documental se faz urgente e imprescindível nos arquivos públicos brasileiros. É preciso que o administrador público tome consciência da preservação dos recursos informacionais acumulados na instituição, ou seja, nos arquivos onde ficam depositados os registros das ações.

Uma vez desenvolvidas as técnicas arquivísticas na administração dos arquivos brasileiros, pode-se observar de imediato a rapidez na obtenção da informação e a racionalização de espaço físico destinado à guarda dos arquivos, reconhecendo por fim que os conjuntos documentais produzidos e/ou acumulados são em última instância patrimônio da instituição.

As demandas por acesso às informações, transparência nas ações de governo e qualidade nos serviços públicos somente poderão ser atendidas com arquivos organizados, assegurando que os documentos indispensáveis à reconstituição do passado serão definitivamente preservados.

Referências

BRASIL. Conselho Nacional de Arquivos – CONARQ. *Leis e decretos*. Disponível em <<http://www.conarq.arquivonacional.gov.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?sid=52>>. Acesso em 10 out. 2008.

BRASIL. Conselho Nacional de Arquivos - CONARQ. Resolução nº 7 do CONARQ, de 20/5/97. Dispõe sobre os procedimentos para a eliminação de documentos no âmbito dos órgãos e entidades integrantes do Poder Público. Disponível em <<http://www.arqdigital.com.br/resolucao%2007.htm>>. Acesso em 10 out. 2008.

BRASIL. Lei nº 8.159, de 08 de janeiro de 1991. Dispõe sobre a Política Nacional de Arquivos Públicos e Privados. Disponível em <<http://www.conarq.arquivonacional.gov.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=100&sid=52>>. Acesso em 10 out. 2008.

CEARÁ. Lei nº 10.746, 06 de dezembro de 1982. Dispõe sobre a reorganização do Arquivo Público do Ceará. *Diário Oficial do Estado do Ceará*. Fortaleza, v. 49, n. 13.479, Parte 1, p. 2-4, 13 dez. 1982. Seção 1.

CEARÁ. Tribunal de Contas do Estado. Site do TCE. Disponível em <www.tce.ce.gov.br> acesso em: 10 out. 2008.

CÔRTEZ, Maria Regina Persechini Armond. *Arquivo público e informação: acesso à informação nos arquivos públicos estaduais do Brasil*. Belo Horizonte, 1996. Dissertação (Mestrado em Ciência da Informação) – Escola de Biblioteconomia da Universidade Federal de Minas Gerais.

DUCHEIN. Michel. *Seminário sobre arquivística contemporânea*. 1982, p.6-7.

FEIJÓ, Virgílio de Mello. *Documentação e arquivos escolares*. Porto Alegre: Sagra: 1988.

PAES, Marlene Leite. *Arquivo: Teoria e Prática*. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1991.

PAZ, Joseane Maria da et al . A Responsabilidade dos arquivos nas tomadas de decisões. *Biblios*, a.5, n.18-19, abr./set., 2004. Pág. 84-95. Disponível em <http://eprints.rclis.org/archive/00002400/01/2004_20.pdf>. Acesso em 20/10/2008.

RONCAGLIO, Cynthia; SZVARÇA, Décio Roberto; BOJANOSKI, Silvana de Fátima. Arquivos, gestão de documentos e informação. BIBLI: R. Eletr. Bibl. *Ci. Inf.*, Florianópolis, n. esp., 2º sem. 2004. Disponível em <<http://repositorio.bce.unb.br/>>

bitstream/123456789/913/1/ARTIGO_ArquivoGestaoDocumento
sInformacao.pdf >. Acesso em 20 out. 2008.

SCHELLENBERG, T.R. *Arquivos Modernos*. Trad. De Nilza
Teixeira Soares. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1974.

VAZ, José Carlos. *Sistema Municipal de Arquivos*. Publicado
originalmente como Dicas, n. 21, mar. 1994. Disponível em:
<<http://www2.fpa.org.br/portal/modules/news/article.php?storyid=2595>>: 10 de out. 2008.

Controle interno na Administração Pública

Antônio Almir Santos de Souza
Supervisor do TCE/AM

Resumo: O artigo discute diversos aspectos do controle interno como a auto-avaliação, a responsabilidades pela organização, entre outros.

"A sociedade tem o direito de exigir contas a qualquer agente público de sua administração".

(Artigo 15 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 02 de outubro de 1789)

1. A ação de controle

A invocação do artigo 15 da **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão** tem sentido emblemático, porque se insere na fase moderna da organização política do Estado em forma de república, inaugurada com a Revolução Francesa.

O dever de prestar contas, de todos quantos administrem **bens públicos** em nome dos demais cidadãos decorre do princípio republicano (de *rés publicae*), predominante em nossa Carta Maior.

Para que possam prestar contas sem receios, os administradores devem estar bem informados sobre os atos e fatos de sua administração. Devem, igualmente, prover os meios para que

a sociedade faça o acompanhamento da gestão e a tomada de contas, quando necessário, através dos meios institucionais.

Ao complexo de atividades relacionadas com o acompanhamento dos atos e fatos da administração, organizado para assegurar sucesso na realização de seus fins, designa-se **ação de controle**.

2. Administração e controle

Para melhor entender e situar a importância da função de controle, torna-se necessário fazer uma digressão conceitual e lembrar os fundamentos que orientam a atividade de **administração**.

A Administração de uma entidade deve estar estruturada e organizada de acordo com princípios científicos aplicáveis às funções básicas que a compõem, para melhor realizar os seus planos e alcançar os objetivos que constituem a razão da sua existência.

Segundo os clássicos Henri Taylor e Frederico Fayol, a administração deve atender, particularmente, aos princípios de organização, planejamento, comando e **controle**.

O controle constitui um dos princípios basilares da **administração**, de tal forma que a inexistência dessa função ou as deficiências que apresentar têm reflexos diretos e negativos com a mesma intensidade nas demais funções (**organização, planejamento e comando**), decretando invariavelmente a frustração parcial ou total dos seus objetivos. Os resultados medíocres ou desastrosos na administração pública ou privada têm sempre como responsáveis as falhas do controle, de igual forma como o sucesso repousa fundamentalmente na sua eficiência.

É bom administrador aquele que sabe tirar proveito do controle, pois através dele obtém informações sobre o plano organizacional, quanto à sua dinâmica e eficácia; sobre a execução dos projetos e atividades, se está de conformidade, ou não, com o

planejamento; sobre o comportamento dos agentes e promotores da execução de projetos e de atividades e do seu grau de adesão às políticas da Administração; sobre o comportamento da ação executiva e do nível de consecução das metas estabelecidas; e sobre os resultados obtidos, em confronto com as metas planejadas.

3. O sistema de controle

Na Administração Pública brasileira, a modernização do sistema de controle veio com a denominada Reforma Administrativa, introduzida pela Constituição de 1967 e designadamente através do Decreto-Lei nº 200, de 20 de fevereiro do mesmo ano.

O novo modelo permitiu, desde então, a utilização da prática de acompanhamento dos atos de gestão e de administração de forma mais ágil, abandonando-se o modelo superado, que, embora minudente, preocupava-se mais com o aspecto formal, revelando-se, por isso, ineficaz e viciado.

Passou-se a adotar, então, o processo de auditorias financeiras e orçamentarias.

Hoje o controle encontra-se num estágio ainda mais avançado e estrutura-se, basicamente, sobre princípios de comprovada eficiência. Espelha-se nos modelos aplicados aos grandes conglomerados empresariais do mundo desenvolvido.

Do modo como vem delineado, particularmente nos artigos 70 a 75 da Constituição Federal, sua ação ambivalente faz com que um dos seus desdobramentos - o **controle interno** - se confunda com a própria administração, pois deve servir aos objetivos que lhes são próprios, convergentes a propiciar a eficaz aplicação dos recursos públicos, atendendo aos melhores padrões de eficiência e de economicidade.

Nessa condição, presta apoio ao outro segmento – o **controle externo** -, atribuído ao Poder Legislativo, que o exerce com auxílio do Tribunal de Contas. Integrados - **controle interno, controle externo e administração** -, cumpre-lhes promover a realização do bem público, para permitir a obtenção do resultado máximo, com o mínimo de recursos, sem desvios e desperdícios. A interação de ambos é que forma o denominado **sistema de controle**, que tem por fim, em outros termos:

- assegurar eficácia, eficiência e economicidade na administração e aplicação dos recursos públicos;
- evitar desvios, perdas e desperdícios;
- garantir o cumprimento das normas técnicas, administrativas e legais;
- identificar erros, fraudes e seus agentes;
- preservar a integridade patrimonial;
- propiciar informações para a tomada de decisões.

Mas, se incumbe ao controle assegurar eficácia e eficiência à Administração Pública, importa que ele próprio seja eficaz e eficiente.

4. Controle interno

O controle interno, como foi visto, faz parte do plano de organização da Administração e tem os mesmos objetivos. Ocupa-se essencialmente com o processamento de informações que retroalimentem a função de **comando**, concorrendo para a correta tomada de decisões; coexiste com as demais funções da Administração e com elas, por vezes, se confunde, sendo cada qual indispensável para o funcionamento do sistema que formam, de tal maneira que a falha em uma delas pode embaraçar o funcionamento de todo o conjunto.

O controle interno tem expressão funcional e sua ação não admite concentração puramente orgânica.

Embora não haja unanimidade na identificação de suas funções básicas, as mais frequentemente mencionadas são as que seguem:

- **organização** (administrativa, jurídica e técnica);
- **procedimentos e métodos;**
- **informações** (planejamento, orçamento, contabilidade, estatística e informatização);
- **recursos humanos;**
- **auto-avaliação.**

O sistema de controle interno se constitui na alma do plano de organização de qualquer entidade, fundamentalmente comprometido com a realização dos objetivos da própria Administração, os quais constituem a razão de sua existência.

Segundo o disposto no artigo 74 da Constituição Federal, deve ter atuação sistêmica e integrada, nos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, para o fim de

- **avaliar o cumprimento de metas e a execução dos programas governamentais e orçamentários;**
- **comprovar a legalidade e avaliar os resultados da gestão, quanto à eficiência e eficácia;**
- **exercer o controle das obrigações, direitos e haveres;**
- **apoiar o controle externo.**

5. Auto-avaliação do controle interno

Uma das funções do Controle Interno é a avaliação de sua própria atividade.

Sabendo-se que suas funções convivem na Administração com todas as demais funções, resulta que se encontra presente em cada desdobramento da organização. Evidencia-se, por exemplo, na atividade de triagem de ingresso e saída de pessoas, veículos, bens e mercadorias; no acompanhamento das condições de qualidade dos

serviços e dos produtos; na feitura de estatísticas; na contabilização física e financeira; nos registros dos recursos humanos e dos correspondentes dados cadastrais, funcionais e financeiros.

A supervisão das atividades de controle interno compete à função de Comando, que dele necessita para bem administrar. Importa-lhe, por isso, preservar seu funcionamento com eficiência.

O tamanho e a complexidade das organizações modernas, porém, têm dificultado e, por vezes, impossibilitado a supervisão direta de todas as operações por parte dos dirigentes superiores, obrigando-os a delegar parte dessas funções a outros profissionais. Estes, com a devida independência, coletam dados estratégicos, analisam-nos e colocam à disposição da direção as informações finais sobre o comportamento operacional da entidade.

Essa atividade é organicamente concentrada na **unidade de avaliação do controle interno**, constituindo-se em desdobramento da Administração Superior. Penetra em toda a organização para identificar possíveis falhas, desvios, debilidades ou deficiências, objetivando retroalimentar o **comando** com informações que lhe permitam tomar decisões corretas que indiquem a necessidade de intervir para alterar o curso da ação e modificar as políticas administrativas, ou recomendem a sua manutenção. Em outros termos, compete-lhe:

- prestar informações permanentes à Administração Superior sobre todas as áreas relacionadas com o controle, seja contábil, administrativo, operacional ou Jurídico;
- preservar os interesses da organização contra ilegalidades, erros ou outras irregularidades;
- velar para a realização das metas pretendidas;
- recomendar os ajustes necessários com vistas à eficiência operacional.

6. A Responsabilidade pela organização do controle interno

A organização do sistema de controle interno e o seu funcionamento eficiente são da inteira responsabilidade do Administrador, **como corolário do dever de bem administrar e de prestar contas.**

Como foi visto, incumbe ao Administrador, primeiramente, gerir o patrimônio e os recursos a ele confiados com proficiência, sem desperdícios e desvios; em segundo lugar, cumpre-lhe manter condições para demonstrar a prática da boa administração e permitir a verificação, por parte dos órgãos de controle externo, de que agiu com correção e competência.

Uma vez organizado o controle interno, há que mantê-lo sob permanente vigilância e avaliação, pois se sabe que as falhas de seu funcionamento trazem reflexos inevitáveis nos resultados da administração, podendo comprometê-la irremediavelmente.

O Prefeito é o Administrador Geral do Município. Portanto, a ele incumbe velar pelo bom funcionamento do controle interno, que, bem compreendido, poderá se tomar no mais importante aliado de sua administração.

Se não bastasse essa indicação de senso administrativo, todo um complexo legal está constringendo os administradores públicos - particularmente os Prefeitos Municipais - a se preocuparem com o próprio sistema de controle.

Veja-se primeiramente a Constituição Federal, na qual, segundo o disposto no artigo 31, nos municípios restou atribuído ao Poder Executivo o comando e, em consequência, as responsabilidades relacionadas com o sistema de controle interno, na forma que a lei ordinária estabelecer.

Na União e nos Estados, compete aos respectivos Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário) manter esse mesmo sistema, de forma integrada (v. CF, artigos 70 e 74; e CE, artigo 45).

As falhas originadas de deficiências ou da ausência das funções relacionadas com os sistemas de controle interno, que embarcem a realização das suas finalidades, poderão sempre ser levadas a responsabilidade dos respectivos administradores, na apreciação e julgamento das suas contas pelos órgãos de controle a que estão sujeitos: corporações legislativas, Tribunal de Contas, Ministério Público ou Judiciário.

O Poder Legislativo e o Tribunal de Contas constituem órgãos de **ação permanente** de controle externo, com funções deferidas pela Constituição Federal, de conformidade com o disposto nos artigos 31; e pelo artigo 39 da Constituição Estadual; como, também, pela Lei Orgânica de cada Município.

Mas, há, também, a **ação de controle eventual**, que pode ser desencadeada pelos cidadãos ou por seus representantes, através da denominada **ação de controle de cidadania**, cujos instrumentos são a **Ação Popular e Ação Civil Pública – MP**.

Através da ação popular, prevista no **artigo 5º** da Constituição Federal, **inciso LXXIII** e na **Lei nº 4,717**, de 29.06.65, qualquer cidadão é parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe.

A ação civil pública, deriva de função relevante atribuída ao Ministério Público pela Constituição Federal, em seu artigo 129, inciso III II, c, ao qual incumbe *"promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos"*.

Poderiam ser mencionadas ainda outras formas secundárias de ações administrativas ou judiciais erigidas para responsabilizar e penalizar os Administradores Públicos, que servem, tanto quanto as demais, para compeli-los a se preocuparem com o próprio controle, ou seja, o **controle interno de sua administração**. Entre estas estão as previstas no Decreto-Lei nº 201, de 27.02.67, na Lei nº 8.429, de

02.06.92, e na Lei Complementar n° 101, de 24.05.00. Desta Lei, interessa transcrever o §1° do artigo 1°:

§ 1° A responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar.

Importa, acima de tudo, que seja adequadamente compreendida a função do controle interno, em toda a sua extensão e essência, também como instrumento eficaz e indispensável à boa administração, capaz de assegurar a efetivação de seus objetivos, que se resumem no atendimento do interesse social e na realização do bem público.

A adequada organização do sistema de controle Interno no âmbito da Administração Pública e a preservação do seu funcionamento eficiente resultarão, por certo, em êxitos quanto à eficácia, eficiência e economicidade dos atos de gestão, ao mesmo tempo que servirão para prevenir a ocorrência de irregularidades, desvios e perdas de recursos públicos.

Evitará, ao mesmo tempo, a penalização dos administradores.

Referências

AMAZONAS. Constituição Estadual. Atualizada com as Emendas Constitucionais Promulgadas.

BRASIL. Constituição Federal. Atualizada com as Emendas Constitucionais Promulgadas.

BRASIL. Decreto-Lei nº 201/67 Dispõe sobre a responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores, e dá outras providências.

BRASIL. Lei Complementar nº 101/2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências.

BRASIL. Lei Federal nº 8.429/92. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências.

A Regulação Contábil dos Contratos de Parcerias Público-Privada – PPP, como instrumento de transparência das entidades públicas e privadas

Vinícius Aversari Martins

Professor Doutor do Departamento de Contabilidade da Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade de Ribeirão Preto (FEA-RP) da Universidade de São Paulo (USP).

Maria Elisabeth Moreira Carvalho Andrade

Mestranda do curso de Mestrado em Controladoria e Contabilidade do Departamento de Contabilidade da Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade de Ribeirão Preto (FEA-RP) da Universidade de São Paulo (USP).

Resumo: O artigo analisa brevemente a extensa normatização sobre os contratos de Parceria Público-Privada – PPP, especificamente quanto a contabilização destes contratos. Tais contratos geram fatos contábeis diversos, com características econômicas distintas, cujas explicações e interpretações dão-se à luz de teorias contábeis e econômicas específicas. É realizada revisão bibliográfica sobre riscos de contratos de PPP, revisão crítica dos normativos contábeis pertinentes e discussão sobre mensuração e evidenciação dos fatos econômicos atinentes aos contratos de PPP nos parceiros público e privado. Conclui-se que apesar da norma ter como objetivo dirimir os conflitos advindos dos eventos econômicos do contrato de PPP, ainda há espaço para aperfeiçoamento normativo com o objetivo de tentar fazer com que a contabilidade reflita com mais propriedade e transparência as complexidades econômicas desses arranjos. Ressalta-se também a importância do controle externo exercido pelos tribunais de contas neste contexto.

Palavras-chave: Contratos; Parceria Público-Privada (PPP); Regulação; Tribunal de Contas; Transparência.

1. Introdução

As Parcerias Público-Privadas - PPPs começam a ter destaque no Brasil, principalmente nos Estados de São Paulo, Minas Gerais e

Bahia. O objetivo deste artigo é analisar criticamente os normativos de contabilização dos contratos de PPPs, em nível nacional e internacional buscando esclarecer quais são os aspectos positivos e negativos quando da adoção dos mesmos para elaboração e divulgação das demonstrações contábeis de ambas as partes envolvidas (pública e privada). No Brasil, o marco regulatório foi com a Lei nº 11.079¹, de 30 de dezembro de 2004, normatização federal sobre as PPPs e ainda tem-se a regulação em nível estadual, sendo que nos Estados de Minas Gerais e São Paulo, legislou-se sobre o tema antes mesmo do Governo Federal: Lei 14.868², de 16 de dezembro de 2003 e Lei nº 11.688, de 19 de maio de 2004³, respectivamente. Em nível internacional, o IASB⁴ editou a IFRIC 12⁵, em novembro de 2006, que veio regulamentar a contabilização de PPPs pelo parceiro privado, e o IPSASB⁶ em março de 2008, colocou em audiência pública pronunciamento sobre a contabilização pelo parceiro público.

Com a extensa regulamentação quanto ao tema, põe-se a questão orientadora: As normatizações voltadas para contratos de concessão de serviços proporcionam transparência nas demonstrações contábeis, evidenciando a realidade econômico-financeira das entidades públicas e privadas?

Para a elaboração deste artigo foi feita uma análise dos normativos atinentes às PPPs, com a finalidade de melhor se entender as essências econômicas dos contratos de concessões objetivando uma visão justa e verdadeira (*true and fair view*).

Em se tratando de contratos de PPPs regulados pelo poder

¹ Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública.

² Dispõe sobre o Programa Estadual de Parceria Público-Privada, e dá outras providências.

³ Institui o Programa de Parcerias Público-Privadas PPP, e dá outras providências.

⁴ International Accounting Standards Boards.

⁵ IFRIC 12- Interpretation -Service Concession Arrangements, elaborado e editado pelo IASB em novembro de 2006.

⁶ International Public Sector Accounting Standards Board.

concedente, essas análises são essenciais, pois, trata-se do uso de bens públicos que serão construídos e/ou cedidos para a exploração pelo setor privado, buscando uma melhor alocação dos escassos recursos públicos, proporcionando à sociedade como um todo serviços com qualidade e eficiência.

A premente necessidade de expansão dos serviços de infraestrutura como, telecomunicação, energia, água e esgoto, rodovias, ferrovias, aeroportos e ainda também hospitais, escolas, unidades prisionais entre outros, é devida à aceleração da economia mundial nas últimas décadas. Os entes federados não conseguiram investir nos setores acima mencionados com a mesma intensidade, principalmente pela escassez de recursos públicos para a realização de investimentos.

Na tentativa de agilizar este importante processo, alguns países optaram pela transferência de alguns desses serviços para o setor privado, dando-se início a privatizações e concessões.

Este artigo se atém a concessões, mais especificamente às PPPs. O Reino Unido é considerado o país pioneiro na modalidade destes arranjos, surgindo ao final dos anos 90, que inicialmente chamou-se de PFI – *Project Finance Initiative*, e posteriormente passou a ser denominado *Public-Private Partnership*. Desde então, só vem crescendo o investimento do setor privado em serviços públicos, conforme Bennet e Iossa (2006, p.2144):

HM Treasury (2003) estima que, ao longo do período 1998-9 a 2003-4, o investimento do setor privado em serviços públicos através de PFI foi entre 10 e 13,5% do investimento total em infra-estrutura pública, com 451 projetos PFI para construção, incluindo 34 hospitais e 119 outros sistemas de saúde, e de 239 novas escolas e reformas. (Bennet e Iossa, 2006)⁷

⁷ Original: HM Treasury (2003) estimates that, over the period 1998–9 to 2003–4, private sector investment in public services through PFI was between 10 and 13.5% of total investment in public infrastructure, with 451 PFI projects completing

Destaca-se ainda que os países que utilizam PPP também possuem características diferentes, tendo em vista a cultura e as suas normas, conforme destacam Bonomi e Malvessi (2008, p.85):

Em vários países, a definição de PPP abrange o que está regulado no Brasil como concessão e, em outros, está associada a um processo de licitação privatizado através de consultorias. É vista diferentemente em países onde a escolha de aplicações de recursos públicos é decidida em conselhos ou legislativos e onde os desembolsos são feitos através do poder executivo, exclusivamente. Assim, comparações internacionais devem ser vistas com cautela em função do país citado, de sua legislação e cultura.

O IPSASB, também corrobora que não existe uma definição amplamente aceita para parceria público-privada. Mas caracteriza uma PPP, pelas muitas descrições, como um acordo entre o poder público e privado, para operar um ativo público (normalmente infraestrutura ou uma instalação) e /ou um serviço⁸.

Outro fator que fez com que os contratos de PPP aumentassem significativamente foi a premente necessidade de diminuir os gastos públicos. Bonomi e Malvessi (2008, p.84) citam que

Irlanda, Portugal, Hungria, Eslovênia, República Theca e França são exemplos de países que utilizaram modelos de PPP para investimentos em infraestrutura. Na América Latina, Chile, Argentina, Peru e México lançaram mão de PPP com diferentes resultados, em virtude da histórica necessidade de contenção de despesas governamentais, a restrição orçamentária associada a acordos com o FMI e as próprias leis domésticas de responsabilidade fiscal,

construction, including 34 hospitals and 119 other health schemes, and 239 new and refurbished schools.

⁸ No single, widely accepted definition for the term “public-private partnership” (PPP) exists. However, most descriptions characterize a PPP as an arrangement between a public sector entity and a private sector entity to deliver a public sector asset (normally infrastructure or a public facility) and/or service¹.

que restringem a capacidade de investimento dos Estados.

Um importante aspecto a ser observado é o limite de endividamento dos entes federados e o impacto das contraprestações nas contas públicas. Quanto a este aspecto, a Lei nº 11.079/04, em seu art. 22 dispõe:

Art. 22. A União somente poderá contratar parceria público-privada quando a soma das despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das parcerias já contratadas não tiver excedido, no ano anterior, a 1% (um por cento) da receita corrente líquida do exercício, e as despesas anuais dos contratos vigentes, nos 10 (dez) anos subseqüentes, não excedam a 1% (um por cento) da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios.

Os Tribunais de Contas neste contexto tem um relevante papel no controle externo dos entes federados, a fim de garantir o *accountability* (responsabilidade de prestar contas). Conforme Gomes (2007, p. 185), o Tribunal de Contas emite parecer em todos os processos de privatização e concessão de serviços públicos e posteriormente, acompanhando a regulação estatal e a execução de outorgas.

2. Normatização das PPPs

A regulação faz-se necessária tendo em vista os inúmeros tipos de contratos que vêm da celebração de uma PPP, cujo objetivo é tentar diminuir este leque de possibilidades.

Nesse contexto pode-se inserir algumas idéias críticas sobre a regulação contábil. Isso é importante pelo fato de essa regulação também interferir no comportamento do parceiro privado quando este é, por força também regulatória, compelido a divulgar suas demonstrações contábeis, revelando, de certa forma, seu desempenho econômico-financeiro mediante os riscos a que está submetido.

Segundo Kaplan & Rulandj (1991), a existência de regulação contábil e a obrigatoriedade da divulgação pode representar uma falha no mercado. Em um mercado desregulamentado, os investidores não têm incentivos para considerar a informação contábil importante. Se a regulação reduzir o grau de ineficiência, haverá mais riqueza disponível a ser distribuída.

Os agentes reguladores ao editarem uma norma devem sempre atentar-se ao fato econômico a fim de representar a realidade dos fatos. Carvalho, et al, (2006) argumentam que as agências reguladoras não devem esquecer a essência da representação patrimonial e da capacidade dessa representação em ajudar a prever fluxos de caixa futuros. Se a regra deturpar a essência econômica, a norma contábil deve ser contestada, pois demonstra uma situação patrimonial inverídica. Guash (2004, p. ix), em seu estudo sobre concessões cita que

Regulamentos servem tanto para proteger os investidores da intervenção política e arbitrária do governo e para proteger os usuários do abuso do monopólio ou posição dominante dos novos operadores privados.⁹ (tradução livre)

O Presidente IPSASB, Mike Hathorn, na consulta publicada em março de 2008, afirma que "A falta de orientação internacional para o concedente do regime de concessão de serviços, combinada com o crescimento do setor público no interesse destes arranjos fez com que o IPSASB se pronunciasse sobre esta questão."¹⁰

Outro motivo para a regulamentação é tentar coibir a corrupção que pode advir destes arranjos:

⁹Original: Regulations serve both to protect investors from arbitrary and politically motivated intervention from the government and to protect users from the abuse of the monopoly or dominant position of the new private operators.

¹⁰ "The lack of international guidance for grantors of service concession arrangements, combined with the growing public sector interest in these arrangements, made the need for IPSASB action on this issue critical."

Quanto mais transparente a regulamentação, é mais suscetível de reduzir a possibilidade de corrupção e aumentar a percepção da legitimidade do sistema. Uma linguagem simples torna possível uma análise cuidadosa e limita a probabilidade de grupos de interesses políticos captarem os benefícios.¹¹ (Guash e Hahn p.17, 1999)

Torres e Pina (2001) destacam que iniciativas de contabilização dos contratos de PPP têm como objetivo dar transparência a este tipo de prestação de serviço público, bem como divulgar estas despesas que não estão incluídas nos balanços públicos, apesar de serem relevantes para a sustentabilidade da política fiscal e da qualidade da prestação dos serviços públicos.

Nas normas internacionais de contabilidade a IFRIC 12 (*Service Concession Arrangements*) é o normativo direcionado para contratos de concessões de serviços para o parceiro privado. Orienta os operadores dos serviços de concessão na contabilização dos contratos celebrados, estabelecendo princípios gerais sobre o reconhecimento e mensuração dos ativos e passivos das PPPs, e marginalmente do reconhecimento de receitas e despesas, decorrentes das partes dos contratos que envolvem a atividade de construção de infra-estrutura e a parte que abrange a prestação de serviço.

Até a emissão da IFRIC12, Austrália, França, Reino Unido e Espanha contabilizavam os contratos de concessão e de parcerias público-privada de acordo com várias normas do IASB, não existindo um padrão ou interpretação específica quanto ao assunto, o que gerou algumas opiniões e contabilizações divergentes, por parte dos parceiros privados. Visando cobrir a lacuna por parte do parceiro público, conforme já citado, o IPSASB, em março de 2008,

¹¹ The more transparent the regulations, the more they are likely to reduce the potential for corruption and increase the perceived legitimacy of the system. Straightforward language makes careful scrutiny possible and limits the likelihood that political interest groups will capture the benefits.

colocou em audiência pública pronunciamento sobre a contabilização pelo parceiro público.

No Brasil, em 2004, foi aprovada a Lei nº 11.079/04 a qual institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Após a aprovação dessa lei, as PPPs começaram a tomar bastante destaque, tanto no meio empresarial quando nos poderes concedentes. Há que se diferenciar a PPP da concessão ‘comum’ regulamentada pela Lei nº 8.987/95¹², que trata somente das concessões em cujos contratos o risco é totalmente suportado pelo parceiro privado, já que recebe (ou adquire) uma licença para explorar o serviço por um determinado período. As PPPs são relativamente diferentes, pois o poder público também pode compartilhar o risco do negócio.

Para melhor entendimento, montou-se o quadro abaixo com as principais diferenças entre concessão e PPP.

Concessão	PPP
- Fluxo de caixa previsível	- Fluxo de caixa mínimo ou até insuficiente
- Equivalência entre participantes (Direito Privado)	- Impera o interesse público prevalecendo sobre o individual (Direito Público)
- Ideal para serviços públicos com retorno viável e características de monopólio (telecomunicações, energia etc.)	- Risco Político de manutenção do fluxo de caixa controlado e do marco regulatório
- O maior risco está no fluxo de caixa comercial	- Compartilhamento de riscos entre o setor privado e público

Tabela 01: principais diferenças entre concessão e PPP, adaptado de Bonomi e Malvessi (2008, p.90 e 91)

¹² Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências.

3. Principais aspectos das PPPs

Além da questão da regulação têm-se vários aspectos de suma importância para o sucesso de uma PPP: o desenho do contrato (ex-ante), o controle, fiscalização; mensuração dos riscos, contabilização dos gastos públicos (a fim de evitar o endividamento), dentre outros. Como não é possível alongar neste breve estudo, destacam-se somente alguns pontos relevantes.

3.1 Mensuração de Riscos

Em um arranjo de PPP, os riscos do projeto são geralmente distribuídos entre o setor público e o setor privado. O IPSASB cita que os mais comuns são os seguintes:

- Risco de construção: engloba os muitos problemas que podem ser encontrados durante a fase de construção de um projeto, tais como material de construção defeituoso, atraso de construção, deficiências técnicas, entre outros;
- Risco de disponibilidade: é o risco de que a infraestrutura ou instalação pública não irá prover serviços suficientes, por exemplo, por má gestão ou não cumprimento dos padrões de qualidade;
- Risco de demanda: diz respeito à quantidade de serviços necessários para os usuários da infraestrutura ou instalação;
- Risco Operacional e de manutenção: engloba os riscos que podem ocorrer depois da construção da infraestrutura ou instalação se tornar operacional;
- Risco residual: eventual diferença entre o preço de mercado da infraestrutura ou instalação no final do arranjo da PPP com a expectativa inicial de preço de mercado;
- Risco de financiamento: é o risco de não obter a totalidade do financiamento necessário, ou taxas de

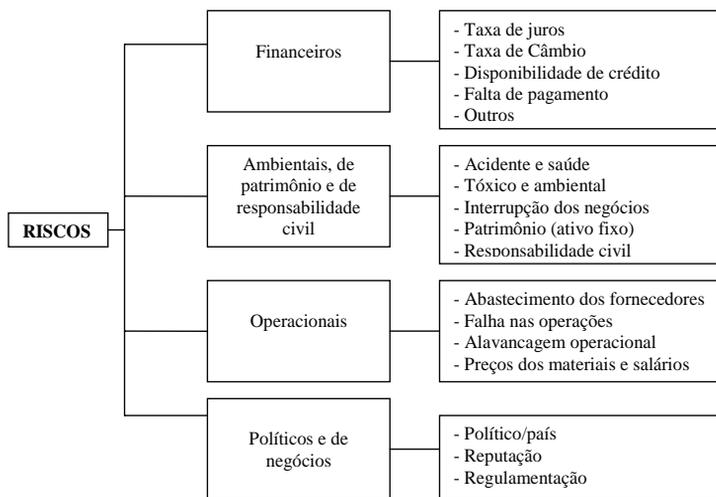
juros que prejudiquem os benefícios esperados.

A Lei nº 11.079/04 em diversos pontos tenta minimizar estes riscos: o art. 4º, VI, estabelece que quando da contratação da PPP deve prevalecer a repartição de risco entre as partes; art. 5º, VIII, as cláusulas dos contratos devem prever a prestação, pelo parceiro privado, de garantias de execução suficientes e compatíveis com os ônus e riscos envolvidos; art. 6º, parágrafo único, dispõe que o contrato poderá prever o pagamento ao parceiro privado de remuneração variável vinculada ao seu desempenho, conforme metas e padrões de qualidade e disponibilidade definidos no contrato; art. 8º, dispõe de uma série de garantias como vinculação de receitas; instituição ou utilização de fundos especiais; contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público; garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público, dentre outros artigos.

Percebe-se claramente que o legislador preocupou-se em dirimir os riscos, pois, conforme já mencionado, trata-se de contratos diversos com características das mais variadas. Logicamente que eliminar totalmente risco nestes arranjos é impossível. A IFRIC 12 em seu texto legal não trata especificamente sobre risco. Percebe-se que o assunto foi analisado, mas sem a veemência com que é encontrado em sua bibliografia específica. A contabilidade moderna tem como missão capturar e evidenciar os diversos tipos de riscos financeiros; logicamente é uma atividade complexa e que se depara com diversas limitações. A teoria contábil observa aquelas atividades que possuem relevância econômica (impacto nos fluxos de caixa), sendo uma das diversas funções da contabilidade a de deduzir modelos e derivar práticas que atendam essa diversidade de fatos econômicos a fim de demonstrar a situação patrimonial das entidades o mais próximo possível da realidade.

Para ilustrar o desafio da contabilidade frente às PPPs, o organograma abaixo tipifica e qualifica os riscos que afetam esses contratos. Pode-se notar que, de certa forma, espera-se que o

normativo contábil capture, em algum momento, os riscos, sendo alguns representados a seguir:



Fonte: Bonomi e Malvessi (p. 25, 2008)

Figura 01: riscos principais que afetam as PPPs

Diante do exposto, vê-se claramente que a mensuração de riscos e sua alocação é bastante relevante em contratos de PPPs, tanto no momento do desenho do arranjo (ex-ante), como durante a sua execução (ex-post).

3.2 Ativos

Sendo os contratos de PPPs celebrados com os entes públicos, um ponto que merece destaque é a contabilização dos ativos a serem construídos ou ampliados, pois não se transfere a propriedade e sim o parceiro público permite o acesso do parceiro privado para a exploração de serviços públicos.

Os ativos do parceiro privado são aqueles que, de alguma forma, culminarão em geração de fluxos de caixa futuros. Pela IFRIC 12, existem dois tipos de ativos dos parceiros privados, todos

relacionados a fluxos de caixa futuros.

Portanto, um dos principais fatos contábeis é o registro dos ativos decorrentes das PPPs por parte do parceiro privado. Já que os ativos cedidos ou construídos não são do controle do parceiro privado (ou seja, não são adequados à definição de ativos), resta saber quais são os ativos contábeis dessas entidades.

3.2.1 Ativos Físicos

Uma primeira questão sobre ativos dos parceiros privados refere-se aos ativos físicos: i) construídos pelo parceiro mas não utilizados para prestação de serviços, ii) já existentes e utilizados na prestação de serviços, iii) construídos pelo parceiro e utilizados para prestação de serviços e iv) melhorias em ativos já existentes. À primeira vista, esses ativos são dos parceiros privados, pois aparentemente eles o controlam. Entretanto, ao se analisar com mais cuidado esses ativos físicos (infra-estrutura), nota-se que esses são controlados exclusivamente pelo concedente (parceiro público) que, adicionalmente, também tem direito aos benefícios residuais sobre o ativo ao final do contrato. Pela substância econômica, o parceiro privado concede o direito de administração do ativo físico (infra-estrutura) para o parceiro privado. E este irá obter benefícios futuros (fluxos de caixa) através da administração (uso) da infra-estrutura. Dessa forma, chega-se à conclusão que os ativos físicos (construídos ou não pelo parceiro privado) não são ativos do parceiro privado. Ele somente os administra com a intenção de, através dessa atividade, obter benefícios futuros. Esses benefícios, por sua vez, é que contêm a substância econômica que vai caracterizar os efetivos ativos do parceiro privado.

Apesar de o parceiro privado estar operando em um imóvel público (ou outra infra-estrutura), o cedente continua a ter o controle da infra-estrutura, pois é o parceiro público que determina (regula)

as tarifas a serem cobradas. O imóvel (ou outra infra-estrutura) não pode ser vendido, por exemplo, ou seja, a utilização do imóvel é limitada. Diante do exposto, a infra-estrutura deve ser reconhecida no ente público.

3.2.2 Ativo Financeiro

Um primeiro, denominado ativo financeiro, é decorrente dos arranjos que dispõe sobre **direitos incondicionais** de receber pela construção e/ou pela operação serviço, tanto por dinheiro ou outro ativo financeiro. Nesses casos o concedente tem pouca discricção para evitar o pagamento, mesmo quando o pagamento é contingente à qualidade e eficiência. Ou seja, se existem direitos legais de receber recursos que irão gerar benefícios econômicos futuros e com uma base de mensuração confiável, tais fatos implicam na possibilidade de reconhecimento desse ativo, e avaliado por seu valor justo.

O risco de não recebimento desses fluxos de caixa futuros é suportado apenas pelo parceiro privado, pois se ele não atingir determinado índice de performance (que é de responsabilidade exclusiva do operador), por exemplo, o seu ganho será menor. Mas isso ocorrerá exclusivamente em função de performance do parceiro privado, sem influência discricionária do poder público.

Portanto, nesses casos, o ativo econômico do parceiro privado é o direito incondicional a obtenção de fluxos de caixa futuros. A substância econômica desse ativo implica o reconhecimento de um ativo financeiro, semelhante a um contas a receber decorrente de faturamento. Nota-se que, contratualmente, esse direito incondicional de recebimento de caixa futuro é constituído em função das atividades desempenhadas pelo parceiro privado, que podem ser da construção da infra-estrutura e/ou da operação da infra-estrutura (construída e/ou já existente). Portanto, à medida em que o parceiro privado realiza suas obrigações contratuais, vai consubstanciando-se a constituição de recebimento dos fluxos de caixa futuros, incondicionalmente. Assim, os ativos financeiros vão sendo reconhecidos contabilmente.

No caso do contrato estabelecer fluxos de caixa futuros, com baixíssima possibilidade de variação dos fluxos, contabiliza-se um ‘contas a receber’ conforme o direito de receber vai sendo ganho economicamente pelo parceiro.

3.2.3 Ativo Intangível

O segundo tipo de ativo preconizado pela IFRIC 12 é aquele em que os fluxos de caixa futuros são incertos. Nos contratos de PPP pode haver também um arranjo em que o operador ‘constrói’ um direito (licença) para cobrar dos usuários do serviço público, por exemplo, pedágio por utilizar a rodovia. Nesses casos, o direito de cobrança não enseja em fluxos de caixa futuros incondicionais, determináveis. Eles carregam na sua natureza um alto grau de incerteza, principalmente em função dos riscos de demanda. Logo, essa licença não caracteriza como um direito incondicional de receber um ativo financeiro, pois os montantes estão subordinados à medida que o público utiliza o serviço.

A interpretação econômica desse fato é que, na medida em que o parceiro privado executa suas obrigações contratuais (construção e/ou operação do serviço), ele está ‘construindo’ um direito de poder cobrar dos usuários; ou seja, o direito, derivado do cumprimento das obrigações contratuais, garante o acesso ao fluxo de caixa futuro. Entretanto, esses fluxos de caixa futuro são incertos, variáveis e dependentes de diversos fatores condicionantes. A representação contábil desse fato econômico dá-se pelo reconhecimento contábil desse direito, que em sua natureza é algo intangível. Portanto, o ativo ‘real’ desses casos contratuais consubstancia-se em um ativo intangível do parceiro privado. Portanto, esse parceiro, à medida que cumpre suas obrigações contratuais, garantindo ao parceiro o direito de cobrança futura, vai registrando esse ativo intangível nas suas demonstrações contábeis.

Ainda com relação a esse ativo intangível, é razoavelmente óbvio mencionar que terá seu custo amortizado em função de seu

usufruto. Ou seja, na medida em que o direito de cobrança dos usuários dos serviços públicos vai sendo exercido (receita), vai-se consumindo do ativo intangível. E esse fato é capturado pela contabilidade na forma de amortização do ativo intangível (ou por *impairment*).

Em suma, no caso dos fluxos futuros serem incertos, principalmente em função de riscos de demanda, o que o parceiro privado está ganhando economicamente é o direito de poder cobrar tarifas dos usuários dos serviços. E esse direito é o verdadeiro ativo; logo um intangível. Ou seja, os riscos econômicos são suportados pelo parceiro privado.

É importante ressaltar ainda, que no Brasil ainda não há norma específica para a contabilização dos contratos de PPP pelo parceiro privado, nos moldes da IFRIC 12, mas como o processo de convergência às normas internacionais está em andamento, acredita-se que em breve tal normativo deverá ser emitido¹³.

Quanto à contabilização pelo setor público nota-se que a legislação atual ainda tem muito que avançar em busca da transparência e da *accountability* (responsabilidade de prestar contas) no setor público. Entretanto, conforme já citado anteriormente, o IPSAS colocou em audiência pública normativo neste sentido, trazendo diversos pontos de vistas teóricos e práticos de países que já têm experiência consolidada ou em consolidação sobre o assunto. A fim de ilustrar os conteúdos e pontos de vistas contemplados no documento de audiência pública, os dois fluxos abaixo servem como bons resumos. Pelo fluxograma 1 é mostrado como um contrato é analisado, buscando-se identificar se a PPP é considerada como um arranjo de serviços de concessão (SCA – Service Concession Arrangements) ou não. A especificidade de contabilização somente se dá se for um arranjo de serviços de concessão, o que é de interesse do artigo.

¹³ Conforme informações do site do CPC (www.cpc.org.br, acesso em 23 de outubro de 2008), está previsto para entrada em audiência pública os normativos para Concessões de PPPs.

No caso de ser a PPP um SCA, tem-se que observar se o arranjo possui **todos** os seguintes critérios de controles:

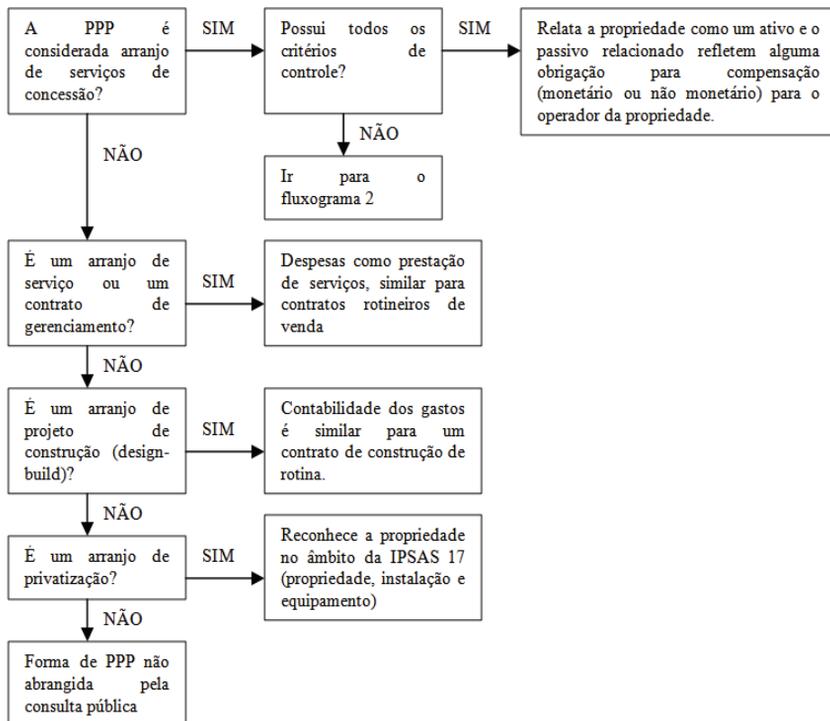
a) O parceiro público controla ou regula quais serviços o operador deva fornecer subjacente à infra-estrutura, a quem tem que fornecer e a que preço;

b) O concedente controla, por meio de propriedade ou direito de acesso aos benefícios, ou outras formas, o interesse residual na propriedade ao fim do arranjo.

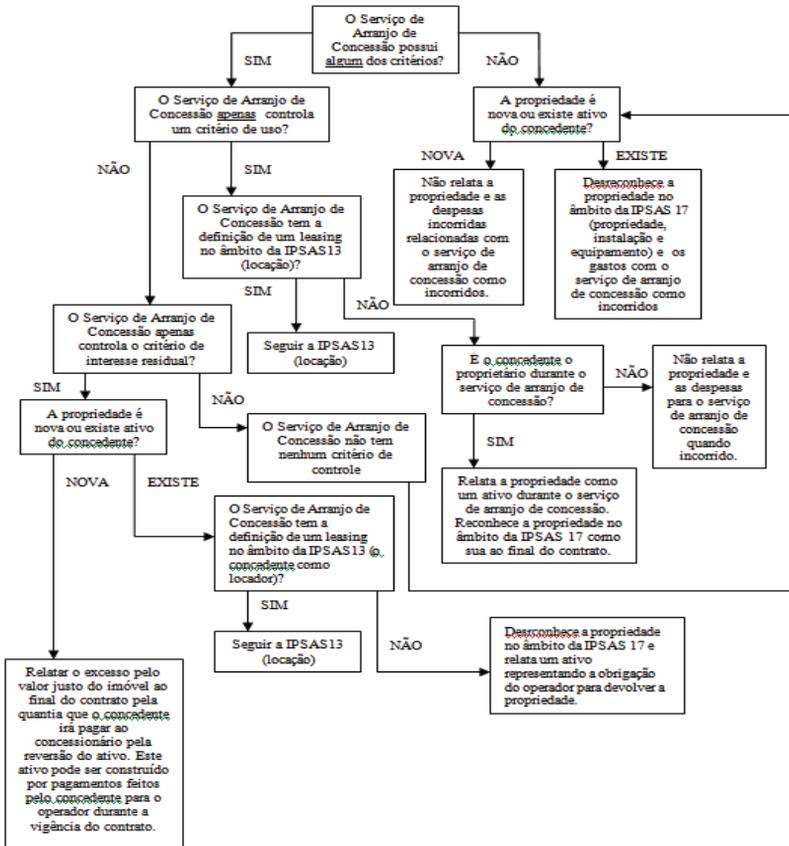
Se a PPP possui todos os critérios de controle acima, o concedente deve contabilizar a infra-estrutura como um ativo; o passivo reflete a obrigação para a compensação ao operador. Caso contrário, passa-se para o fluxograma 2, no qual é verificado quais dos critérios de controle existem.

No fluxograma 2, caso o concedente possua apenas o critério de controle de uso, o arranjo é tratado como se fosse um leasing (aluguel), contabilizando-o pela norma específica existente (IPSAS13). Se tiver apenas controle sobre o interesse residual e a infra-estrutura for nova (construída durante o contrato) deve-se contabilizar esse fato registrando o excesso de valor justo esperado da infra-estrutura ao fim do contrato sobre o valor que o concedente irá pagar ao operador na reversão (inclui caso de pagamento igual a zero).

Se a PPP não possuir nenhum dos critérios de controle e se a infra-estrutura tiver sido construída durante o contrato, não haverá seu reconhecimento como ativo; as despesas incorridas são demonstradas, tendo em vista os benefícios econômicos do serviço prestado. Se a infra-estrutura já existir deve-se seguir a IPSAS 17 – propriedade, instalações e equipamentos.



Fluxograma 1- Contabilidade e Relato Financeiro de PPP pelo poder concedente



Fluxograma 2- SCAs que não possuem todos os critérios de controle propostos

4. Considerações Finais

Trata-se de um tema bastante relevante, que necessita de aprofundamento, principalmente para proporcionar a transparência pública, tendo em vista que o objeto de PPPs é o uso do patrimônio público, que também pode ocasionar o endividamento dos entes federados, se o contratado não for bem desenhado.

Nota-se que a mensuração dos riscos é matéria polêmica de difícil mensuração tanto econômica quanto contábil. Ou seja, das características econômicas mais relevantes das PPPs, somente algumas delas são refletidas na contabilidade, como por exemplo os riscos de demanda (no ativo intangível). Entretanto, outras características tais como os custos de transação, os custos de agência etc. são refletidos (genericamente) nas demonstrações contábeis somente quando realizados (ou realizáveis), mas sem discriminação.

Devido a necessidade mundial de maiores investimentos nos setores de transporte, saúde, educação, prisional, as parcerias público-privadas tendem a aumentar e inúmeros estudos precisarão ser realizados no sentido de minimizar os riscos, bem como manter o equilíbrio econômico-financeiro, tanto do lado do governo quanto do parceiro privado, fomentando a economia como um todo.

Enfim, não se pode esquecer que uma das características principais das informações contábeis feitas sob a égide dos IFRS é o caráter preditivo da contabilidade, bem como a prevalência da essência sobre a forma, a fim de apurar com confiabilidade (na medida do possível) os fatos contábeis, apurando o resultado econômico mais próximo da realidade, proporcionando uma informação de qualidade aos diversos usuários da contabilidade, inclusive ao governo. E nota-se que com relação às PPPs, ainda há espaço para aperfeiçoamento normativo e bastante espaço para estudos empíricos que possam retroalimentar o enfoque normativo da Teoria da Contabilidade.

Finalmente, destaca-se, diante do cenário exposto, que o papel dos tribunais de contas deverá ganhar ainda mais importância, sendo essenciais estudos posteriores, tendo em vista as suas diversas competências determinadas pela legislação, como, por exemplo, apreciar, julgar, aplicar sanções e apurar denúncias, visando sempre à alocação eficiente dos gastos públicos.

Referências

BENNETT J. and IOSSA E. “Building and Managing Facilities for Public Services,” **Journal of Public Economics**. 90, 2143–60, 2006.

BONOMI, C. A., MALVESSI, O. **Project Finance no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2008.

BRASIL. Lei n 11.079, 30 de dez. 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Brasília.

CARVALHO, L. Nelson; LEMES, Sirlei; COSTA, Fábio Moraes da. **Contabilidade Internacional: aplicação das IFRS 2005**. São Paulo: Atlas, 2006.

GOMES, Marcelo Barros. *Accountability e governança no Estado regulador brasileiro*. In: PECCI, Alketa (org.). **Regulação no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2007. p.179-204.

GUASH, J. Luis. **Granting and Renegotiating Infrastructure Concessions: Doing it Right**, WBI DEVELOPMENT STUDIES, The World Bank Washington, D.C., 2004.

GUASH, J. Luis; HAHN, Robert W. **The Costs and Benefits of Regulation: Implications for Developing Countries**. The World Bank Research Observer, vol. 14, no. 1 (February 1999), pp. 137-58.

IPSAB - International Public Sector Accounting Standards Board.
IFAC – International Federation of Accountants.
<<http://www.ifac.org/PublicSector/>> Acessado em 10 de outubro de 2008.

KAPLAN, Steven E.; RULANDJ, Robert G. **Positive Theory, Rationality an Accounting Regulation**. Critical Perspectives On

Accounting (1991) 2, 361-374.

TORRES, Lourdes; PINA, Vicente. Public-private partnership and private finance initiatives in the EU and Spanish local governments. **The European Accounting Review** 2001, 10:3, 601-619.

A “engenharia” jurídico-financeira que envolve a operacionalização das parcerias público-privadas

Ana Paula de Oliveira Gomes

Professora do Centro de Ciências Administrativas da
Universidade de Fortaleza (Unifor).

Resumo: A parceria público-privada (PPP) representa um instrumento para compartilhar riscos, além de capitais públicos e privados na viabilização de grandes investimentos (notadamente no setor de infra-estrutura), em um contexto político-econômico marcado pela retração do Estado do seu papel em função do avanço da ideologia neo-liberal. No Brasil, para normatizar o assunto, foi sancionada a Lei nº 11.079, de 30/12/2004, que instituiu normas gerais para licitação e contratação de PPP no âmbito da Administração Pública. Tais parcerias requerem decisões políticas que realmente atendam aos anseios da coletividade, contratações adequadas e fiscalização pelas agências reguladoras e pelos órgãos de controle externo e interno em seus campos de atuação legal. Desafio a ser enfrentado: a socialização dos prejuízos x a privatização dos lucros.

1. Introdução

A parceria público-privada (PPP) é considerada pelo Poder Público um instrumento essencial a fim de garantir as ações para o desenvolvimento, ou seja, os investimentos em portos, rodovias e ferrovias, o que implica efeitos econômicos positivos, mas demanda grandes aportes de recursos orçamentários.

Tal parceria surge num cenário econômico e político marcado pela retração do Estado do seu papel¹ em função do avanço da ideologia neo-liberal.

Para normatizar o assunto foi sancionada a Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que instituiu normas gerais para licitação e contratação de PPP no âmbito da Administração Pública.

¹Por muito tempo, preponderante nas iniciativas de crescimento econômico.

Efetivamente, o que representa o mencionado diploma legal? - Uma junção das regras disciplinadas pelas Leis 8.666/1993 e 8.987/1995, com o propósito de fomentar o aporte de recursos do setor privado à consecução de serviços públicos, por intermédio do compartilhamento de riscos.

Nesse contexto, cabe ao Estado estudar a viabilidade econômico-financeira e decidir pela licitação mediante PPP a partir da avaliação do empreendimento. Dois grandes desafios: a qualificação do mercado para ofertar investimentos que atendam ao interesse público em confronto com a capacitação dos servidores nesse modelo de estado supostamente gerencial.

Portanto, a PPP requer um plano estratégico bem concebido, contratações adequadas e fiscalização, o que implica participação das agências reguladoras e dos órgãos de controle interno e externo.

2. As parcerias público-privadas segundo as normas disciplinadas pela Lei nº 11.079/2004

Parceria público-privada é uma forma de delegação de serviço público a um particular, mediante contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.

Entende-se por concessão patrocinada a delegação de serviços públicos ou de obras públicas - de que trata a Lei 8.987/1995 - quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado. Ex: concessão de uma rodovia em que a cobrança de pedágio não é suficiente para recuperar o custo do investimento e remunerar o capital, sendo necessária complementação de receita, pelo Estado, com o propósito de zelar pela viabilidade do negócio.

Já na concessão administrativa o serviço é prestado, direta ou indiretamente, ao Poder Público. O Estado arca integralmente com o pagamento, o que constitui mera prestação de serviços à Administração Pública, devendo o respectivo contrato (de natureza

administrativa) ser regido pela Lei 8.666/1993. Ex.: contrato de manutenção de uma escola pública: a administração é a compradora do serviço prestado pela iniciativa privada, muito embora, em última instância, o beneficiário seja a sociedade.

O pressuposto da PPP (patrocinada ou administrativa) é a contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado, conforme se depreende da leitura do § 3º, do art. 2º da lei em estudo:

§ 3º Não constitui parceria público-privada a concessão comum, assim entendida a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

Interpretando o mencionado artigo, infere-se que, se existir a referida contraprestação, a concessão será denominada PPP. Ora, a lei teria sido mais “feliz” se afirmasse que a PPP é uma concessão comum com contraprestação pelo Poder Público!

A norma em análise também estabelece requisitos para que o contrato de PPP seja celebrado (cláusulas essenciais²):

a) o valor do contrato deverá ser igual ou superior a vinte milhões de reais (R\$ 20.000.000,00);

b) o prazo de vigência do contrato - compatível com a amortização dos investimentos realizados - há que ser maior ou igual a cinco (5) anos, observando-se o limite máximo de trinta e cinco (35) anos, incluindo eventual prorrogação;

c) é vedada a celebração de PPP que tenha como objeto único o suprimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.

²Os contratos também poderão prever pagamento, ao parceiro privado, com base em remuneração variável vinculada ao seu desempenho.

A norma disciplinadora da PPP é aplicável à administração direta, indireta e às entidades controladas pelos entes da Federação, além do que a contratação de parceria público-privada requer, obrigatoriamente, licitação na modalidade concorrência.

3. Diretrizes norteadoras da contratação mediante PPP

O contrato de PPP pautar-se-á pelos preceitos delineados no art. 4º da Lei nº 11.079/2004:

- a) eficiência – economicidade, redução de custos;
- b) harmonização dos interesses dos destinatários dos serviços e dos parceiros privados;
- c) indelegabilidade das funções estatais de monitoração dos contratos (regulação, prestação jurisdicional, exercício do poder de polícia);
- d) responsabilidade fiscal em relação à celebração e execução das parcerias. Amaral Filho (2005, p. 109) adverte que, no tocante à garantia do equilíbrio fiscal, a lei limita o gasto estatal, em contraprestações, a um por cento (1%) da receita corrente líquida;
- e) transparência: também um dos pilares da gestão fiscal (objeto da LRF). Significa o dever de prestar contas, *accountability*. Relevante destacar que o § 6º, do art. 14, da Lei nº 11.079/2004, disciplina que esse preceito não se aplica ao caso de informações classificadas como sigilosas (infelizmente a própria lei não detalha essa exceção);
- f) repartição objetiva do risco entre as partes; sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria.

4. Os tipos de risco

- a) De projeto - inerente ao negócio, independentemente do país onde o empreendimento é desenvolvido. Subdivisão:
- a.1) de construção – tem a ver com a possibilidade de atraso na obra por parte da empresa encarregada; elevação de custos em relação ao orçamento;
 - a.2) de operação – afeta negativamente a rentabilidade do projeto por ocasião de sua operacionalização. Ex.: aumento real no custo de determinado insumo com dificuldade de repassar o ônus em razão das condições de mercado.
- b) Do país – associado a situações políticas, econômicas ou geográficas do país:
- b.1) risco político – tem a ver com adoção de medida unilateral pelo governo que vá de encontro aos interesses específicos dos controladores de determinado projeto. Ex.: decisão governamental de cancelar um contrato de concessão com indenização paga em títulos da dívida pública de longo prazo;
 - b.2) risco macroeconômico – associado a uma evolução desfavorável de variáveis econômicas. Exs.: recessão, crescimento do produto interno bruto (PIB) abaixo do estimado;
 - b.3) risco de caso fortuito ou força maior – ocorrência de evento inesperado que possa acarretar uma perda parcial ou total do capital investido, tais como fenômenos geográficos ou políticos, tais como guerras, ataques terroristas, terremotos.

5. O órgão gestor da PPP

O artigo 14 da Lei 11.079/2004 disciplina a obrigatoriedade de ser instituído, por decreto, um órgão gestor das parcerias público-privadas com competência para:

- definir os serviços prioritários para execução no regime de PPP;
- disciplinar os procedimentos para celebração desses contratos;
- autorizar abertura da licitação e aprovar seu edital;
- apreciar os relatórios de execução dos contratos.

Ademais, o mencionado órgão deverá remeter ao Congresso Nacional e ao Tribunal de Contas da União, anualmente, relatórios de desempenho dos contratos de PPP.

No tocante à competência dos ministérios e das agências reguladoras (outros atores envolvidos na operacionalização das PPP), o art. 15, da Lei 11.079/2004, prescreve³:

Compete aos Ministérios e às Agências Reguladoras, nas suas respectivas áreas de competência, submeter o edital de licitação ao órgão gestor, proceder à licitação, acompanhar e fiscalizar os contratos de parceria público-privada.

6. A sociedade de propósito específico (SPE)

É a pessoa jurídica que deverá ser constituída (antes da celebração do contrato) para implementar e gerir o objeto da parceria, ou seja, administrar o contrato de PPP. Disciplina normativa: art. 9º da lei em estudo:

Art. 9. Antes da celebração do contrato, deverá ser constituída sociedade de propósito específico, incumbida de implantar e gerir o objeto da parceria.

Em geral, os agentes participantes de um consórcio, para administrar o serviço outorgado em concessão, constituem a

³ Devem, ainda, encaminhar ao órgão gestor, semestralmente, relatórios circunstanciados sobre a execução dos contratos de PPP.

sociedade de propósito específico. Os participantes podem ser agrupados em três categorias:

- sócios controladores;
- minoritários;
- patrocinadores.

De acordo com Giambiagi (2001, p. 431):

Por exemplo, um banco de investimento pode fornecer parte dos recursos para viabilizar a construção e exploração de uma ponte entre uma ilha e uma certa cidade, seja ficando como sócio do projeto ou simplesmente oferecendo um empréstimo ou adquirindo debêntures (...).

Assim, as fontes de recursos que originam a SPE são representadas por empréstimos, emissão de debêntures, ou capital de risco dos sócios.

É importante ressaltar que o Poder Público não poderá assumir o controle da sociedade de propósito específico, à exceção das instituições financeiras oficiais em caso de inadimplência dos contratos de financiamento.

7. O financiador da PPP

É quem assumirá, na realidade, a parceria e será beneficiário dos pagamentos devidos pelos cofres públicos em decorrência do contrato administrativo pactuado.

A PPP envolve, portanto, uma complexa e demorada engenharia sócio-econômica e político-jurídica. Seu núcleo central requer da iniciativa privada a injeção de somas vultosas de recursos, com retornos a prazos médios ou longos.

Destaque-se que a participação de recursos públicos não poderá exceder a oitenta por cento (80%). Logo, os investimentos

privados serão de, no mínimo, vinte por cento (20%) quando houver participação de fundo de previdência; trinta por cento (30%) do montante investido quando não houver participação de fundo de previdência. Dos recursos investidos pelo parceiro privado, serão deduzidos os obtidos por meio de financiamento em instituições financeiras oficiais.

Ademais, o comprometimento orçamentário da União, bem como dos demais entes federados⁴, não poderá exceder a um por cento (1%) da receita corrente líquida com tais contratos.

8. As parcerias público-privadas no contexto da Administração Pública brasileira

Segundo Figueiredo (1999, p. 17), a prestação de serviços públicos pode ocorrer sob duas modalidades: de forma direta ou indireta. Será direta quando o Poder Público realizá-la valendo-se de sua própria estrutura. Será indireta quando transferir a terceiros, sob seu controle, a execução de atividades de sua competência.

A parceria público-privada é materializada mediante concessão (patrocinada ou administrativa), o que consubstancia uma prestação indireta de serviço público. Imprescindível, então, esclarecer a lógica dessa delegação.

Trata-se de contrato administrativo que requer prévia licitação, na modalidade de concorrência, somente podendo participar do certame pessoas jurídicas ou consórcios. A licitação de PPP estará submetida às regras da Lei nº 8.666/93 e, no que couber, à Lei 8.987/95.

Como qualquer delegação, constitui instrumento do “estado-essencial”, em que atuação do Poder Público não deve ser “nem mínima nem máxima”. Há que ser suficiente e eficiente na

⁴Sob pena de suspensão das concessões de garantias e transferências voluntárias.

satisfação das necessidades públicas. De acordo com Montagna (2003, p.68):

(...) a todo instante se fala em parcerias do Ente com as organizações de direito privado, mas em muitos casos não se investiga se ele próprio não teria condições, por meio de um dos seus órgãos ou entidades, de desenvolver até o fim determinada ação do governo. É como dizer que a parceria entre os órgãos ou entidades do próprio Ente é, para muitos, de menor frequência, nas mais das vezes se utilizando como argumento a impossibilidade orçamentária, que leva a se buscar no mercado o que poderia ser encontrado num órgão ou entidade estatal.

9. As parcerias público-privadas e o “retorno social”

O art. 8º, da Lei nº 11.079/2004, prescreve que as obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública poderão ser garantidas mediante: a) vinculação de receitas; b) instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei; c) contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público; d) garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público; e) garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade.

Percebe-se então que, se a demanda pelo serviço for inferior ao orçado, mecanismos já foram concebidos pela legislação, a fim de que a Administração Pública assegure a rentabilidade do parceiro privado.

O art. 16 da mesma lei dispõe:

ficam a União, suas autarquias e fundações públicas autorizadas a participar, no limite global de R\$ 6.000.000.000,00 (seis bilhões de reais), em Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas – FGP, que terá por finalidade prestar garantia de pagamento de

obrigações pecuniárias assumidas pelos parceiros públicos federais em virtude das parcerias (...)

É oportuno ressaltar que o art. 27 da lei - com o objetivo de incentivar o efetivo investimento da iniciativa privada nos projetos de PPP – disciplinou a participação do parceiro privado em operações de crédito com recursos de estatais (empresas públicas e sociedades de economia mista) a um teto de setenta por cento (70%) do total das fontes necessárias à implementação do projeto.

Para as áreas das regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, em que o índice de desenvolvimento humano (IDH) for inferior à média nacional, essa participação poderá ser acrescida, estando limitada a oitenta por cento (80%).

O que isso significa na prática? - O Prof. Osmundo Evangelista Rebouças (2004, p.151) responde:

(...) as PPPs continuarão sendo um sistema mais público do que privado, uma forma de socializar os custos e privatizar os lucros do nosso sistema econômico. Com isso, a nossa política fiscal vai continuar sendo um forte instrumento de concentração de riqueza e de renda.

10. Conclusões

I) Em que circunstâncias deve ser admitida a concessão patrocinada? - Nas hipóteses de concessão, em que o pagamento, via tarifa, seja insuficiente para atender ao investimento realizado pela iniciativa privada.

II) A PPP é aplicável aos casos em que a recuperação do custo total do investimento é improvável ou, mesmo, apresente rentabilidade negativa sob o prisma econômico-financeiro.

III) Pela natureza dos serviços que serão objeto da PPP, o setor governamental arcará com o risco de mercado, garantindo a

remuneração do capital investido. Em muitos casos, o Poder Público ficará com uma parcela considerável desse risco. A iniciativa privada será responsável pela construção do imobilizado e pela provisão do serviço.

IV) Necessariamente, a PPP implicará desembolso de recursos orçamentários. Sob a perspectiva apenas econômica, ela deverá financiar investimento gerador de retorno, atendendo aos interesses do parceiro particular e do Estado, o que nem sempre coincide com as demandas sociais a serem correspondidas pelo poder público.

V) Se bem aplicados, os contratos de PPP poderão elevar a eficiência do fornecimento de bens públicos. Por outro lado, existe a possibilidade de o setor público ser o financiador último, o que ocasionaria “interferências políticas indesejáveis”.

VI) No caso da participação de empresas estatais, os gastos com o investimento são contabilizados como da SPE, o que evita “fonte de pressão” sobre o resultado público.

VII) O paradigma neo-liberal (carente de recursos para financiar os gastos de capital), mediante a implementação das parcerias público-privadas, busca alternativas para suprir os investimentos necessários ao setor de infraestrutura, sob alegação de garantir o crescimento econômico do país. No entanto, a PPP não possui o propósito de solucionar os problemas fiscais pelos quais passam a economia brasileira. Para tanto, são imprescindíveis a geração de resultado primário positivo e o controle das despesas públicas.

Referências

AGUIAR, Afonso Gomes. *Lei de responsabilidade fiscal*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. 572p.

AMARAL FILHO, Jair. *Desestatização do poder público: privatização, concessão e terceirização*. Fundação Demócrito Rocha. Caderno 06. 2005.

ANGÉLICO, João. *Contabilidade pública*. São Paulo: Atlas, 1995, 271p.

ARAÚJO, Maria Ivany Gomes et al. *Curso de finanças públicas*. Fortaleza: Jornal Diário do Nordeste, 2004.

BEZERRA FILHO, João Eudes. *Contabilidade pública*. Rio de Janeiro: Impetus, 2004. 325p.

BRASIL. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 31.mai.2005.

CARVALHO, Deusvado. *Regra de ouro e resolução de questões de concursos*. Disponível em: < <http://www.pontodosconcursos.com.br> >. Acesso em: 10 fev. 2006.

CASTRO, Róbison Gonçalves. *Administração e direito financeiro e orçamentário*. Brasília: Vestcon, 1998. 296p.

CAVALCANTE, Osório; PINHEIRO, Manuel et al. *Orçamento público: planejamento, execução e controle*. Fortaleza: Fundação Demócrito Rocha, 2003. 230p.

CHAVES, Rosa; ERIVILSON, José. *Orçamento público* (apostila – mimeo). Ceará. 2002.

CHIMENTI, Ricardo Cunha. *Direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2004. 255p.

COELHO, Nirleide Saraiva et al. *Compra de bens, obras e serviços* (manual, mimeo). Prefeitura Municipal de Caucaia (SEPLAN): 2001.

FEIJÓ, Paulo Henrique. *Administração financeira e orçamentária & noções de finanças públicas*. 2005 (apostila - mimeo).

FIGUEIRÊDO, Carlos Maurício Cabral; NÓBREGA, Marcos Antônio Rios. *Os municípios e a lei de responsabilidade fiscal*. Brasília: ESAF, 2001. 66p.

FIGUEIREDO, Pedro Henrique Poli. *A regulação do serviço público concedido*. Porto Alegre: Síntese, 1999. 94p.

FILELLINI, Alfredo. *Economia do setor público*. São Paulo: Atlas, 1989. 202p.

GIACOMONI, James. *Orçamento Público*. São Paulo: Atlas, 2000.

GIAMBIAGI, Fabio et al. *Finanças públicas*. Rio de Janeiro: 2001. 475p.

MONTAGNA, Valdor Ângelo. *A descentralização de créditos na administração pública*. Revista Brasileira de Contabilidade. Brasília, nº 140, 2003.

MONTEIRO, Mário Augusto Parente. *Apostila de finanças públicas*. 2006. Mimeo.

MOTA, Francisco Glauber Lima. *Contabilidade pública*. Brasília: FDK, 2005. 210p.

PASCOAL, Valdecir. *Direito financeiro e controle externo*. Rio de Janeiro: Impetus, 2004. 346p.

PAULO, Vicente e ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Impetus, 2004. 632p.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Crimes de responsabilidade fiscal*. São Paulo: Atlas, 2002, 260p.

PISCITELLI, Roberto Bocaccio et al. *Contabilidade pública*. São Paulo: Atlas, 2002. 362p.

REBOUÇAS, Osmundo Evangelista. *Finanças e desenvolvimento*. Fortaleza: Jornal Diário do Nordeste, 2004.

REIS, Heraldo da Costa et al. *A lei 4320 comentada e a lei de responsabilidade fiscal*. Rio de Janeiro: IBAM, 2003. 332p.

REZENDE, Fernando. *Finanças públicas*. São Paulo: Atlas, 2001. 382p.

SIERRA, Piero. *O manual do feiticeiro*. 1992. Mimeo.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2005. 924p.

SILVA, José Wellington. *Apostila de contabilidade pública* (mimeo).

SILVA, Lino Martins. *Contabilidade governamental*. São Paulo: Atlas, 2002. 381 p.

SILOMSKI, Valmor. *Manual de contabilidade pública*. São Paulo: Atlas, 2003. 475p.

THOMSON. *Manual de procedimentos ICMS, IPI e outros*. São Paulo: IOB, 2006.

Portais consultados

<<http://concursos.correioweb.com.br/forumconcursos/viewtopic.php?p=611959&highligh...>> Acesso em 06.fev.2006.

<<http://planalto.gov.br>> Acessos em 31 mai. 2005 e 21 jun.2006.

A (in) dispensabilidade da presença do advogado no processo administrativo disciplinar

Igor de Carvalho Leal Campagnoli

Advogado, Graduado em Direito pelo Centro
Universitário de Educação Superior do Amazonas – CIESA;
Pós-graduando em Direito Civil e Processual Civil
pelo Centro Universitário de Educação
Superior do Amazonas – CIESA.

Resumo: O presente estudo trata de uma análise crítica acerca da indispensabilidade da presença do advogado no processo administrativo disciplinar, ante a sua contribuição no provimento final equânime. Com efeito, o referido processo tem o escopo de apurar falta grave de servidor, ou quem igualmente se sujeite à relação hierárquica com a administração, com a sua devida sanção. Ante a gravidade da sanção aplicável, questiona-se a relevância da presença de defesa técnica. No escopo de apurar a importância do advogado neste processo, imperativo, se faz um corte epistemológico da Constituição Federal, das leis ordinárias e especialmente da interpretação jurisprudencial recente dada ao tema pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Indispensabilidade do advogado; Processo administrativo disciplinar.

1. Introdução

O advogado é elemento indispensável à administração da justiça, segundo o teor do art. 133, *caput* da Constituição Federal.

Com efeito, a regra em nosso sistema judiciário é a imprescindibilidade da presença do advogado na condução do processo. Sua ausência constitui verdadeira exceção àquela regra, como ocorre nos juizados especiais quando a causa tiver valor de até 20 salários mínimos, por força do art. 9º da lei 9.099/95, e na justiça do trabalho, a respeito do art. 791 da Consolidação das Leis. Nas duas situações retro expostas, transfere-se o *jus postulandi* à própria parte, mas ambas as regras facultam a presença do advogado.

A presença do advogado, indubitavelmente tem o condão de transformar a auto defesa em defesa técnica, na exata medida em que qualifica a oportunidade do direito fundamental ao devido processo legal.

O cerne da questão explorada neste ensaio é verificar se no processo administrativo disciplinar aplica-se a regra da indispensabilidade do advogado, ou ao contrário, o advogado seria apenas elemento facultativo na relação processual.

Tal dúvida tem sido enfrentada pelos legisladores, por meio da regulamentação do processo administrativo disciplinar, em especial pelas leis 8.112/90 e 9.784/99, que apontam no sentido da dispensabilidade do causídico.

Contudo, é nos tribunais superiores que se encontram as maiores divergências. Isto porque aos quatorze dias do mês de setembro de 2007, o Superior Tribunal de Justiça editou o enunciado de súmula nº 343, que aponta para obrigatoriedade da presença do advogado em todas as fases do processo administrativo. Entretanto, aos 09 dias do mês de abril de 2008, apenas seis meses após a elaboração da súmula retro citada, o Supremo Tribunal Federal editou a súmula vinculante nº 5 definindo não se tratar de matéria constitucional a presença do advogado no processo administrativo disciplinar.

Ante a discrepância entre as decisões dos colendos tribunais, mister se faz o estudo das razões de cada corrente para que se possa maximizar os fins a que a norma se destina, refletindo assim o princípio da equidade.

2. O processo constitucional

A Constituição Federal de 1988 reforçou notoriamente as garantias individuais, especialmente tutelando o processo, em

sentido amplo, no escopo de garantir a máxima efetividade do princípio da isonomia.

Celebra o inciso LIV, do art. 5º do Texto Magno, o direito ao devido processo legal. Cabe lembrar neste ponto a dupla dimensão deste princípio: a) formal como o conjunto de garantias processuais que promovam a igualdade entre as partes no processo; b) substancial como a aplicação do princípio da proporcionalidade nas decisões dos magistrados.

Já o inciso LV, do art. 5º da Constituição Federal, garante o direito ao contraditório e à ampla defesa. Em simples definições temos o contraditório como o direito de ambas as partes terem oportunidades iguais de se manifestar nos atos do processo, e a ampla defesa como o uso de todos os meios em direito admitidos para tecer-se a defesa.

Com efeito, nos princípios retro expostos temos a figura do advogado como elemento essencial para a qualificação dos mesmos, em especial no tocante ao princípio constitucional da ampla defesa. Tal fato decorre da possibilidade técnica que o advogado tem de invocar dentro do ordenamento jurídico um amplo leque de instrumentos técnicos que possibilitem a melhor defesa àquele caso concreto.

É certo que no âmbito administrativo as partes do processo disciplinar muitas vezes têm conhecimento técnico igual ou superior de seu patrono no tocante às regras daquele determinado órgão, entretanto dificilmente vão possuir uma visão holística do sistema jurídico.

Assim, a presença do advogado e a subsequente defesa técnica qualificam o devido processo legal, muito embora não sejam elementos integrantes deste princípio.

Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal editou a súmula vinculante 3 nos seguintes termos:

Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão.

Tal posicionamento da Corte Suprema revela a preocupação dos ministros do Supremo Tribunal Federal em preservar o direito fundamental ao contraditório e à ampla defesa nos processos perante o Tribunal de Contas que tenham a possibilidade de causar grave prejuízo ao administrado.

Preserva-se assim o princípio constitucional da proporcionalidade, uma vez que se deve ter sempre uma relação proporcional entre meio empregado e fim almejado na persecução de uma ordem justa.

Em síntese, um princípio constitucional expressa o maior fundamento da indispensabilidade do advogado no processo administrativo disciplinar, qual seja o princípio constitucional da isonomia, isto porque se deve garantir igualdade nos pólos da relação processual, a fim de que se possa oportunizar a todos a elaboração de defesa técnica, de sorte a possibilitar um julgamento mais qualitativo pela comissão julgadora.

Ademais é válida a argüição da unicidade do processo. Muito embora haja uma divisão do processo pelo seu correspondente direito material, tal rateamento se dá apenas para fins didáticos, uma vez que o Direito é uno. De tal sorte, as garantias atribuídas ao processo devem ser incorporadas por todos os ramos do direito processual, inclusive na análise do processo administrativo.

Muito embora o Pretório Excelso entenda que a falta de defesa técnica elaborada por advogado não fere a Constituição, conforme se depreende da análise da súmula vinculante n° 5, que será

explorada mais adiante neste estudo, indubitavelmente, nos processos em que há esse potencial de prejuízo ao administrado, há a necessidade do exercício do contraditório e da ampla defesa, qualificados pela presença do advogado.

Vale lembrar que o processo administrativo disciplinar é instaurado para apuração de falta grave e é instrumento necessário para a demissão - a maior das punições aplicáveis ao servidor.

Portanto, é inexorável o prejuízo experimentado por servidor que não se faça acompanhar por advogado, pois estará sujeito a sofrer punição sem a oportunidade da apresentação de uma defesa técnica capaz de explorar a totalidade do ordenamento jurídico.

3. O processo administrativo disciplinar na legislação ordinária

A definição legal de processo administrativo disciplinar encontra-se exposta no art. 148 da lei 8.112/90, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais; conceituado como instrumento destinado a apurar responsabilidade de servidor por infração praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontre investido.

Trata-se, outrossim, de meio de persecução administrativa, que procura realizar a subsunção da conduta do administrado com a infração de um dever expressamente previsto e sua correspondente punição.

O processo disciplinar, nos moldes do art. 151 da lei 8.112/90, é composto por três fases: a) instauração; b) inquérito administrativo, que compreende instrução, defesa e relatório; e c) julgamento.

O art. 153 da mesma lei assegura ao administrado o direito ao contraditório e à ampla defesa, com a utilização dos meios e

recursos admitidos em direito. Apenas ratifica um direito fundamental assegurado pelo constituinte.

No tocante à presença do advogado, o tema é regulado pela lei 9.784/95, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal e pela lei 8.112/90.

Por força do art. 156 da lei 8.112/90, o administrado faz jus ao direito de acompanhar o processo pessoalmente ou por meio de um procurador. Logo, a referida lei trata a escolha de um advogado como faculdade do administrado e não como um dever legal.

Não é outro o sentido da interpretação do art. 3º, IV da lei 9.784/95, que regula o processo administrativo no âmbito federal, ao dispor que é direito do jurisdicionado fazer-se assistir, facultativamente por advogado, salvo quando obrigatória a representação por força de lei.

Há, em verdade, uma única hipótese em que há obrigatoriedade de nomear-se defensor dativo, qual seja na revelia, nos termos do art. 164, §2º da lei 8.112, que, entretanto, não será necessariamente advogado, nos termos do próprio dispositivo, devendo ser ocupante de cargo efetivo superior ou de mesmo nível, ou ter nível de escolaridade igual ou superior ao do indiciado.

Portanto, a legislação ordinária que regula o processo administrativo disciplinar aponta para a dispensabilidade do advogado em qualquer de suas fases, ratificando a imprescindibilidade de defesa técnica.

4. Avaliação jurisprudencial

O Superior Tribunal de Justiça ratificou seu entendimento, já passivo na Terceira Turma, pela imprescindibilidade do advogado no processo administrativo disciplinar, ocasionando a edição da súmula 343, no dia 14 de Setembro de 2007, nos seguintes termos:

“É obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar”.

Na ocasião diversas questões foram suscitadas, bombardeando a então decisão do Superior Tribunal de Justiça.

Questionou-se acerca da aplicabilidade da súmula. Ora, a redação do art. 151 da lei 8.112/90 é cristalina ao estipular as fases do processo administrativo disciplinar. De tal sorte, a aplicação de tal enunciado deveria se verificar desde a instauração até o seu julgamento.

Suscitou-se a falta de embasamento legal para fundamentar a referida súmula. Contudo, tal enunciado retirava seu substrato da própria Constituição Federal, em especial realizando uma interpretação sistemática dos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.

Outra crítica levantada foi a questão da obrigatoriedade da presença de um advogado, tendo em vista que seria suficiente a nomeação de defensor dativo, cabível nos casos de revelia, que nos termos da lei 8.112/90 bastaria ser servidor de cargo efetivo de nível superior ou igual ao do representado.

A problemática da nomeação de defensor dativo que não seja profissional habilitado está no simples fato de que o representado continuará sem a elaboração de defesa técnica que leve em conta uma visão holística do ordenamento jurídico.

Insta observar que a presença do advogado em todas as fases do processo administrativo protege a própria administração, uma vez que eiva sua decisão de legitimidade, pois a submete ao devido processo legal qualificado.

Outrossim, apontou-se como implicação negativa os efeitos da implementação de tal súmula, a qual levaria à nulidade de milhares de procedimentos administrativos ante à ausência de advogado.

Com o devido respeito àqueles que adotam este posicionamento, não há que se olvidar que a súmula do Superior Tribunal de Justiça não tem efeitos vinculantes, representando apenas o entendimento daquele tribunal.

Ademais, não se trata de anulação daqueles procedimentos administrativos, mas que estes processos que já sofreram a chamada coisa julgada administrativa sejam revistos pelo poder judiciário, oportunizando que se realize o contraditório de forma adequada, com a apresentação de defesa técnica.

Entretanto, o cenário mudou radicalmente no dia 09 de Abril de 2008, quando o Supremo Tribunal Federal editou a súmula vinculante nº 5, com o seguinte teor: “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”

Ante a força da súmula vinculante, que tem o condão de obrigar a Administração Pública, uma vez violada, haverá possibilidade do ingresso com a Reclamação Constitucional.

Com efeito, a súmula vinculante limita-se a dizer que não se trata de matéria constitucional, retirando a base jurídica que levou à edição da súmula 343 do Superior Tribunal de Justiça, em especial a afronta aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

5. A indispensabilidade do advogado no processo administrativo disciplinar à luz do princípio geral da equidade

Com a devida vênua ao pensamento consolidado da Suprema Corte do país, o processo administrativo disciplinar goza de efetivo potencial de lesividade ao administrado, e em razão disto o devido processo legal, consolidado em nossa Carta Magna, deve sim ser qualificado pela presença do advogado, possibilitando a maximização dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

É certo, pois, que o contraditório e a ampla defesa constituem direitos fundamentais, seja no processo jurisdicional, seja no processo administrativo. Logo, é evidente a lesão a estes dois princípios quando se verifica a ausência de defesa técnica elaborada por advogado diante de um procedimento que poderá afetar substancialmente seu patrimônio.

Contudo, ante a súmula vinculante nº 5, o magistrado não poderá retirar o substrato da obrigatoriedade da presença do advogado no processo administrativo disciplinar diretamente da Constituição Federal, pois estará adstrito à decisão do Colendo Tribunal.

Entretanto, o operador do direito poderá socorrer-se de princípios gerais do Direito, em especial do princípio da equidade, tendo em vista que o processo administrativo disciplinar expressa a persecução administrativa, podendo gerar inclusive a pena máxima ao servidor. Portanto, deve o administrado ter uma defesa compatível com a eventual sanção que lhe poderá ser imposta.

Neste cenário o magistrado deve avaliar os fins a que se destina a norma, em respeito ao art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil. Na questão em análise, a lei 8.112/90, quando prevê a dispensabilidade do advogado, não leva em conta o risco representado pela ausência de defesa técnica.

Tal perspectiva pode causar gravames à própria Administração Pública, uma vez que, se o processo não sofreu o devido procedimento legal, será reformado pela via judicial, pois nessa instância o contraditório será obrigatoriamente exercido por intermédio de um advogado, onerando o erário público.

Ademais, a Administração deve se pautar pelo princípio constitucional da eficiência administrativa, exposto no *caput* do art. 37 da Constituição Federal. No caso específico da questão estudada, ao oportunizar a presença obrigatória do advogado e a apresentação de uma defesa técnica, terá a comissão julgadora maiores condições

de avaliar de forma proporcional à medida que será mais adequada na apuração daquela infração.

Conclusão

Por meio do presente ensaio é notória a percepção da relevância do papel do advogado no processo administrativo disciplinar, ante à potencialidade de prejuízo causado ao administrado que se furte a apresentar defesa técnica capaz de fazer jus aos deslindes daquele caso concreto

Com efeito, a comissão julgadora, com a apresentação da defesa técnica, terá melhores condições de realizar um julgamento equânime, aplicando uma sanção efetivamente proporcional à infração cometida pelo administrado.

A função do advogado é essencial para que qualquer procedimento goze de maior legitimidade. A necessidade de defesa técnica se faz para que se respeite o princípio constitucional do contraditório.

Muito embora o Supremo Tribunal Federal entenda não se tratar de matéria constitucional, evidentemente que a indispensabilidade do advogado no processo administrativo disciplinar retira seu substrato dos direitos fundamentais do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, da igualdade e da proporcionalidade.

Em respeito à súmula vinculante editada pela Colenda Corte deve o operador do Direito respeitar tal entendimento, mas buscando no ordenamento jurídico instrumentos que garantam ao administrado a sua defesa técnica, para que o administrado não se veja lesado ante uma decisão da Administração Pública.

Referências

BONAVIDES, Paulo – Curso de Direito Constitucional – 16ª ed. São Paulo. Malheiros. 2005.

CARVALHO FILHO, José dos Santos – *Manual de Direito Administrativo* - 18ª Ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2007.

LENZA, Pedro – *Direito Constitucional Esquematizado* - 12ª ed. São Paulo. Saraiva. 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes – *Direito Administrativo Brasileiro*. 32ª ed. São Paulo. Malheiros. 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de – *Curso de Direito Administrativo*. 25ª ed. São Paulo. Malheiros. 2008.

JÚNIOR, Fredie Didier - *Curso de Direito Processual Civil Volume 1*. Salvador. Jus Podivm, 2007.

O Governo Eletrônico e a Nova Administração Pública

Paulo Alcântara Saraiva Leão

Bacharel em Computação (UFC), MBA em Gestão Empresarial (FGV) e Mestre em Ciências em Engenharia de Sistemas e Computação (COPPE/UFRJ) Secretário Executivo do Instituto Escola de Contas e Capacitação Ministro Plácido Castelo - Tribunal de Contas do Estado do Ceará

Joaquim Castro Oliveira

Formação em estatística com pós-graduação em Administração Pública Posição Atual: Consultor de Tecnologia da Informação e Comunicação, atuando no Governo de Minas Gerais

João Corte Magalhães Filho

Engenheiro Eletricista pela UFPE, Bacharel em Ciências da Computação pela UNICAP com Mestrado em Sistemas de Informação pela UFPE especialista em Docência do Ensino Superior pela UCB - RJ Engenheiro da Chesf (Coordenação da Célula de Suporte Operacional de Redes e Infra-estrutura de TI) e Professor do Curso de Sistemas de Informação e Administração da FIR

Resumo: A informática representa a principal área de ciência e tecnologia sobre a qual repousa a sociedade digital e a nova ordem econômica mundial, constituindo por isso ferramenta fundamental para o desenvolvimento na chamada era do conhecimento. Na maioria dos países, o governo é o maior fornecedor e consumidor de informações. No setor público brasileiro este processo é igualmente relevante, mas apresenta particularidades, principalmente no que diz respeito ao relacionamento governo-sociedade. A administração pública está sendo reformada e reestruturada com o objetivo principal de disponibilizar novos serviços à população com uso intensivo de Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC), o chamado governo eletrônico. No entanto, apenas tecnologia não é suficiente para promover um verdadeiro salto de qualidade. É preciso inovar nos processos. Para atender a essa nova demanda os governos estão repensando o modelo de gestão pública, suas estruturas político-administrativas e seus mecanismos de governança. Como resultado, novos modelos de gestão estão sendo implementados. Neste trabalho descreve-se como funcionam os governos, como as TIC podem melhorar o atendimento ao cidadão e a gestão pública, e propõe novas ações para o atingimento das políticas de Governo Eletrônico (*e-Gov*), com ênfase na reestruturação.

1. Introdução

O uso intensivo das Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC) pelos cidadãos, empresas privadas e organizações não-governamentais é condição básica no planejamento dos serviços de governo eletrônico. Fatores tecnológicos como a migração da informação baseada em papel para mídias eletrônicas, serviços *on-line*, avanço e universalização da infra-estrutura pública de telecomunicações e da internet, bem como as enormes mudanças no cenário tecnológico mundial impulsionam os governos a alterarem seus planejamentos para atender a essas novas demandas. O movimento de reforma do estado, modernização da gestão pública e a necessidade de maior eficiência do governo têm mostrado em seus diagnósticos que o caminho a seguir é o do uso intensivo de TIC.

No entanto só tecnologia não é suficiente para promover a reforma necessária. De nada adianta informatizar processos ineficientes e ultrapassados. Os processos devem ser aprimorados, utilizando o que há de mais atual em termos de gestão e tecnologia e devem adotar melhores práticas mundiais. Outro ponto importante a ser considerado diz respeito à documentação dos processos. Estes devem estar bem documentados, padronizados e publicados para que seja de conhecimento de todos e não apenas de uma pessoa ou de um grupo de pessoas, o que é muito comum de se ver nas repartições públicas.

É muito importante, também, que os gestores públicos de TIC tenham uma comunicação precisa com os gestores públicos de mais alto poder de decisão, tais como secretários, governadores, ministros, presidentes, dentre outros, para que a real importância das TIC para a administração pública seja efetivamente compreendida pela alta gestão das organizações. Os tomadores de decisão não devem necessariamente ver as TIC como algo obscuro e distante, sem querer experimentar um contato mais próximo com elas. É importante que eles se sintam

envolvidos no processo de implantação e utilização das TIC no dia-a-dia dos processos, até porque a tecnologia é uma ferramenta básica hoje em dia, principalmente na disponibilização de informações para a tomada de decisão. Para que isso ocorra, os profissionais de TIC precisam falar a mesma linguagem dos altos gestores públicos, sem a utilização excessiva de termos técnicos, de forma a atrair a atenção e proporcionar uma maior compreensão por parte destes.

Este trabalho descreve como funcionam os governos no Brasil, como as Tecnologias da Informação e Comunicação podem melhorar o atendimento ao cidadão e a gestão, e propõe novas ações para o atingimento das políticas de Governo Eletrônico, com ênfase na re-estruturação organizacional e processual.

2. Como funcionam os governos

Na maioria dos países, o governo é o maior fornecedor e consumidor de informações. No Brasil não é diferente. Os serviços típicos são monopolistas e em sua essência públicos (arrecadação de impostos, emissão de certidões, concessão de licenças, fiscalização, etc). Os seus usuários (cidadão-cliente) são cativos, não existindo portanto escolha de oferta ou fornecedor. Além disso, os serviços devem ser acessíveis a toda a população, especialmente aos menos favorecidos ou mais carentes.

No Brasil, o governo é muito presente na vida das pessoas. A intervenção do estado na economia é relativamente alta se comparado com outros países de legislação mais liberal e flexível. Também no mundo empresarial (registro, processos fiscais, relações empregado-empregador, etc) o relacionamento é muito estreito com o governo.

As tentativas e projetos isolados para melhorar a relação governo-cidadão não foram suficientes para ampliar significativamente a prestação de serviços para a população brasileira com uso intensivo de tecnologia da informação e

comunicação. Os governos, de forma geral, não atuam de forma integrada entre suas várias agências, carecendo de uma plena coordenação de esforços, acarretando perda de tempo e de recursos, e gerando resultados que poderiam ser melhores. Por exemplo, no caso dos serviços prestados diretamente aos cidadãos, os mesmos precisam ser plenamente integrados. É muito comum que o cidadão tenha que ir a várias agências para resolver um dado problema.

O gestor deve ter noções sobre os aspectos estratégicos e operacionais de todos os setores envolvidos na sua área de atuação, uma vez que os sistemas de informações especializados em gestão se destinam justamente à integração destes. A integração representa um grande diferencial competitivo para uma organização em seu setor de atuação¹.

A integração dos serviços ao cidadão é a próxima fronteira a ser cruzada na administração pública. As ditas centrais de atendimento ao cidadão (Poupatempo/SP, SAC/BA, Casa do Cidadão/CE, etc) na verdade não ofertam necessariamente serviços integrados, mas apenas uma integração em um mesmo espaço físico de várias agências públicas. Quando falamos em integração de serviços, também estamos nos referindo inclusive aos serviços prestados no espaço virtual, através da Internet, os chamados *e-serviços*. Também não é razoável exigir do cidadão que ele tenha que entrar em vários sites públicos para resolver um dado problema, sem que haja nenhuma interligação entre os mesmos.

Além disso, os governos, via de regra, estão estruturados de forma arcaica e burocrática. Esta estrutura de gestão atual de maneira alguma é adequada à dinamicidade e flexibilidade ditadas pelo contexto mundial atual e futuro.

¹ SALAMACHA, Luciano Miguel et al. *A construção de um diferencial competitivo em ti pela inovação*. XI SIMPEP - Bauru, SP, Brasil 8 a 10 de novembro de 2004. São Paulo, 2004.

O Governo Eletrônico é reconhecido mediante formas, tipos de relacionamento e estágio de integração pelos quais se manifesta. As formas de Governo Eletrônico são a manifestação mais explícita, porque concretizam os diferentes tipos de relacionamento que o Governo Eletrônico engendra, indo de um simples centro de atendimento ao cidadão (*callcenter*), passando por um portal corporativo governamental (*workplace*) até um quiosque de auto-atendimento².

3. As TIC podem ajudar a reinventar a administração pública

A administração pública precisa, portanto ser reformada. Precisa ser reinventada, e para tanto é indispensável a adoção de soluções disponibilizadas pelas Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC).

Da mesma forma que o setor produtivo e bancário já fazem há algum tempo, os governos como prestadores de serviço necessitam urgentemente adotar as TIC de forma intensiva e irreversível em seus processos. A sociedade em geral não aceita mais a forma como os governos estão funcionando, tendo como base uma estrutura de processos e pessoas sem sintonia com a realidade. A sociedade exige um atendimento público de qualidade e o compara com a prestação de serviços no mundo privado. Mais que isso, exige também que os governos tenham foco e se concentrem naquilo que é de sua competência por definição, ou seja, áreas como saúde, educação, segurança, justiça, regulação, estímulo ao desenvolvimento, infra-estrutura básica, emprego e geração de renda, etc. Os governos precisam reduzir seu custeio, direcionando os recursos disponíveis (que via de regra são insuficientes para a demanda existente) cada vez mais para investimentos e menos para a manutenção de sua máquina.

² SANTOS, Roberval de Jesus Leone dos. *Governo eletrônico: o que se deve e o que não se deve fazer*. XVI Concurso de Ensayos y Monografías del CLAD sobre Reforma del Estado y Modernización de la Administración Pública "Gobierno Electrónico". Caracas, 2002.

Já se percebem algumas mudanças nas organizações públicas brasileiras. Novas políticas, mais flexíveis, e pessoas dispostas a empreender dão sustentação a um processo de mudança, mas quebrar silos ainda é uma necessidade na reforma administrativa democrática. Os governos podem utilizar a tecnologia para promover a desintermediação na relação entre governo e cidadão e entre governo e empresa. É possível uma relação direta, sem intermediários. Para isso, os processos de atendimento devem ser redesenhados e integrados, sob o risco de perpetuar processos anacrônicos. Alguns dos processos atuais de intermediação existem em virtude da complexidade dos processos burocráticos e agregam valor ao serviço pela comodidade fornecida ao solicitante. Por vezes, representam oportunidades para práticas de corrupção. O Estado tem que se organizar para prestar serviços aos cidadãos, não para ser conveniente aos burocratas nos seus silos hierárquicos nem aos intermediários que vivem em simbiose com eles. O Governo Eletrônico muda a interface entre o Estado e o cidadão, e isso pode levar à reforma das estruturas que sustentam a interface³.

Nesse contexto, as tecnologias da informação e comunicação (TIC) se apresentam como um grande instrumento para ajudar os governos a se modernizarem, visando se adequarem à realidade atual na qual vivemos: a sociedade da informação e do conhecimento.

Utilizando decisivamente as TIC, os governos podem tornar realidade e implementar novos modelos de gestão, processos e novas formas de prestação de serviços públicos, dentro do conceito do Governo Eletrônico. Este se traduz em um conjunto coordenado de estratégias e ações empreendidas pelo Estado, através das suas diferentes instâncias, para integrar as TIC aos processos governamentais, com o objetivo de gerar maiores níveis de eficiência

³ CHAHIN, Ali; CUNHA, Maria Alexandra; KNIGHT, Peter T.; PINTO, Solon Lemos. *Governo eletrônico: sugestões para o futuro*. São Paulo: Prentice Hall, 2004.

na administração, controle e transparência na tomada de decisões e participação cidadã.

As principais áreas de atuação para a implantação do e-Gov são:

- Atendimento ao cidadão e às empresas;
- Gestão interna;
- Desenvolvimento e fortalecimento da democracia, através de um governo transparente.

Na área de atendimento ao cidadão e às empresas (relacionamento G2C e G2B), os governos têm encontrado suporte nas TIC, na implantação de portais de serviços na Internet e no estabelecimento de centrais de atendimento integradas. O e-Gov visa facilitar a vida dos clientes dos governos, melhorando a interação entre os mesmos.

Já na gestão interna, o foco é na modernização dos processos internos, através da utilização intensiva das TIC, sempre buscando o aumento de produtividade, redução da burocracia, aumento da eficiência e a integração de sistemas de informações. A informatização dos processos e sistemas sem dúvida leva a uma diminuição de prazos e redução de custos (papel, tempo, pessoal, etc.). Com a melhoria dos processos e sistemas, a tomada de decisão por parte do governo é sensivelmente aprimorada.

Na linha da transparência, podem ser implementados mecanismos que permitam à sociedade ocupar um papel mais ativo no controle e participação da vida no país, com amplo acesso a informações, através de portais. Mais que isso, dentro do conceito da governança eletrônica, os cidadãos podem inclusive ser agentes ativos na priorização do orçamento ou na tomada de decisões de governo.

O aspecto mais decisivo para a implantação do e-Gov é que o mesmo seja uma política pública permanente, com ações

coordenadas a alinhadas, promovendo uma visão unificada de governo. Através de uma estratégia ampla e coordenada de e-Gov, os governos podem, portanto, conseguir se tornar mais ágeis, eficientes, eficazes e transparentes.

Outro aspecto importante do potencial das TIC para a melhoria da administração pública é a ampliação do alcance, da presença e atuação dos governos. Através da Internet, os governos podem levar mais serviços e informações a cidadãos em localidades mais distantes ou de difícil acesso. Com o e-Gov, as informações e serviços públicos podem estar disponíveis à população a qualquer hora, qualquer dia e a partir de qualquer lugar em que esteja conectada à Internet.

Especificamente no setor público, a Internet tem procurado aproximar os cidadãos dos serviços públicos. Assim, há novas exigências para esse setor, como o fornecimento de serviços via Internet e a transparência das informações. Entretanto, não basta disponibilizar informações em um site de forma desorganizada e sem critérios. Para atender à nova forma de apresentar serviços, faz-se necessário criar uma estrutura de informação que encampe os aspectos inerentes à estrutura governamental: atividades-meio (administração, fazenda, jurídico) e atividades-fim (esporte, cultura, educação, assistência social etc.), bem como aspectos relacionados à cidadania⁴.

A tecnologia oferece a oportunidade de introduzir mudanças mais profundas na administração pública. O redesenho das estruturas organizacionais tem encontrado nas TIC uma ferramenta vital de apoio. Novas formas de fazer melhor determinadas atividades tornam-se possíveis com o emprego das TIC nos processos de negócio. A partir daí, uma nova administração pública poderá ser construída.

⁴ TAIT, Tania Fátima Calvi et al. *Estrutura de informação para sites municipais: reunindo cidadania e ergonomia*. Maringá: Universidade Estadual de Maringá, 2005.

4. Mas só tecnologia não basta

No entanto só tecnologia não é suficiente para promover a reforma necessária. De nada adianta informatizar processos ineficientes e ultrapassados. Os processos devem ser aprimorados, utilizando o que há de mais atual em termos de gestão e tecnologia e devem adotar melhores práticas mundiais. Outro ponto importante a ser considerado diz respeito à documentação dos processos. Estes devem estar bem documentados, padronizados e publicados para que sejam de conhecimento de todos e não apenas de uma pessoa ou de um grupo de pessoas, o que é muito comum de se ver nas repartições públicas.

Os governos também não podem mais apenas colocar seus serviços na Internet, baseados em processos não otimizados e sem integração. É preciso rever processos e capacitar as pessoas, tudo isso obviamente apoiado nas TIC. Por exemplo, a certificação digital, os novos meios de acesso (TV Digital, Telefonia Móvel, etc.) e a Educação a Distância – EAD podem contribuir bastante. A inovação deve ser a palavra de ordem nos governos. Inovar no desenho de novos processos mais ágeis, desburocratizados e mais baratos. Inovar no que concerne à capacitação, motivação e valorização das pessoas. Inovar na prestação dos serviços públicos. Inovar na forma de governar.

Os organizações empresariais já incorporaram o processo de mudança de modelo de gestão como algo permanente da sua administração, principalmente na área das TIC. Segundo Salamacha⁵, “A implantação de um novo modelo de gestão em TI depende da disposição dos envolvidos em mudar os processos existentes na empresa. Quanto maior essa disposição, maior será a tendência de sucesso para eventuais alterações no modelo vigente”. Para Megginson, Mosley e Pietri⁶, “o processo de mudanças deve ser considerado parte da vida quotidiana das

⁵ SALAMACHA, Luciano Miguel et al. Op. cit.

⁶ MEGGINSON, Leon C.; MOSLEY, Donal; PIETRI Jr., Paul. *Administração: conceitos e aplicações*. [S.L.]: Harbra, 1998.

empresas, o que inclui novos métodos de realizar o trabalho, novos processos, entre outros, além de elencar que há duas maneiras de se lidar com a mudança organizacional: processo proativo de mudança e processo reativo de mudança”

Além da tecnologia e dos processos, o terceiro elemento (e o mais crucial) a ser considerado no processo de modernização da gestão pública são as pessoas. Qualquer reforma pressupõe a participação de pessoas capacitadas, reconhecidas e motivadas. Deve-se inovar na avaliação e na remuneração dos funcionários públicos, como por exemplo, através de avaliação 360 graus e remuneração variável. É mandatório também que se melhorem as competências dos funcionários públicos, inclusive dos altos e médios executivos na utilização das TIC e na gestão estratégica da informação.

5. Não há governo eletrônico se o cidadão não tem acesso à Internet

Mesmo implantado com eficiência, um governo eletrônico só atinge sua finalidade se for realmente útil para seus usuários. Não se pode pensar em governo eletrônico, em países como o Brasil, sem que haja um amplo esforço para reduzir a exclusão digital e o analfabetismo digital. A exclusão digital é consequência da exclusão social e deve portanto ser combatida juntamente com essa. Sem a capacitação em TI e o acesso facilitado (barato e universal) à Internet, o governo eletrônico é inócuo.

O cidadão comum precisa ter acesso aos *e-serviços* e estar familiarizado com o computador. Com o e-Gov, os governos podem chegar mais perto dos usuários, mas obviamente eles precisam ter acesso a esses recursos e saber usá-los. É muito importante por exemplo que os telecentros possam disponibilizar, além do acesso à Internet de forma ampla, também acesso aos serviços públicos em portais de governo.

6. Consenso e uniformidade de linguagem entre os gestores de TIC e os tomadores de decisão

Para que as TIC possam efetivamente ser entendidas como uma solução para prover o salto de qualidade que a administração pública necessita, é fundamental que os gestores públicos de TIC falem a mesma linguagem que os gestores públicos de mais alto poder de decisão, tais como secretários, governadores, políticos, etc. Como as TIC ainda são muitas vezes vistas como uma área obscura, muito técnica e cheia de termos e jargões de difícil compreensão por parte dos altos dirigentes públicos e políticos (em geral leigos na área), é sempre difícil o diálogo destes com os responsáveis pelas áreas de TIC. Isso dificulta bastante a compreensão da importância das TIC para a administração pública. Essa dificuldade de entendimento inviabiliza muitas vezes os investimentos que são necessários na área. Aproximar estes dois entes (gestor público de TIC e tomadores de decisão de mais alto nível) é uma tarefa importante a ser realizada por ambos os lados. É preciso um esforço compartilhado por todos que fazem a administração pública.

7. Descobrir, motivar e formar líderes de *e-Gov*

Uma condição de êxito para o governo eletrônico é a existência de líderes nos altos e médios escalões do setor público que entendam a relevância das TIC na modernização da administração pública. É preciso que esse e-Líderes sejam descobertos, motivados e formados. Exercendo uma liderança eletrônica (*e-leadership*), essas pessoas passam a investir na inovação como solução para reforma e aperfeiçoamento do serviço público. Importante reforçar que essa inovação deve considerar os seguintes elementos: processos, pessoas e tecnologia.

8. Desafios

Para serem bem sucedidos na plena utilização das TIC na administração pública, os governos enfrentam grandes desafios, que de forma alguma, se restringem ao campo tecnológico:

- a) Alinhamento das estratégias de TIC às do governo.
- b) Comprometimento da alta direção, através do consenso sobre a importância do e-Gov.
- c) Verificação do retorno financeiro dos projetos de TIC
- d) Coordenação das ações eletrônicas do governo, oferecendo uma visão unificada à sociedade.
- e) Integração de serviços, sistemas e bases de dados (o governo não pode mais ficar exigindo informações que ele mesmo já tem!).
- f) Mudança cultural para a aceitação das novas legislações de TIC (ex: certificação digital).
- g) Disponibilização de mais meios de acesso (M-Gov, TV digital etc).
- h) Identificação de modelos de negócio auto-sustentáveis para inclusão digital.

9. Proposições

A formulação de políticas públicas e modelos de gestão para os Sistemas Estaduais de Informática de Governo, desde sua concepção ou reformulação até a sua plena implantação deve explorar projetos com ênfase nos seguintes eixos:

- Sistemas Estaduais de Informática de Governo que possam ser instrumentos de desenvolvimento sócio-econômico para a região, desenvolvendo os arranjos produtivos locais
- Marco Legal e Normativo para o Governo Eletrônico e para os Sistemas Estaduais de Informática de Governo que possam ampliar facilitar e integrar os *e-serviços* em todas as esferas governamentais brasileiras

- Programas de formação e preparação de gestores públicos em Tecnologia da Informação e Comunicação com uso intensivo de Educação a Distância
- Projetos nas áreas de interoperabilidade e integração e uso compartilhado de soluções de TIC, com objetos de negócios governamentais distribuídos em redes de conhecimento para todos os níveis.

Adicionalmente, como contribuição ao esforço de implantação do Governo Eletrônico para a melhoria da administração pública, apresentamos algumas recomendações, as quais julgamos pertinentes considerando o contexto sócio-econômico do nosso país:

- Identificar quais serviços são realmente prioritários a serem disponibilizados de forma eletrônica. O foco deve ser disponibilizar primeiro os serviços que a sociedade realmente demanda, e não os serviços de interesse do governo, ou os mais fáceis de implementar. A informatização dos direitos dos cidadãos pode estimular mais a consolidação do e-Gov que a informatização dos deveres
- Estimular práticas de Governo Eletrônico no nível municipal e no poder judiciário
- Definir e monitorar indicadores e métricas de e-Gov
- Identificar melhores práticas e torná-las disponíveis, (ex: observatórios de melhores práticas de Governo Eletrônico e inclusão digital)
- Incluir digitalmente os servidores públicos
- Criar *rankings* e premiações nacionais
- Utilizar parcerias com a academia, organizações não governamentais, setor privado (ex: PPP) etc

10. Conclusões

Como principais conclusões da análise aqui exposta, podemos citar:

- Os processos da administração pública devem ser aprimorados, utilizando o que há de mais atual em termos de gestão e tecnologia e devem adotar melhores práticas mundiais
- A formulação de políticas públicas e modelos de gestão para os Sistemas Estaduais de Informática de Governo são processos permanentes da máquina pública e vários são os modelos aplicáveis aos governos
- A cada novo ciclo de planejamento os modelos de gestão devem ser flexíveis e adaptados cabendo aos formuladores especificar as motivações e comportamentos necessários para que o mesmo seja operativo
- A universalização do uso de computadores pela população deve ser uma meta prioritária de todos os formuladores de políticas públicas para os Sistemas Estaduais de Informática de Governo.

Referências

CHAHIN, Ali; CUNHA, Maria Alexandra; KNIGHT, Peter T.; PINTO, Solon Lemos. *Governo eletrônico: sugestões para o futuro*. São Paulo: Prentice Hall, 2004.

SALAMACHA, Luciano Miguel et al. *A construção de um diferencial competitivo em TI pela inovação*. XI SIMPEP - Bauru, SP, Brasil 8 a 10 de novembro de 2004. São Paulo, 2004.

SANTOS, Roberval de Jesus Leone dos. *Governo eletrônico: o que se deve e o que não se deve fazer*. XVI Concurso de Ensayos y Monografías del CLAD sobre Reforma del Estado y Modernización de la Administración Pública "Gobierno Electrónico". Caracas, 2002.

MEGGINSON, Leon C.; MOSLEY, Donal; PIETRI Jr., Paul. *Administração: conceitos e aplicações*. [S.L.]: Harbra, 1998.

TAIT, Tania Fátima Calvi et al. *Estrutura de informação para sites municipais: reunindo cidadania e ergonomia*. Maringá: Universidade Estadual de Maringá, 2005.

O conflito entre tratados internacionais de direitos humanos e o direito interno brasileiro

Marcius Cruz da Ponte Souza

Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil.
Pós-graduando em Direito do Trabalho
e Processo Trabalhista

Resumo: O presente estudo tem por objeto tecer algumas considerações acerca da natureza jurídica dos tratados internacionais de direitos humanos, bem como analisar a sua hierarquia normativa ao ser incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Tratados Internacionais; Direitos humanos; Dignidade da pessoa humana; Hierarquia normativa.

1. Introdução

A tutela internacional aos direitos humanos vem ao encontro da consolidação e da efetivação dos direitos fundamentais inscritos na Carta Magna, que erigiu a dignidade da pessoa humana à categoria de valor supremo e valor fundante de todo o ordenamento.

A partir da feição democrática assentada sob a égide da Constituição Federal de 1988, o Estado brasileiro ratificou importantes tratados internacionais de proteção aos direitos humanos, permitindo a sua reinserção na seara internacional.

Com a promulgação da Constituição de 1988, surgiram diversas interpretações que consagraram um tratamento diferenciado aos tratados de direitos humanos em razão do disposto no §2º do art. 5º da Lei Maior, o qual estabelece que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais dos quais a República Federativa do Brasil é partícipe.

A partir dessa temática, o presente artigo tem por objetivo fazer breves considerações sobre a natureza jurídica e eficácia das normas emanadas dos referidos tratados e convenções, após a sua incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo em função das significativas alterações promovidas pela recente promulgação da Emenda Constitucional 45/2004.

2. Tratados e Convenções internacionais sobre direitos humanos. Precedentes históricos

O direito humanitário, a Liga das Nações e a Organização Internacional do Trabalho constituem os primeiros marcos do processo de internacionalização dos direitos humanos. Sua consolidação deu-se em meados do século XX, em decorrência da barbárie cometida durante a segunda guerra mundial.

O aperfeiçoamento e a universalização do movimento de internacionalização dos direitos humanos podem ser atribuídos às graves transgressões aos direitos humanos perpetradas durante o nazismo, com o extermínio de mais de onze milhões de pessoas. Parte das violações poderia ter sido evitada, caso existisse, à época, um sistema de proteção internacional de direitos humanos efetivo.

Diante dessa irreversível ruptura aos direitos humanos, sob o império da lei, foi necessário buscar a reconstrução e a efetivação dos direitos humanos, conduzindo a uma premente reflexão ética que deve permear o direito.

A vetusta concepção de soberania absoluta e incontestável, diante da necessidade de proteção aos direitos humanos, cuja violação não é simples questão de ordem interna, na medida em que representa essencial e legítimo interesse da comunidade internacional, foi redefinida, uma vez que se mostrou em descompasso com as novas aspirações.

Nesse contexto, o Estado possui o dever de tutelar os direitos humanos. Essa assertiva impõe não apenas a abstenção estatal no

sentido de violá-los, mas também de prevenir e reprimir condutas danosas perpetradas por terceiros.

Consiste em obrigação de todos o respeito aos direitos humanos fundamentais regulados no direito internacional. A negação e a inércia à proteção a esses direitos ensejam a responsabilização do Estado frente à comunidade internacional, que pode fiscalizar o implemento de suas normas, constituindo uma nova instância de tutela quando o Estado demonstrar-se falho ou omissor.

A partir do consenso em promover e efetivar os direitos humanos, foi editada a Carta das Nações Unidas de 1945. Este documento não define o conteúdo e abrangência das expressões direitos humanos e liberdades fundamentais. Somente, em 1948, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi definido, com precisão, o elenco dos direitos humanos e liberdades fundamentais a que fazia menção os artigos da Carta.

A tutela aos direitos humanos, ao enunciar direitos e obrigações universais ao indivíduo, atribuiu à pessoa humana a condição de sujeito de direito internacional.

A Declaração Universal, fundada no respeito à dignidade humana, congrega, de forma ampla, um conjunto de direitos essenciais para o desenvolvimento pleno do ser humano. Ela demarca a noção contemporânea dos direitos humanos, cujos traços marcantes são a universalidade, a interdependência e a indivisibilidade. A condição de ser humano é o requisito único para ser titular dos direitos nela protegidos. Enuncia direitos aplicáveis, de forma incondicional, a todas as pessoas. Elenca, conjuntamente, os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais, congregando, de forma indissociável, os discursos liberais e os sociais.

Essa moderna concepção foi reiterada na Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993, quando afirma, em seu parágrafo 5º, que os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados.

Embora a Declaração de 1948 não seja um tratado e sim uma resolução que não apresenta força de lei, ela possui inegável valor jurídico. Vem sendo concebida como a interpretação autorizada da expressão direitos humanos, constante da Carta das Nações Unidas, dado o seu inter-relacionamento com este documento que possui cunho vinculante.

Ademais, defende-se que a Declaração vincula por se constituir de princípios gerais do direito, revelando-se como um autêntico direito costumeiro internacional, aplicando-se a todos os Estados e não apenas aos que assinaram a Declaração.

Inegavelmente, em face da invocação generalizada de suas normas, o conteúdo essencial nela tratado é dotado de *jus cogens*, cuja imperatividade não pode ser suprimida ou relevada pelos seus destinatários.

Grande parte dos dispositivos da Declaração já se encontra positivado na legislação interna dos Estados, pois serviu de fonte de inspiração para a normatização de direitos fundamentais.

A Carta Magna de 1988, visando reforçar-lhes o relevante papel no cenário interno, em diversos dispositivos, retrata fielmente os direitos humanos consagrados na Declaração Universal de 1948, conferindo assim maior juridicidade à tutela do indivíduo.

2. O sistema brasileiro de proteção aos direitos humanos

A Constituição Federal de 1988 rompe com o autoritarismo militar imposto em 1964. Constitui o marco jurídico da redemocratização e da institucionalização dos direitos humanos no Brasil. Nela, os direitos e garantias fundamentais receberam um papel de destaque, conferindo uma tutela analítica e pormenorizada, sendo considerada uma das mais avançadas neste tema.

Desde o seu preâmbulo, demonstra a opção fundamental pregada pelo regime democrático instituído, ao “assegurar o

exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (...).”.

Estabelece como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º e incisos da CF).

As relações internacionais, nos termos do art. 4º, inciso II da Carta Magna, regem-se pelo princípio da prevalência dos direitos humanos, reforçando a abertura constitucional ao sistema de proteção internacional e a integração desses direitos ao ordenamento pátrio.

O parágrafo único do mesmo artigo dispõe que a República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações, restando patente o intuito do Constituinte em reinserir o país na comunidade internacional.

O parágrafo 4º do art. 5º da Lei Maior, com a redação dada pela Emenda constitucional 45/2004, enuncia a submissão do Brasil à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão, reconhecendo limites e condições ao conceito de soberania estatal, pois tem como parâmetro a prevalência dos direitos humanos, cujo interesse tem caráter transcendental.

A Carta Magna destaca como fundamentos básicos do Estado Democrático de Direito a cidadania e a dignidade da pessoa humana, tida como princípio nuclear dos direitos humanos e valor fundante do sistema constitucional moderno, irradiando valores para quase todos os direitos fundamentais nela inscritos.

A Constituição, assentada sobre as exigências de promoção de justiça social e de valores éticos, tem como primazia os direitos fundamentais, devendo ser interpretada como um sistema unitário e harmônico e o princípio da dignidade, considerado como um superprincípio constitucional, confere essa coerência interna, ao uniformizar, orientar, condicionar e informar todo o ordenamento jurídico interno e externo.

Conforme observa Flávia Piovesan, o valor da dignidade da pessoa humana impõe-se como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional¹.

Para Sarlet, a dignidade é “uma qualidade intrínseca da pessoa humana, é algo que simplesmente existe, sendo irrenunciável e inalienável, na medida em que constitui elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado”². Possui caráter universal, pois se trata de atributo inerente ao indivíduo. Nesse sentido, não é o direito que confere a dignidade ao homem, tampouco pode suprimi-la, cabendo a ele reconhecê-la e protegê-la. Para Luís Roberto Barroso,

Dignidade da pessoa humana expressa um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio da humanidade. O conteúdo jurídico do princípio vem associado aos direitos fundamentais, envolvendo aspectos dos direitos individuais, políticos e sociais. Seu núcleo material elementar é composto do mínimo existencial, locução que identifica o conjunto de bens e utilidade básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute da própria liberdade³.

¹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional**. 7. ed. ver. , ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva 2006. p. 27.

² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6 ed. ver. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 118.

³ BARROSO, Luís Roberto. (org). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3 ed. Revista. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 38.

A Constituição de 1988 confere uma preeminência aos direitos e garantias fundamentais, prescrevendo-lhes, de forma exemplificativa, logo no seu Título II, antecipando-os, portanto, à própria estruturação do Estado. Estabelece, no seu art. 1º, que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito.

Os direitos fundamentais possuem uma perfeita interação com esse modelo de estado. A proteção dos direitos fundamentais, mediante a realização simultânea dos valores de liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana constitui um dos seus princípios basilares e sua justificativa maior de existência. Por sua vez, a consagração desses direitos pressupõe a democracia.

A Carta Magna não somente ampliou o catálogo de direitos fundamentais de primeira dimensão (individuais), como também incluiu direitos de segunda (coletivos) e de terceira dimensão (difusos), consagrando a moderna concepção internacional da interdependência e indissociabilidade na fruição desses valores.

3. Incorporação dos tratados internacionais ao ordenamento jurídico interno

Os tratados, acordos escritos celebrados por sujeitos de direito internacional, constituem a principal fonte de obrigações no plano internacional.

As normas internacionais somente se aplicam aos Estados que acordaram com as suas prescrições, ressalvando-se os costumes internacionais, que independem de adesão formal.

O processo de formação dos tratados inicia com atos de negociação, conclusão e assinatura.

O procedimento de incorporação de tratados varia de acordo com as regras internas de cada país. Embora não haja um modo internacionalmente prescrito para a ratificação, é comum que esta se

consubstancie em um documento escrito, assinado pelo Chefe de Estado ou Ministro de relações exteriores. Esses documentos podem ser trocados, no caso dos tratados bilaterais, ou depositados junto a um Estado ou Organização Internacional, para os tratados multilaterais.

Como regra, a simples assinatura do tratado pelo Chefe do Poder Executivo não vincula o Estado pactuante, devendo ser submetido à apreciação do Poder Legislativo. Aprovado pelo Parlamento, o chefe do Poder Executivo pode ratificar o diploma normativo, ato essencial para vigência no plano interno e externo.

A partir desse momento, o Estado encontra-se formalmente obrigado a cumprir o disposto na norma pactuada, acarretando, em caso de violação, a sua responsabilização internacional.

O art. 27 da Convenção de Viena estabelece que: “Uma parte não pode invocar disposições de seu direito interno como justificativa para o não cumprimento do tratado” e deve ser cumprido de boa-fé pelas partes.

A Carta Magna estabelece, no seu art. 21, inciso I, a competência da União de “manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais”.

O art. 84, VIII da Constituição, por sua vez, dispõe que compete privativamente ao Presidente da República celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos ao referendo do Congresso Nacional. O art. 49, inciso I, prevê a competência exclusiva do Congresso Nacional de resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

Da análise dos dispositivos, verifica-se a necessidade, para a incorporação dos tratados no direito interno, de um ato subjetivamente complexo, diante da conjugação de vontades homogêneas do Poder Legislativo, que os referenda mediante

Decreto Legislativo e do Poder Executivo, que os ratifica, em consagração à teoria dos controles recíprocos (*checks and balances*).

4. A hierarquia normativa dos tratados de direitos humanos. O conflito com o direito interno

No Brasil nunca houve qualquer dispositivo constitucional expresso que tratasse acerca de hierarquia normativa dos tratados internacionais ou dirimisse eventuais conflitos destes com o direito interno.

Na Argentina os tratados em geral possuem hierarquia infraconstitucional, mas supralegal, enquanto que os tratados que versam sobre direitos humanos possuem hierarquia constitucional, em complementação aos direitos constitucionalmente garantidos (art. 75, inciso 22 da Constituição argentina). No mesmo sentido, as Constituições da Venezuela (art. 23) e Peru (art. 105).

A doutrina costuma apontar duas teorias que versam sobre a incorporação dos tratados internacionais no direito interno: a teoria monista e a teoria dualista.

Para os monistas, o direito é unitário. Não existem limites entre a ordem jurídica internacional e o ordenamento interno. A partir da sua ratificação, o tratado já obriga no plano interno.

Para os dualistas, o direito interno e o internacional são concebidos como ordens independentes entre si, existindo uma dualidade de ordens jurídicas, a interna e a externa. Para a introdução de regras no direito positivo estatal, exige-se um ato legislativo de recepção.

Na hipótese de conflito entre a norma internacional e a norma nacional, a maior parte dos monistas entende que o direito internacional deve prevalecer. Já para os dualistas, os dois sistemas regulam diferentes matérias; enquanto o direito internacional

disciplina a relação entre Estados soberanos, o direito interno rege assuntos internos, que tratam das relações entre os próprios cidadãos.

A doutrina majoritária entende que o Brasil adotou a teoria dualista para todos os tipos de tratados. Essa tese foi encampada pelo STF, ao entender como essencial para a vigência interna das normas previstas nos tratados, a edição de Decreto presidencial de execução, como meio de conferir-lhe publicidade e executoriedade.

No julgamento do RE 71.154-PR, restou consignado no voto condutor do relator Ministro Oswaldo Trigueiro que: "Lei Uniforme sobre o Cheque, adotada pela Convenção de Genebra. Aprovada essa Convenção pelo Congresso Nacional, e *regularmente promulgada*, suas normas têm aplicação imediata, inclusive naquilo em que modificarem a legislação interna..." (RTJ 58/70)⁴. (grifos nossos)

Em todas as Constituições brasileiras, desde a de 1891 (art. 78), a enumeração de direitos fundamentais tem caráter exemplificativo. A Constituição Federal de 1988 consagra, no seu art. 5º, § 2º, uma cláusula de abertura ao ingresso de novos direitos fundamentais, ao dispor que "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

Pela primeira vez, uma Constituição brasileira inclui, dentre os direitos constitucionalmente garantidos, os tratados internacionais de que o Brasil seja signatário.

Flávia Piovesan, a partir da leitura do §2º do art. 5º da Constituição, leciona que os direitos previstos na Constituição seriam organizados em três grupos distintos: a) dos direitos

⁴ DIAS, Luiz Claudio Portinho. A aplicação das normas do Mercosul pelo juiz nacional. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 3, n. 27, dez. 1998. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1631>>. Acesso em 16 maio 2008.

expressos na Constituição (por exemplo, os direitos elencados pelo texto nos incisos I a LXXVII do art. 5º e em outros dispositivos espalhados pelo texto da Carta Magna, como o artigo 150, III, b, que trata do princípio da anterioridade tributária, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal); b) dos direitos expressos em tratados internacionais de que o Brasil seja parte; e, finalmente, c) dos direitos implícitos (direitos que estão subentendidos nas regras de garantias, bem como os decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição. Ex. direito à identidade que decorre do próprio direito à vida, direito à incolumidade física, que decorre da proibição da tortura e do tratamento desumano)⁵.

A partir da vigência do §2º do art. 5º da Carta Magna de 1988, estabeleceu-se grande debate jurisprudencial e doutrinário acerca do *status* normativo dos direitos humanos no Brasil.

As principais correntes que tratam da hierarquia dos tratados de direitos humanos são: a vertente que reconhece a natureza supraconstitucional dos tratados e convenções em matéria de direitos humanos; a tendência que reconhece o *status* de lei ordinária a esse tipo de documento internacional; a interpretação que atribui caráter supralegal aos tratados e convenções sobre direitos humanos; o posicionamento que atribui caráter constitucional a esses diplomas internacionais. Defendendo a primeira corrente, Hildebrando Accioly, citado por Flávia Piovesan, argumenta:

É lícito sustentar-se, de acordo, aliás, com a opinião da maioria dos internacionalistas contemporâneos, que o direito internacional é superior ao Estado, tem supremacia sobre o direito interno, por isto que deriva de um princípio superior à vontade dos Estados. Não se dirá que o poder do Estado seja uma delegação do direito internacional; mas parece

⁵ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional**. 7. ed. ver. , ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2006. p. 58.

incontestável que este constitui um limite jurídico ao dito poder⁶.

Para esta corrente, o art. 5º, §2º da CF deve ser interpretado no sentido de que, ainda que implicitamente, concede um grau supraconstitucional a todo Direito Internacional dos Direitos Humanos, tanto de fonte consuetudinária, como convencional. A expressão “não excluem” não pode ter um alcance meramente quantitativo, querendo significar também que, em caso de conflito entre as normas constitucionais e o Direito Internacional em matéria de direitos fundamentais, deve prevalecer o último.

Até a emenda constitucional 45/2004, o Supremo Tribunal Federal, baseada na doutrina de Francisco Rezek, possuía jurisprudência histórica no sentido de equiparar os tratados internacionais de direitos humanos às leis ordinárias, não tendo força de emendas constitucionais.

No Recurso extraordinário n. 80.004 de 1977, o Supremo entendeu que uma lei interna revoga o tratado anterior, resolvendo-se o conflito entre as legislações pelo critério cronológico e da especialidade.

Em 1995, o Supremo reiterou esse entendimento no *habeas corpus* 72.131, que tratava de prisão civil do depositário infiel na alienação fiduciária em garantia. Nesse julgamento, foi debatida a antinomia existente entre a Constituição Federal, no seu art. 5º, inciso LXVII que permite a prisão civil por dívida do depositário infiel, enquanto que o art. 7º, VII do Pacto de San José da Costa Rica proíbe todas as formas de prisão por dívida, salvo no caso de alimentos⁷.

⁶ Ibid. p. 69.

⁷ No mesmo sentido: HC 73044-2/SP, relatado pelo Ministro Maurício Corrêa; Recurso Extraordinário 253.071-9/GO, relatado pelo Ministro Moreira Alves).

As legislações mais avançadas em matéria de direitos humanos proíbem expressamente qualquer tipo de prisão civil decorrente do descumprimento de obrigações contratuais, excepcionando apenas o caso do alimentante inadimplente.

Nesse sentido, o art. 7º, inciso VII, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica, de 1969, *in verbis*: “Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.”

O Supremo, ao analisar essa norma, reafirmou o seu entendimento de que os diplomas normativos de caráter internacional adentram o ordenamento jurídico interno no patamar da legislação ordinária e que eventuais conflitos normativos resolvem-se pela regra *lex posterior derogat legi priori*.

Posteriormente, no importante julgamento de medida cautelar na ADI nº 1.480-3/DF, Rel. Min. Celso de Mello (em 4.9.1997), o Tribunal voltou a afirmar que entre os tratados internacionais e as leis internas brasileiras existe mera relação de paridade normativa, entendendo-se as “leis internas” no sentido de simples leis ordinárias e não de leis complementares. Como salienta o Ministro Celso Mello:

No sistema jurídico brasileiro, os tratados ou convenções internacionais estão hierarquicamente subordinados à autoridade normativa da Constituição da República. Em consequência, nenhum valor jurídico terão os tratados internacionais, que, incorporados ao sistema de direi-

to positivo interno, transgredirem, formal ou materialmente, o texto da Carta Política.

O Poder Judiciário - fundado na supremacia da Constituição da República - dispõe de competência, para, quer em sede de fiscalização abstrata, quer no âmbito do controle difuso, efetuar o exame de constitucionalidade dos tratados ou convenções internacionais já incorporados ao sistema de direito positivo interno.

Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa... No sistema jurídico brasileiro, os atos internacionais não dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno. A eventual precedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais de direito interno somente se justificará quando a situação de antinomia com o ordenamento doméstico impuser, para a solução do conflito, a aplicação alternativa do critério cronológico ("lex posterior derogat priori") ou, quando cabível, do critério da especialidade.

O primado da Constituição, no sistema jurídico brasileiro, é oponível ao princípio *pacta sunt servanda*, inexistindo, por isso mesmo, no direito positivo nacional, o problema da concorrência entre tratados internacionais e a Lei Fundamental da República, cuja suprema autoridade normativa deverá sempre prevalecer sobre os atos de direito internacional público (...) (RTJ 70/333 - RTJ 100/1030 0 RT 554/434)".

O fundamento adotado para manter a paridade normativa dos tratados às leis ordinárias foi o princípio da supremacia das normas constitucionais, invocando a previsão expressa de controle de constitucionalidade dessas normas, de acordo com o disposto no art. 102, III, b da Constituição, *in verbis*: "compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal".

Sustenta-se, ainda, a existência de rito especial para a introdução de norma constitucional ao sistema brasileiro, na forma prevista para a aprovação de emendas constitucionais pelo Congresso Nacional.

A tese da legalidade ordinária, na medida em que permite ao Estado brasileiro o descumprimento unilateral de um acordo internacional (*pacta sunt servanda*), vai de encontro aos princípios internacionais fixados pela Convenção de Viena de 1969.

Esse entendimento revela grave retrocesso em contexto de progressiva efetivação dos direitos humanos. Saliente-se que os tratados estão submetidos ao procedimento específico de denúncia para extirpar a sua força normativa no plano interno.

Há, ainda, a corrente que defende a hierarquia infraconstitucional mas supralegal dos tratados de direitos humanos, buscando conferir aplicação direta às normas de direitos humanos, até mesmo contra a lei ordinária se com ela conflite, sempre que, sem ferir a Constituição, a complementem, especificando ou ampliando os direitos e garantias dela constantes. O Ministro do Supremo Tribunal Federal Sepúlveda Pertence defendeu essa tese no julgamento do RHC n. 79.785 – RJ:

Certo, com o alinhar-me ao consenso em torno da estatura infraconstitucional, na ordem positiva brasileira, dos tratados a ela incorporados, não assumo compromisso de logo – como creio ter deixado expresso no voto proferido na ADInMc 1.480 – com o entendimento, então majoritário – que, também em relação às convenções internacionais de proteção de direitos fundamentais – preserva a jurisprudência que a todos equipara hierarquicamente às leis. Na ordem interna, direitos e garantias fundamentais o são, com grande freqüência, precisamente porque – alçados ao texto constitucional – se erigem em limitações positivas ou negativas ao conteúdo das leis futuras, assim como à recepção das anteriores à Constituição (...). Se assim é, à primeira vista, parificar às leis ordinárias os tratados a que alude o art. 5o, § 2o, da Constituição, seria esvaziar de muito do seu sentido útil a inovação, que, malgrado os termos equívocos do seu enunciado, traduziu uma abertura significativa ao movimento de internacionalização dos direitos humanos.” [RHC no 79.785-RJ, Pleno, por maioria, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 22.11.2002,

vencidos os ministros Marco Aurélio e Carlos Velloso (o então Min. Presidente)].

A Emenda constitucional 45/2004, buscando pôr fim à celeuma, incluiu o § 3º ao art. 5º, *in verbis*: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros serão equivalentes às emendas constitucionais”.

A pretensão com inclusão do *novel* dispositivo foi a de superar embates doutrinários, afirmando que, realmente, os tratados e as convenções internacionais sobre direitos humanos alteram o texto constitucional, desde que sejam aprovados, mediante o rito de aprovação de emendas constitucionais.

Saliente-se que as Convenções da Organização do Trabalho são consideradas de direitos humanos, já que se conformam com o conteúdo da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948⁸.

O novo dispositivo constitucional não previu nenhuma regra de transição que disciplinasse acerca da hierarquia dos tratados de direitos humanos aprovados pelo rito anterior, antes da publicação da Emenda.

Como ressalta Dallari, a omissão não é desprovida de conseqüências, pois além de o Congresso Nacional não atribuir expressamente dimensão constitucional aos tratados de direitos humanos anteriores à Emenda 45, a nova exigência de maior quorum na aprovação legislativa acaba aparentemente por endossar a interpretação de que as disposições do §2º do art. 5º, vigentes desde a promulgação da Constituição em 1988 não teriam o condão,

⁸ LOBATO, Marthius Sávio Cavalcante. **O valor constitucional para efetividade dos direitos sociais**. São Paulo: LTr, 2006. p. 132.

por si sós, de gerar para os tratados os efeitos de norma da Constituição⁹.

Há duas correntes sobre o tema: a primeira entende pela permanência do *status* de lei ordinária; a segunda propugna pela passagem automática de hierarquia de emenda constitucional, numa espécie de recepção, uma vez que foi observado o devido processo legal vigente à época em que foi ratificado e pelo fato de não ser admitida, pela doutrina, a tese de inconstitucionalidade formal superveniente, citando como exemplo o Código Tributário Nacional, que é formalmente uma lei ordinária e materialmente uma lei complementar (art. 146 da CF)¹⁰.

Para Castro, é possível a coexistência de tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos com força de norma constitucional, de tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos hierarquicamente equiparados à legislação ordinária e dos demais tratados e convenções internacionais sempre com natureza infraconstitucional¹¹. Para o autor, os tratados aprovados pelo rito das emendas constitucionais possuem a equivalência destas e os demais que não seguiram tal formalidade guardam paridade com as leis ordinárias.

Alexandre de Moraes entende que “a incorporação de tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, nos termos do

⁹ DALLARI, Pedro Bohomoletz de Abreu. *Tratados internacionais na Emenda Constitucional 45*. In: ALARCON, Pietro de Jesús Lora; LENZA, Pedro; TAVARES, André Ramos. **Reforma do Judiciário**: analisada e comentada. São Paulo: Método, 2005. p. 91.

¹⁰ TAVARES, André Ramos. **Reforma do Judiciário no Brasil pós-88**: (des) estruturando a justiça: comentários completos à EC 45/04. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 47.

¹¹ CASTRO, Wellington Cláudio Pinho de. Regime jurídico dos tratados e convenções internacionais após a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 830, 11 out. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7405>>. Acesso em: 29 abr.

art. 49, I ou do §3º, do art. 5º, será discricionária do Congresso Nacional”¹².

A partir desse novo contexto constitucional, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do recurso extraordinário 466.343 ainda não finalizado, demonstrou uma tendência de revisão de sua histórica jurisprudência que afirma a paridade normativa entre a lei federal e as normas internacionais de proteção aos direitos humanos, acenando para a possibilidade do reconhecimento da inconstitucionalidade da prisão civil do alienante fiduciário e do depositário infiel.

O julgamento refere-se a um recurso interposto pelo Banco Bradesco contra decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo que julgou procedente ação de depósito, decorrente de busca e apreensão de um automóvel financiado pelo banco para cliente que se tornou inadimplente, mas não acatou a possibilidade de decretação de prisão civil de depositário infiel, conforme previsto pelo inciso LXVII do artigo 5º da Constituição Federal.

O acórdão questionado estabelece que os contratos de alienação fiduciária de bens, em garantia de empréstimo, não se equiparam ao contrato de depósito de bem alheio, para efeito de aplicação da prisão civil, autorizada no inciso LXVII do artigo 5º da Constituição Federal (prisão civil de depositário infiel).

No recurso, o banco alega que a interpretação do TJ-SP fere, entre outras normas, o disposto no artigo 66, da Lei nº. 4.728/65, com a redação dada pelo artigo 1º do Decreto-lei nº. 911/69, que determinou que "a alienação fiduciária em garantia transfere ao credor o domínio resolúvel e a posse indireta da coisa móvel alienada, independentemente da tradição efetiva do bem, tornando-se o alienante ou devedor em possuidor direito e depositário de acordo com a lei civil e penal".

¹² MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 628.

Argumenta, ainda, que a Constituição de 1988 teria recepcionado esta norma e assim seria admitida a prisão civil no caso.

Nesse julgamento, vem prevalecendo a tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos, que já conta com oito votos, passando as convenções a ostentar uma posição intermediária entre a legislação comum brasileira, de um lado, e a Constituição da República, de outro. Negaram provimento ao recurso os Ministros Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carmen Lúcia Antunes Rocha, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Carlos Ayres Britto, Marco Aurélio e Ellen Gracie. O ministro Celso de Mello pediu vista. Faltam votar, ainda, os Ministros Sepúlveda Pertence e Eros Grau. O Ministro Gilmar Mendes, em seu brilhante voto, assevera:

Em termos práticos, trata-se de uma declaração eloqüente de que os tratados já ratificados pelo Brasil, anteriormente à mudança constitucional, e não submetidos ao processo legislativo especial de aprovação no Congresso Nacional, não podem ser comparados às normas constitucionais.

Não se pode negar, por outro lado, que a reforma também acabou por ressaltar o caráter especial dos tratados de direitos humanos em relação aos demais tratados de reciprocidade entre os Estados pactuantes, conferindo-lhes lugar privilegiado no ordenamento jurídico.

Em outros termos, solucionando a questão para o futuro – em que os tratados de direitos humanos, para ingressarem no ordenamento jurídico na qualidade de emendas constitucionais, terão que ser aprovados em quorum especial nas duas Casas do Congresso Nacional –, a mudança constitucional ao menos acena para a insuficiência da tese da legalidade ordinária dos tratados e convenções internacionais já ratificados pelo Brasil, a qual tem sido preconizada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal desde o remoto julgamento do RE nº 80.004/SE, de relatoria do Ministro Xavier de Albuquerque (julgado em 1.6.1977; DJ 29.12.1977) e

encontra respaldo em um largo repertório de casos julgados após o advento da Constituição de 1988.

Após a reforma, ficou ainda mais difícil defender a terceira das teses acima enunciadas, que prega a idéia de que os tratados de direitos humanos, como quaisquer outros instrumentos convencionais de caráter internacional, poderiam ser concebidos como equivalentes às leis ordinárias. Para esta tese, tais acordos não possuiriam a devida legitimidade para confrontar, nem para complementar o preceituado pela Constituição Federal em matéria de direitos fundamentais.

(...) Por conseguinte, parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de *supralegalidade* aos tratados e convenções de direitos humanos.

Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de *supralegalidade*.

Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana. Para o Ministro Gilmar Mendes: diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante.

Nesse sentido, é possível concluir que, diante da supremacia da Constituição sobre os atos normativos internacionais, a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (art. 5º, inciso LXVII) não foi revogada pela ratificação do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito

paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria, incluídos o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e o Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969.

Tendo em vista o caráter supralegal desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada. É o que ocorre, por exemplo, com o art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002), que reproduz disposição idêntica ao art. 1.287 do Código Civil de 1916.

Enfim, desde a ratificação pelo Brasil, no ano de 1992, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), não há base legal para aplicação da parte final do art. 5º, inciso LXVII, da Constituição, ou seja, para a prisão civil do depositário infiel.

No Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do RHC 18799, foi adotada tese da hierarquia constitucional dos direitos humanos:

CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO FISCAL. DEPOSITÁRIO INFIEL. PENHORA SOBRE O FATURAMENTO DA EMPRESA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº. 45/2004. PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA. APLICAÇÃO IMEDIATA. ORDEM CONCEDIDA. PRECEDENTES. 1. A infidelidade do depósito de coisas fungíveis não autoriza a prisão civil. 2. Receita penhorada. Paciente com 78 anos de idade. Dívida garantida, também, por bem imóvel. 3. Aplicação do Pacto de São José da Costa Rica, em face da Emenda Constitucional nº. 45/2004, que introduziu modificações substanciais na novel Carta Magna. 4. § 1º, do art. 5º, da CF/88: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. 5. No atual estágio do nosso ordenamento jurídico, há de se considerar que: a) a prisão civil de depositário infiel está regulamentada pelo Pacto de São José da Costa Rica, do qual o Brasil faz parte; -

b) a Constituição da República, no Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), Capítulo I (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos), registra no § 2º do art. 5º que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. (No caso específico, inclui-se no rol dos direitos e garantias constitucionais o texto aprovado pelo Congresso Nacional inserido no Pacto de São José da Costa Rica; - c) o § 3º do art. 5º da CF/88, acrescido pela EC nº. 45, é taxativo ao enunciar que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. Ora, apesar de à época o referido Pacto ter sido aprovado com quorum de lei ordinária, é de se ressaltar que ele nunca foi revogado ou retirado do mundo jurídico, não obstante a sua rejeição decantada por decisões judiciais. De acordo com o citado § 3º, a Convenção continua em vigor, desta feita com força de emenda constitucional. A regra emanada pelo dispositivo em apreço é clara no sentido de que os tratados internacionais concernentes a direitos humanos nos quais o Brasil seja parte devem ser assimilados pela ordem jurídica do país como normas de hierarquia constitucional; - d) não se pode escantear que o § 1º supra determina, peremptoriamente, que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Na espécie, devem ser aplicados, imediatamente, os tratados internacionais em que o Brasil seja parte; - e) o Pacto de São José da Costa Rica foi resgatado pela nova disposição constitucional (art. 5º, § 3º), a qual possui eficácia retroativa; - f) a tramitação de lei ordinária conferida à aprovação da mencionada Convenção, por meio do Decreto nº 678/92 não constituirá óbice formal de relevância superior ao conteúdo material do novo direito aclamado, não impedindo a sua retroatividade, por se tratar de acordo internacional pertinente a direitos humanos. Afasta-se, portanto, a obrigatoriedade de quatro votações, duas na Câmara dos

Deputados, duas no Senado Federal, com exigência da maioria de dois terços para a sua aprovação (art. 60, § 2º). RHC 18799 – STJ - Relator Ministro José Delgado. DJ 08.06.2006, p. 120.

Flávia Piovesan, a partir de interpretação teleológica e sistemática e da máxima efetividade das normas constitucionais, defende que, em face da principiologia adotada pela Carta Magna, notadamente com o valor conferido à dignidade da pessoa humana, valor fundante do sistema constitucional, os tratados de direitos humanos possuem natureza constitucional, compondo o bloco de constitucionalidade¹³.

Ela argumenta que, se a Carta Magna não exclui outros direitos decorrentes dos tratados Internacionais, porque, a contrário *sensu*, estaria a incluir as normas previstas nos tratados internacionais de direitos humanos.

Este entendimento implica na inclusão no texto constitucional dos direitos previstos nos tratados, revelando a natureza de seu conteúdo como direitos materialmente constitucionais, atuando de forma complementar ao catálogo expresso no texto constitucional.

Para essa vertente, os demais tratados internacionais possuem hierarquia de normas infraconstitucionais, com paridade em relação às leis ordinárias, consoante disposto no art. 102, III, b da Constituição.

O tratamento jurídico diferenciado dado pelo §2º do art. 5º da Constituição ao conceber os tratados de direitos humanos como normas constitucionais deve-se ao cunho transcendental inerente à proteção desses direitos.

O núcleo essencial dos direitos humanos revela interesses fundamentais da comunidade internacional e compõe o *jus cogens*

¹³ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional**. 7. ed. ver. , ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2006. p. 52.

internacional, cujos princípios imperativos possuem hierarquia especial e superior dentro do sistema jurídico internacional. Não podem, portanto, ser derogados por meras leis ordinárias.

Flávia Piovesan defende que o § 3º ao art. 5º não pode ser interpretado no sentido de atribuir paridade normativa de lei ordinária federal aos tratados de direitos humanos aprovados anteriormente à emenda, pelo simples fato de não ter sido o novo rito previsto. Leciona que todos os tratados de direitos humanos são materialmente constitucionais e constituem cláusula pétrea nos termos do art. 60, §4º, IV, da Carta Magna, em face da hierarquia de valores que congrega, em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana¹⁴.

O novo dispositivo, de acordo com essa doutrina, apenas confere a natureza formalmente constitucional ao tratado que observe o novo rito previsto, pois todos eles já são materialmente constitucionais. Pedro Lenza os diferencia na possibilidade ou não de denúncia, pois apenas aqueles que foram aprovados por procedimento mais dificultoso, duas vezes em cada Casa Legislativa, e pela legitimidade popular conferida, não podem ser denunciados sem a prévia autorização do Congresso Nacional¹⁵.

Salienta André Ramos Tavares que a denúncia por ato unilateral pelo Presidente da República, doravante, não é mais possível, como ocorreu com o caso da Convenção 158 da OIT¹⁶.

Para Carmen Tiburcio, os tratados de direitos humanos, aprovados pelo novo rito, por constituírem cláusula pétrea, nos termos do art. 60, §4º da Constituição, nem mesmo com o aval do Congresso Nacio-

¹⁴ Idem, *Ibidem*. p. 328.

¹⁵ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 11 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2007.

¹⁶ TAVARES, André Ramos. **Reforma do Judiciário no Brasil pós-88**: (des) estruturando a justiça: comentários completos à EC 45/04. São Paulo: Saraiva, 2005.

nal podem ser revogados, passando a integrar definitivamente o ordenamento nacional, sem a possibilidade de denúncia pelo Executivo¹⁷.

A solução adotada pela Emenda Constitucional n.º 45/2004, apesar de parecer um avanço, mostra-se retrógrada e anacrônica, pois, de certa maneira, afasta a interpretação mais progressista e adequada que se poderia dar ao §2º do artigo 5º da Constituição. Assevera Passos que a Emenda 45/2004 não pode retirar a força de que era portador o sistema de proteção e defesa dos direitos humanos na Constituição, tal como estatuído nos §§1º e 2º do mesmo art. 5º, ainda vigente¹⁸.

O §1º do art. 5º da Constituição estabelece que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, reafirmando o caráter normativo e vinculante dos direitos fundamentais e conferindo-lhe tratamento especial no ordenamento. Possuem eficácia plena, independentemente da intermediação do legislador ordinário para ser aplicado.

Os tratados internacionais que definem direitos e garantias fundamentais, por força deste dispositivo, também devem ser aplicados de forma imediata, mediante incorporação automática no ordenamento, não necessitando de ato legislativo para conferir executoriedade no plano interno. A partir da ratificação, pode ser exigido o seu implemento, tendo eficácia derogatória de toda a legislação ordinária que lhe contravenha.

Por esse sistema de incorporação automática, em consonância com a teoria monista, é reconhecida a vigência do direito internacional na ordem interna com a simples ratificação do tratado.

¹⁷ TIBURCIO, Carmen. A EC n. 45 e temas de direito internacional. In: WANBIER, Teresa Arruda Alvim et al. **Reforma do Judiciário: Primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 127.

¹⁸ PASSOS, Jorge Luiz Ieski Calmon de. Direitos humanos na reforma do Judiciário In: WANBIER, Teresa Arruda Alvim et al. **Reforma do Judiciário: Primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 350.

Para Flávia Piovesan, o Brasil consagrou um sistema misto. Para os tratados de proteção de direitos humanos, adota-se o sistema de incorporação automática (monista), por força dos §§1º e 2º do art. 5º. Já para os demais tratados se aplica o sistema de incorporação legislativa (dualista)¹⁹.

Pela interpretação sistemática e teleológica da Constituição, que tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, havendo conflito entre uma norma constitucional e uma norma de direito internacional, deve ser aplicado o princípio da norma mais favorável, de modo a consagrar a maior tutela aos direitos humanos, dando primazia à norma mais benéfica à vítima.

Observe-se que não há revogação de qualquer delas, apenas suspende a eficácia no caso concreto. Não existe primazia do direito interno ou das normas internacionais e sim para aquela que confira a maior proteção ao ser humano.

O direito interno e o direito internacional convivem em constante interação na realização do propósito convergente e comum de tutela dos direitos e interesses do ser humano.

Ingressando tais tratados no ordenamento jurídico interno com o *status* de norma constitucional (art. 5º, § 2º, da CF), eventuais conflitos existentes entre essas “duas normas constitucionais”, há necessidade de ponderar os bens jurídicos em conflito, harmonizando-os de acordo com o princípio hermenêutico da concordância prática. Somente, no caso concreto, um deles deve prevalecer, dada a inexistência de hierarquia entre normas constitucionais, em face do princípio da unidade.

O art. 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos prevê expressamente o princípio da norma mais favorável ao estabelecer que “nenhuma disposição da Convenção pode ser

¹⁹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional**. 7. ed. ver., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2006. p. 86.

interpretada no sentido de limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-partes ou em virtude de Convenção em que seja parte um dos referidos Estados”.

As normas de proteção aos direitos humanos têm por fito aprimorar, reforçar a efetividade do direito interno, complementá-lo, integrá-lo, e não para diminuir a proteção assegurada ao indivíduo.

Considerações finais

A Constituição Federal de 1988 representou um grande avanço para a proteção dos direitos humanos, ao incorporar os tratados de direitos humanos ao elenco dos direitos constitucionalmente consagrados.

Os direitos humanos, dada a sua natureza materialmente constitucional e em consonância com os parágrafos 2º e 3º do art. 5º da Carta Magna, complementam e integram o catálogo de direitos protegidos na Lei maior, compondo o bloco de constitucionalidade.

Pela interpretação sistêmica e teleológica da Constituição, em consonância com o princípio da máxima efetividade e com a força expansiva da dignidade da pessoa humana, todos os tratados de direitos humanos possuem a hierarquia constitucional. O rito especial previsto no §3º do art. 5º, inserido pela Emenda Constitucional 45/2004, atuando em reforço ao disposto no §2º do mesmo artigo, permite a inserção formal desses direitos ao texto da Carta Magna, impedindo a denúncia unilateral pelo Chefe do Poder Executivo.

Por força do §1º do art. 5º da Constituição, esses direitos devem ser aplicados e exigidos de forma imediata, independentemente da intermediação do legislador ordinário.

Esse *status* especial é assegurado somente aos tratados de proteção aos direitos humanos. Os demais possuem a mesma hierarquia das leis ordinárias federais.

O conflito existente entre o tratado de direitos humanos e Constituição Federal deve ser resolvido pela aplicação, no caso concreto, da norma mais favorável à vítima. Tais diplomas normativos interagem diante dos seus interesses convergentes na promoção da dignidade da pessoa humana.

Bibliografia

BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 2 ed. São Paulo: LTr, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. (org). A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 3 ed. Revista. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito constitucional. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. Trabalho Decente: análise jurídica da exploração, trabalho forçado e outras formas de trabalho indigno. São Paulo: LTr, 2004.

CASTRO, Wellington Cláudio Pinho de. Regime jurídico dos tratados e convenções internacionais após a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004 . Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 830, 11 out. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7405>>. Acesso em: 29 abr. 2008.

DALLARI, Pedro Bohomoletz de Abreu. Tratados internacionais na Emenda Constitucional 45. In: ALARCON, Pietro de Jesús

Lora; LENZA, Pedro; TAVARES, André Ramos. Reforma do Judiciário: analisada e comentada. São Paulo: Método, 2005.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do trabalho. 5 ed. São Paulo: LTr, 2006.

DIAS, Luiz Claudio Portinho. A aplicação das normas do Mercosul pelo juiz nacional . Jus Navigandi, Teresina, ano 3, n. 27, dez. 1998. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1631>>. Acesso em 16 maio 2008.

FERREIRA, Luiz Alexandre Cruz; TÁRREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco In: WANBIER, Teresa Arruda Alvim et al. Reforma do Judiciário: Primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional esquematizado. 11 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2007.

LOBATO, Marthius Sávio Cavalcante. O valor constitucional para efetividade dos direitos sociais. São Paulo: LTr, 2006.

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

PASSOS, Jorge Luiz Ieski Calmon de. Direitos humanos na reforma do Judiciário In: WANBIER, Teresa Arruda Alvim et al. Reforma do Judiciário: Primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o direito constitucional internacional. 7. ed. ver. , ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2006.

ROMITA, Arion Sayão. Direitos fundamentais nas relações de trabalho. 2 ed. ver. e aum. São Paulo: LTr, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 6 ed. ver. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e relações privadas. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

TAVARES, André Ramos. Reforma do Judiciário no Brasil pós-88: (des)estruturando a justiça: comentários completos à EC 45/04. São Paulo: Saraiva, 2005.

TIBURCIO, Carmen. A EC n. 45 e temas de direito internacional. In: WANBIER, Teresa Arruda Alvim et al. Reforma do Judiciário: Primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

Custeio dos serviços prestados por empresas concessionárias: tarifa, preço público ou taxa

Delano Carneiro da Cunha Câmara

Bacharel em Direito e Ciências Contábeis.

Especialista em Controle Externo da Administração Pública.

Mestre em Direito Constitucional.

Professor Universitário de Graduação e Pós-graduação.

Auditor TCE/PI.

Resumo: Trata da tarifa cobrada pelas concessionárias de serviços públicos que se distingue da taxa (tributo) e do preço público (receita originária do Estado). A doutrina tende a equiparar o preço público à tarifa a partir de bases conceituais tributárias. A distinção é identificada pelo direito financeiro, regulatório, dentre outros ramos jurídicos.

Palavras-chave: Tarifa; Preço público; Taxa; Regulação; Serviço público.

1. Introdução

A Constituição Federal vigente completa seus vinte anos, contudo, ainda hoje há muitos conceitos, constantes da mesma, que são objeto de discussões não pacificadas, como aqueles que dizem respeito aos limites de intervenção do Estado nas relações jurídicas público-privadas. Estado que tinha na sua capacidade de investimento a grande válvula propulsora para o crescimento do país. Contudo, com o esgotamento do Estado, surge o debate sobre a transferência de obrigações suas a iniciativa privada e conseqüente remuneração destes serviços. A redução do Estado, teoricamente, é fundada na redução dos custos deste para os cidadãos.

Abra-se um parêntese: a solução para a redução de custos do Estado não necessariamente passa pelo encolhimento do Estado. Existe também a possibilidade de redução de custos através do

redesenho institucional estatal de forma a proporcionar ganhos de eficiência.

O esgotamento deste modelo econômico anterior de Estado decorreu da limitação de recursos para novos investimentos e da ausência de soluções criativas. Com a privatização de certos serviços, emerge a necessidade de identificação da remuneração do serviço pago pelo consumidor diretamente às concessionárias de serviços públicos, bem como seus elementos caracterizadores. (FRANCO, 1999, p.67/ 72 – 155/ 158). O debate conceitual da tarifa como instituto autônomo de remuneração dos serviços concedidos contextualiza-se com a diminuição da participação direta do Estado na prestação de serviços (novo modelo institucional).

Acrescente-se a Lei nº 8.987 de 13/02/95, que trata das concessões e permissões de serviços públicos, a qual trouxe em seu bojo o reconhecimento de que a contraprestação do serviço concedido ou permitido dar-se-ia através de tarifas.

Assim, o problema deste trabalho circunscreve-se a identificação da remuneração das concessionárias e permissionárias de serviços públicos no Brasil.

Desta feita, o presente estudo abordará, como primeiro tópico, o conceito do que constitui serviço público. A seção seguinte versará sobre a Empresa Concessionária de Serviço Público. E, em terceiro tópico, é trabalhado o conceito de tarifa em contrapartida com o da taxa e do preço público, verificando na doutrina os diversos entendimentos a respeito do tema, fixando-se características próprias e específicas para a referida tarifa. Findando pela confirmação de que a tarifa, instituto autônomo, é a receita das concessionárias de serviços públicos.

2. Serviço público

A delimitação do que constitui serviço público é tarefa árdua, porém relevante para o presente estudo, pois este debate é a pedra de

fundamentação sobre o que é domínio econômico pertencente ao setor privado em contraposição ao que é restrito ou facultativo ao público. Definição que permite saber se o serviço seria remunerado por taxa, tarifa ou preço público, bem como saber os limites de imposição tarifária.

Tal delimitação do que vem a ser serviço público passa pela conceituação filosófica do Estado Mínimo em oposição com o Estado Social. De acordo com a opção política de uma sociedade será desenhado o tamanho do Estado e, conseqüentemente, aquilo que é de competência deste ou do particular. O exame dessa delimitação observa o aspecto jurídico, econômico e social, considerando possibilidades concretas e abstratas (teóricas).

Alexandre de Moraes pontifica que o Estado tem a função precípua de prestação de serviços públicos, autorizando-lhe a Constituição Federal do Brasil poder para cumprir sua obrigação direta ou indiretamente sob o regime de concessão ou permissão, conforme a sociedade demande e a Carta Magna fixe. (MORAES, 2002. p. 1838.)

José Afonso da Silva considera serviço público como sendo “por natureza, estatal. Tem como titular uma entidade pública. Por conseguinte, fica sempre sob o regime jurídico de direito público”.(SILVA, 1997, p. 733).

SILVA considera serviço público aquele elencado na Constituição como tal. Esse entendimento estaria dentro de uma rigidez constitucional em que todas as formas previstas no art. 21, XI e XII, a, constituem serviços públicos da União. Cabendo a ressalva de que a diferença de regime está em que os serviços indicados no inciso XI serão explorados no regime de monopólio da União, por si ou por empresa estatal (dependente ou não), “não se admitindo sua prestação por particulares, nem por concessão, nem por permissão, nem por autorização, enquanto os referidos no inciso XII podem ser explorados, também, por particulares mediante autorização, concessão ou permissão”. (SILVA, 1997, p. 472/473).

Aqui se abre uma crítica: Ora se o serviço público puder ser prestado por empresa pública, já se trata de uma concessão, permissão ou autorização, pois a empresa, mesmo pública, é pessoa jurídica distinta do Estado. SILVA considera que “não cabe a titularidade privada nem mesmo sobre os serviços públicos de conteúdo econômico, como são, por exemplo, aqueles referidos no art. 21, XI e XII” (SILVA, 1997, p. 733), bem como aqueles de competência dos Estados, Distrito Federal e Municípios. Ressalta, ainda, a distinção de limitações à prestação de serviços públicos daquelas previstas no art. 173 da Carta Magna, ou seja, a titularidade de serviços públicos, no Brasil, é sempre do Estado.

Cabe, contudo, a compreensão de que a Constituição deve ser vista como norteadora do Estado e como tal deve acompanhar as transformações pelas quais este passa.

Numa interpretação constitucional mais progressista do art. 21 da Constituição Federal de 1988, seriam considerados como serviços públicos, ou não, conforme determinadas circunstâncias, em especial, quando envolverem prestação de serviço reputado de utilidades determinadas a satisfazer direta e indiretamente o princípio da dignidade da pessoa humana ou para satisfação de fins políticos essenciais.

O objetivo finalístico do art. 21 da Constituição não seria a de distinção entre aquilo que é serviço público, em contrapartida com o que é atividade econômica em sentido estrito, e sim, de simples discriminação de competências entre os diversos entes da federação (União, Estado e Município). (JUSTEN FILHO, 2003, p. 44).

Segundo JUSTEN FILHO, o serviço seria considerado público por uma peculiaridade e não de forma universalmente considerada.

MEIRELLES atribui a determinadas atividades designação de serviço público, informando que ela oscila segundo às exigências de cada povo, de cada época. Não se podendo caracterizar os serviços

públicos através de uma relação com atividades coletivas vitais, porque existem atividades sabiamente dispensáveis pela sociedade que são realizadas pelo Estado como serviços públicos. (MEIRELLES, 2002, p. 316/317).

Dessa discussão, vislumbra-se que, em verdade, a noção de ‘serviço público’ irá depender do nível de intervenção Estatal politicamente desejado. No passado, dependia da vontade do governante, exclusivamente. Hoje, constatam-se outros fatores, pois não basta o governante desejar. É necessária a vontade dos governados em concordarem em custear os serviços. Em especial quando se fala em democracia.

A intervenção do Estado no domínio econômico ocorre de duas maneiras: a primeira, é por meio do desempenho pelo Estado de atividade econômica em sentido lato (intervenção direta, atividade econômica em sentido estrito e prestação de serviços públicos); a segunda, regulando e fiscalizando atividade desempenhada por terceiros (intervenção indireta).

Isso observando que serviço público constitui espécie do gênero atividade econômica em sentido amplo. Celso Antônio Bandeira de Mello apresenta, contudo, uma tendência a negar a natureza de atividade econômica ao serviço público. (MELLO, 2003, p. 631 e ss.)

Desta feita, observando os vários cortes epistemológicos, serviço público é considerado, segundo os critérios: da supremacia do interesse público; a indisponibilidade do interesse público; fixação legal e constitucional; vinculação à administração pública; titularidade; finalidade; regime jurídico; e até pelo critério dos direitos humanos.

Consolidando as diversas concepções de serviço público, sob o enfoque de relevância para o presente estudo, tem-se que certos “serviços públicos” constituem um direito fundamental, entretanto possuem um custo. Custo para cada indivíduo que paga seus

impostos. Qualquer garantia estatal tem um custo. (HOLMES, 1999, p. 20-24).

O oferecimento de determinados serviços, num Estado Democrático de Direito, que visa ao interesse público, constitui obrigação deste e um direito do cidadão. Por outro lado, quem custeia o Estado são os cidadãos que pagam seus tributos.

Considerando que para a prestação dos serviços haverá custos, caso o espectro destes serviços sejam ampliados demais, a tributação sobre os indivíduos também aumentará. Mister se faz um equilíbrio entre os diversos atores presentes nas relações jurídicas de prestação de serviços públicos.

O Estado, que delimita os serviços públicos, quando adota uma perspectiva ampliativa, terá que transferir aos indivíduos custos mais altos através dos tributos, se, por outro lado os restringe, a tributação será reduzida e, conseqüentemente, os custos transferidos à iniciativa privada. Diante do não-oferecimento do serviço pelo Estado fica o usuário sujeito a um contrato com os particulares oferecedores dos serviços, ou seja, cada indivíduo é jogado à própria sorte.

Vale ressaltar, porém, que tal equação não é tão perfeita assim. Aumentam-se serviços e aumentam-se custos. Reduzem-se serviços, reduzem-se custos, e, por conseguinte, a tributação sobre a sociedade. O problema é que, muitas vezes, o produto da economia realizada com o não-oferecimento de determinados serviços não é convertido em redução de tributação, pois passa a ser absorvido pela máquina burocrática ineficiente. Momento em que a atividade estatal assemelha-se a uma ‘mão que afana’, retirando recursos dos indivíduos (através da tributação), sem uma eqüitativa contraprestação de serviços públicos, ou seja, a tributação acaba sendo utilizada apenas para custear a máquina burocrática.

Diante de toda esta discussão, verifica-se que o tipo de Estado

e seu ordenamento fixam o que é 'serviço público', que é ditado pelos interesses da coletividade no Estado Democrático de Direito, coletividade que em cada época elege suas prioridades.

Fixados os serviços públicos, segundo os interesses da maioria dos indivíduos ou grupos de indivíduos, é cabível se estabelecer que estes podem subdividir os serviços a serem prestados, considerando sua generalidade ou especificidade, estabelecendo a distinção entre serviços públicos gerais e serviços públicos específicos, firmados a partir da afetação direta ou não com o administrado, seja ele um indivíduo ou um grupo maior ou menor, ou seja, quando é endereçável a determinados indivíduos ou grupo, estar-se-ia diante de um serviço específico. Quando não há um vínculo direto, estar-se-ia frente aos serviços públicos de caráter geral, estes remuneráveis pelos impostos. No presente estudo a questão gira em torno de serviços de custeio específico pelo usuário deste.

3. Empresas concessionárias de serviços

Fábio Ulhoa leciona que a teoria da empresa, de origem italiana, tem o sentido prático de ampliar o campo de incidência do direito comercial, introduzindo neste, dentre outros elementos, a prestação de serviços. A empresa, assim, é entendida como a exploração econômica da produção ou circulação de bens ou serviços. (COELHO, 2007, 16/28). A empresa pode ser, ainda, empresa agrária, industrial, imobiliária etc.

A empresa pode ser considerada subjetivamente como uma entidade que se confunde com a pessoa do empresário, objetivamente como estabelecimento onde funciona a atividade, ou ainda corresponde a atividade organizada e coordenada que congrega capital, tecnologia e trabalho. A empresa no Direito público relaciona-se a esta entidade organizada.

O Estado pode exercer diretamente ou indiretamente suas atividades. Indiretamente, pode ser através de entidade pública (autarquia/fundação) ou privada (empresa pública, sociedade de

economia mista, ou até mesmo empresa privada concessionária ou permissionária de serviços públicos).

As concessionárias de serviços públicos podem ser empresas públicas genericamente consideradas ou empresas privadas concessionárias. Tal fato é corolário da necessidade, na sociedade contemporânea, de uma audaciosa e bem articulada aliança do setor público com o setor privado. Atualmente, o setor público não é eficaz o suficiente para atender a todas as necessidades, transferindo parte de uma competência ao setor privado (empresa concessionária).

4. Tarifa, taxa e preço público

As tarifas necessitam ser identificadas de forma autônoma com características próprias e específicas. Tarifa não é tributo, nem receita do Estado. Restando a compreensão de que a taxa e preço público constituem receitas do Estado, quando figura este último como prestador do serviço. Em se tratando de concessionária ou permissionária de prestação de serviço, a remuneração deste se dá pela tarifa. Distingue-se de terceirização. Na terceirização, o ente estatal recebe do contribuinte ou do particular, conforme seja taxa ou preço público, e paga às diversas empresas prestadoras de serviços contratadas pelo Estado. No caso da concessionária ou permissionária, elas exploram, prestam o serviço e recebem diretamente da pessoa do particular os valores decorrentes de sua prestação.

Mas, antes de adentrar-se na tarifa, cabe melhor distinção dos outros dois institutos: taxa e preço público.

Sob o prisma constitucional, a Carta Magna de 1988 (art.145 CF/88) estabeleceu que a taxa constitui um dos tributos que podem ser instituídos por qualquer das três esferas de governo (Federal/Estadual/Municipal).

A taxa foi elencada como uma das espécies tributárias,

decorrente do exercício do poder de polícia ou da utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição. Assim, sendo a taxa um tributo, mister se faz a relembração do conceito de tributo: “é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”(art 3º CTN).

Quanto ao exercício do poder de polícia, não há dúvidas de que sua contraprestação ocorre por intermédio de taxa.

Nos termos do art. 145 da CF/88 e art. 77 do CTN, o contribuinte que paga uma taxa recebe uma contraprestação direta e imediata de serviço público, específico, divisível, potencial, ou o tem posto à sua disposição. Tratando-se de tributo, a taxa tem seu pagamento compulsório, independentemente da utilização do serviço público. Este serviço efetivo ou potencial deve ser específico, ou seja, passível de ser separado em unidades autônomas de intervenção da autoridade e utilidade, ou de necessidade pública que justificou a existência do serviço. Quanto à divisibilidade, deve funcionar em condições tais que se apure a utilização individual pelo usuário.

A taxa, portanto, possui característica de “ser um tributo cujo fato gerador é vinculado a uma atividade estatal específica relativa ao contribuinte”, (MACHADO, 1995, p. 321) distinguindo-se do imposto, que não está vinculado a nenhuma atividade estatal específica relativa ao contribuinte, porém tem natureza compulsória semelhante ao imposto.

Os tributaristas mais abalizados confirmam a caracterização da taxa em função da prestação de serviços ou do exercício do Poder de Polícia como uma receita do Estado. (NOGUEIRA, 1993. p. 163) (MARTINS, 2002. p. 107/108).

A Lei nº 4.320/64 considera o tributo como uma receita

derivada, instituída pelas entidades de direito público destinando-se o seu produto ao custeio de atividades gerais ou específicas exercidas por essas entidades, permitindo compreender que as receitas do Estado classificam-se em originárias e derivadas: as primeiras são decorrentes da exploração do próprio patrimônio estatal, enquanto as segundas resultam da intervenção do Estado, que, em virtude de seu poder de autoridade, pode retirar de seus súditos parcelas de suas riquezas para a consecução de seus fins, visando ao bem comum.

Considerado apenas o aspecto tributário, isoladamente, não se questionaria o significado da tarifa e do preço público, mas somente da taxa, a qual resta inquestionável tratar-se de um tributo e, portanto, receita derivada do Estado, que é cobrada de acordo com a Hipótese de Incidência Tributária específica.

"Em síntese, a taxa pode ser definida como uma prestação pecuniária exigida pelo Estado, em virtude de lei, pela realização de uma atividade que afeta diretamente o obrigado" (JANCZESKI, 1999, p. 26).

4.1 Semelhanças e diferenças entre taxa, tarifa e preço público

O problema surge na identificação da tarifa porque boa parte dos juristas e doutrinadores tributaristas consideram o preço público como uma expressão com significado sinônimo ao da tarifa, ou afirmam a sua inexistência, ou simplesmente se omitem a respeito do assunto.

Para Kiyoshi Harada "a confusão existente entre a taxa e o preço público tem sido uma constante, tanto no campo legislativo, como no campo jurisprudencial, apesar da nítida diferenciação do regime jurídico de uma e de outro", (HARADA, 1997, p. 46), no entanto considera que "preço público é sinônimo de tarifa ou simplesmente preço" (HARADA, 1997. p. 46).

Bernardo Ribeiro de Moraes, desenvolvendo estudo sobre a

taxa no Sistema Tributário Nacional, em 1968, trouxe, também, distinção entre taxa e preço público, fazendo referência à classificação da receita. Para ele o preço é receita originária do Estado, não compulsória, albergado pelo regime jurídico de direito privado e orientado pela vontade autônoma das partes, possuindo, portanto, característica negocial e a taxa é receita derivada, não fazendo menção à tarifa. (MORAES, 1968, p. 59). A taxa e o preço público são receitas estatais.

Atente-se que o Estado possui receitas: correntes, subdivididas em tributárias (impostos e taxas), de contribuições, patrimoniais, agropecuárias, industriais, de serviços (de natureza negocial), de transferências correntes; e capital, que são as decorrentes de operações de crédito, alienação de bens, amortização de empréstimos, transferências de capital e outras receitas de capital.¹ As receitas correntes tributárias seriam referentes à taxa, mas não exclusivamente, e as demais referentes ao preço público.

Quando o Estado aliena bens disponíveis, há uma contrapartida a ser paga por quem os adquire, que pode ser denominada de preço público. Ninguém é compelido a comprar, constituindo ato negocial, pois poderia comprar um bem, semelhante ao que está sendo vendido pelo ente estatal, de outro indivíduo, ou até dele prescindir. Se na prática de tal ato negocial não estivesse presente o Estado, referido preço público poderia ser considerado preço privado, ou simplesmente preço.

Há, ainda, a teoria que diz haver o preço político que seria o subsidiado pelo Estado, o preço quase privado, em que o Estado poderia ter lucro, e o preço público em que seria cobrado o suficiente para o Estado arcar com os custos do serviço. Mas, o presente estudo optou por adotar preço público para todas as hipóteses de receitas originárias estatais decorrente de serviços prestados sob o regime negocial.

¹ BRASIL. Lei nº 4.320/64. Art. 11 § 4º - A lei disciplinou desta forma.

4.2 Preço público e tarifa: o critério da destinação da receita

Os doutrinadores colocam que não existiria diferença entre tarifa e preço público porque o que interessa para o conceito de taxa é só a análise do fato gerador, não a finalidade de sua instituição ou a destinação do dinheiro arrecadado, e transportam esta amarra para a diferença entre tarifa e preço público. Só que nenhum desses dois institutos são tributos, logo o critério tributário não pode se prestar para caracterizar a distinção entre tarifa e preço público.

Realmente tarifa e preço público não são tributos, mas são também distintos entre si. Há autores tributaristas que fazem referência à tarifa ou ao preço público, colocando-os como conceitos sinônimos sob o argumento de que o CTN no art 4º informa que:

Art. 4º A natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevantes para qualificá-la:

I – a denominação e demais características formais adotadas pela lei;

II – a destinação legal do produto da sua arrecadação.

Ocorre que tal critério é eminentemente tributário. E a tarifa, bem como o preço público não são tributos, como então tentar estabelecer distinções por critério tributário? Óbvio que não seria possível.

O interessante é que geralmente se coloca no conceito de preço público, o conceito financeiro, em que é dito que o preço público é receita originária, ou seja, não é receita de terceiros e sim receita do Estado gerada a partir do seu próprio patrimônio. Neste ponto surge a confusão, pois se coloca a possibilidade de recebimento do preço público por pessoa jurídica de direito privado, indo de encontro ao conceito de receita originária.

Os preços públicos não se sujeitam aos princípios de ordem tributária por estarem no campo de relações negociais entre o Estado

e os particulares com os quais transaciona. Já as tarifas são cercadas de interesses públicos dos cidadãos usuários de serviços públicos e do próprio Estado, obrigando que as relações jurídicas que respaldam a cobrança de tarifas estejam sujeitas as regras de regulação.

5. Inferências finais

Assim, taxa e preço público seriam receitas do Estado, uma derivada, tributária e compulsória; outra originária, negocial e regida de forma assemelhada ao regime de direito privado. Tarifa não seria receita do Estado, e sim da empresa concessionária ou permissionária de serviço público, sujeitas as regras de regulação, face ao interesse público e do Estado, na fixação inicial do seu valor, assim como quando dos reajustes.

Destacando-se que, dentro de um mundo globalizado, as amarras e os conceitos do passado são inadequados para a compatibilidade com as rápidas transformações, o surgimento de novas tecnologias e diferentes necessidades sociais. Em muitas atividades, o Estado está sendo substituído por empresas que possuem melhores condições de prestar os serviços originalmente executados pelo ente estatal, ou simplesmente pela vontade política de encolhimento do Estado.

Empresas de água, energia elétrica e telefonia eram de propriedade exclusiva do Estado. Cobravam tarifas. Para alguns, assemelhava-se a preço público. Porém, as receitas provenientes das empresas não se caracterizam como do Estado. Este teria direito apenas ao lucro, quando existisse. Só que muitas vezes o ente público misturou os caixas do Estado com os das Empresas e não respeitou a distinção de personalidade jurídica. Tal quebra do princípio da entidade contribuiu para a confusão no estabelecimento das claras diferenças entre taxa, tarifa e preço público.

Com o advento das privatizações e abertura de setores dantes privativos de empresas estatais para concessionárias e permissioná-

rias privadas, torna-se patente a caracterização da tarifa como receita da concessionária de serviços públicos.

Referências

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. v.1. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

FRANCO, Gustavo H. B. *O Desafio Brasileiro: Ensaio Sobre Desenvolvimento, Globalização e Moeda*. São Paulo: Editora 34, 1999.

HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights: why liberty depends on Taxes*. New York and London: W.W. Norton & Company, 1999.

JANCZESKI, Célio Armando. *Taxas*. Curitiba: Juruá, 1999.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviços Públicos*. São Paulo: Dialética, 2003.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

MARTINS, Sergio Pinto. *Manual de direito tributário*. São Paulo: Atlas, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação*

constitucional. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Bernardo Ribeiro. *A taxa no sistema tributário brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de direito tributário*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 13. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1997.

A eficácia dos direitos fundamentais de 2ª dimensão e o orçamento público impositivo

Michel André Bezerra Lima Gradvohl

Advogado.

Engenheiro. MBA em Gestão Empresarial

Resumo: Compreender a eficácia das normas constitucionais que consagram os direitos fundamentais de segunda dimensão é fundamental para se desenvolver qualquer projeto que vise a concretização destes. Na doutrina, encontra-se grave divergência quanto à condição de se poder demandar direitos subjetivos a partir da própria norma constitucional definidora dos direitos sociais, mas quanto à eficácia objetiva destas o consenso impera a favor da sua existência. Um dos efeitos dessa eficácia objetiva, como se busca informar nesse artigo, deve ser a imposição ao Poder Executivo, ao menos em certas circunstâncias, de realizar os programas específicos previstos na Lei Orçamentária e que concretizam direitos fundamentais de 2ª dimensão.

Palavras-chave: Direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais. Eficácia. Orçamento Público.

1. Delimitação conceitual e terminológica

Antes de se adentrar no tema específico da eficácia dos direitos fundamentais de 2ª dimensão, é mister realizar rápida abordagem sobre o alcance e sentido do termo eficácia, tema que, conforme Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 245), ainda é alvo de controvérsias. Há de se distinguir o correto significado dos vocábulos vigência, validade e eficácia.

Segundo José Afonso da Silva (1999, p. 52), a vigência da norma promulgada e publicada é a qualidade desta que a faz existir juridicamente e a torna de observância obrigatória, não se confundindo com a eficácia, mas sendo um pressuposto dela, uma

vez que, para que se possa verificar a eficácia de uma norma, é necessário que a mesma esteja vigente.

Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 247) ressalta que validade é a “(...) conformidade com os requisitos estabelecidos pelo ordenamento no que concerne à produção da norma”. Assevere-se que os referidos requisitos englobam tanto os formais como os materiais e que a norma pode entrar em vigor independentemente da sua validade. Nesse sentido, este autor, desenvolvendo o raciocínio anterior, expressa seu entendimento de que as declarações de inconstitucionalidade “(...) operam no plano da validade, e não no de sua existência (vigência)” (SARLET, 2007, p. 247).

No que concerne à eficácia, há que se distinguir entre eficácia social – que, consoante Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 247), representa a real obediência e aplicação da norma no mundo dos fatos - e eficácia jurídica.

Esta última se apresenta, na visão de José Afonso da Silva (1999, p. 65-66) como:

(...) a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos nela indicados; nesse sentido, a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica. Possibilidade, e não efetividade.

A efetividade, portanto, confunde-se com a eficácia social (atuando no mundo dos fatos), enquanto a eficácia jurídica diz respeito à capacidade, à possibilidade, da norma vigente – na medida da sua aplicabilidade, como lembra Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 249) - produzir efeitos jurídicos, os quais, não necessariamente, reverter-se-ão em eficácia social.

Firme-se, aqui, a decisão de que a análise sobre a eficácia dos direitos fundamentais de 2ª dimensão, que se pretende realizar a

seguir, refere-se à eficácia jurídica destas normas constitucionais. Contudo, não se pode olvidar a advertência de Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 251):

Cumpra lembrar, mais uma vez, a íntima conexão entre a eficácia jurídica e a social, noção esta que devemos sempre ter presente em nossa análise. Não esqueçamos, neste sentido, que ao tratarmos da eficácia jurídica dos direitos fundamentais, nos situamos, em verdade, na ante-sala de sua efetivação, razão pela qual o adequado enfrentamento dos problemas suscitados naquela esfera pode facilitar em muito o trabalho dos que buscam solução para a efetiva realização dos direitos fundamentais.

2. A eficácia dos direitos fundamentais de 2ª dimensão

Os direitos fundamentais de 1ª e 2ª dimensões apresentam entre si uma relação de complementação, pois essa segunda dimensão de direitos fundamentais foi uma resposta às novas necessidades prementes do homem de então – desta feita não necessidade de liberdade individual, face ao Estado, mas de liberdade real, fundada numa igualdade material entre os indivíduos de uma mesma sociedade, que propiciava, a cada um, a condição de prover o seu auto-sustento -, mas não se descuidou dos direitos de liberdade já consolidados na primeira dimensão. Tendo em vista o objeto específico dessa segunda dimensão de direitos fundamentais, estes foram denominados direitos sociais, econômicos e culturais. Ingo Wolfgang Sarlet (2001, *on line*) entende como correta esta intitulação:

Entendemos que a denominação de direitos fundamentais sociais encontra sua razão de ser na circunstância – comum aos direitos sociais prestacionais e aos direitos sociais de defesa – de que todos consideram o ser humano na sua situação concreta na ordem comunitária (social), objetivando, em princípio, a criação e garantia de uma igualdade e liberdade material (real), seja por meio de determinadas prestações materiais e normativas, seja pela proteção e manutenção do equilíbrio de forças na

esfera das relações trabalhistas. Neste sentido, considerando os aspectos referidos, poderíamos conceituar os direitos fundamentais sociais – na esteira da magistral formulação de J. Miranda – como direitos à libertação da opressão social e da necessidade.

Apesar da complementação existente entre essas duas dimensões, as diferenças entre elas são patentes e não se restringem ao objeto de cada dimensão, conforme destaca Ingo Wolfgang Sarlet (2001, *on line*):

(...) a relação entre ambos os grupos de direitos fundamentais não obedece a uma dialética do antagonismo, mas sim a uma dialética da recíproca complementação, visto que tanto os direitos de defesa quanto os direitos sociais a prestações se baseiam na concepção de que a dignidade da pessoa humana apenas poderá ser plenamente realizada com uma maior liberdade para todos e menos privilégios. Ainda que, em princípio, situados no mesmo plano de fundamentalidade formal e material dos direitos de defesa, os direitos sociais a prestações acabam se diferenciando daqueles, de modo especial, pelo seu objeto diferenciado, pela sua diversa estrutura normativa e por serem diversos os problemas enfrentados no que diz com a sua eficácia e efetividade.

Quanto às dificuldades no que tange à eficácia dos direitos da segunda dimensão, Paulo Bonavides (1999, p. 518) assevera que estes direitos:

(...) passaram primeiro por um ciclo de baixa normatividade ou tiveram eficácia duvidosa, em virtude de sua própria natureza de direitos que exigem do Estado determinadas prestações materiais nem sempre resgatáveis por exigüidade, carência ou limitação essencial de meios e recursos.

De fato, ao contrário dos direitos fundamentais de primeira dimensão, os direitos sociais prestacionais apresentavam (e ainda apresentam) grande dificuldade para ter definido o seu nível de eficácia. É o que informa Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 289-290):

Enquanto a eficácia dos direitos de defesa integrados principalmente pelos direitos de liberdade, igualdade, direitos-garantia, garantias institucionais, direitos políticos e posições jurídicas fundamentais em geral, que, preponderantemente, reclamam uma atitude de abstenção dos poderes estatais e dos particulares (como destinatários de direitos), virtualmente não costuma ser questionada, o mesmo não se pode afirmar com relação aos direitos sociais, ao menos não quando considerados na sua dimensão prestacional. Na medida em que os direitos de defesa geralmente – e de forma preponderante – se dirigem a um comportamento omissivo do Estado, que deve se abster de ingerir na esfera da autonomia pessoal ou, de modo geral, no âmbito de proteção do direito fundamental, não se verifica, em regra, a dependência da realização destes direitos à prestações (fáticas ou normativas) do Estado ou dos destinatários da norma. Além disso, a aplicabilidade imediata e a plena eficácia destes direitos fundamentais encontram explicação na circunstância de que as normas que os consagram receberam do Constituinte, em regra, a suficiente normatividade e independem de concretização legislativa, consoante, aliás, já sustentava a clássica concepção das normas auto-executáveis.

Corroborando esse entendimento, Luís Roberto Barroso (1996, p. 105) ressalta que os direitos fundamentais de matriz liberal-burguesa têm a seu favor a própria lei da inércia.

Ressalte-se que, os direitos sociais também são compostos de direitos de dimensão negativa, as denominadas liberdades sociais, que demandam uma abstenção do destinatário da norma constitucional, como são exemplos na Constituição de 1988 os direitos de associação sindical (art. 8º) e de greve (art. 9º), e de dimensão positiva, os direitos sociais prestacionais que exigem do destinatário uma prestação material ou normativa.

Quanto à eficácia daqueles primeiros direitos fundamentais sociais, são perfeitamente aplicáveis os fundamentos utilizados para embasar a eficácia imediata das normas constitucionais que definem os direitos de liberdade de *status* negativo.

Contudo, no que concerne aos direitos sociais prestacionais, são elencados alguns empecilhos para a sua eficácia plena, os quais compõem o que se tem denominado como reserva do possível, como salienta Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 304):

A partir do exposto, há como se sustentar que a assim denominada reserva do possível apresenta pelo menos uma dimensão tríplex, que abrange: a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade.

É fundado nestes argumentos que a doutrina costuma classificar as normas definidoras de direitos sociais prestacionais como programáticas, definindo fins e tarefas, a serem realizadas pelo Estado, que demandam uma posterior atividade administrativa e legislativa para a sua concretização.

Contudo, Paulo Bonavides (1999, p. 543-550) entende que esta classificação não pode mais persistir a partir do advento do Estado social e o conseqüente surgimento da nova hermenêutica, inspirada por uma teoria material de valores, onde o que há é a concretização dos direitos fundamentais insculpidos nas Constituições.

Se durante a ordem liberal-burguesa clássica as Cartas

Políticas destinavam-se à contenção e à organização do Estado, na nova ordem do Estado social, elas destinam-se a prover a sociedade da efetiva liberdade prometida pela antiga ordem e nela nunca atingida por larga parcela de indivíduos.

Surge o pós-positivismo, de raízes marcadamente axiológicas, que elaborou uma metodologia que fez da hermenêutica o capítulo mais importante do novo Direito Constitucional. Nesta, deve-se buscar a máxima efetividade das normas constitucionais, sobretudo as definidoras de direitos fundamentais (inclusive os direitos sociais), tendo como limite os demais direitos fundamentais, daí a importância da utilização do princípio da proporcionalidade.

Dessa forma, “(...) a raiz programática dos direitos fundamentais, tão profunda outrora, principia a fenecer, até ser substituída por outra, de maior eficácia e juridicidade” (BONAVIDES, 1999, p. 548).

No sentido de reconhecer aos direitos sociais prestacionais a possibilidade de fundamentarem diretamente da norma constitucional que as disciplinas, direitos subjetivos aos indivíduos, além do seu, já consensual, caráter jurídico-objetivo, Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 368-369) relata o modelo proposto por Robert Alexy:

Alexy empreendeu a tentativa de harmonizar os argumentos favoráveis e contrários a direitos subjetivos a prestações sociais numa concepção calçada na idéia de ponderação entre princípios. (...) Muito embora o próprio Alexy reconheça que seu modelo não define quais direitos sociais o indivíduo efetivamente possui, demonstrando apenas que pode tê-los, sua concepção estabelece alguns parâmetros genéricos, que permitem o reconhecimento de direitos originários a prestações nas seguintes circunstâncias: a) quando imprescindíveis ao princípio da liberdade fática; b) quando o princípio da separação dos poderes (incluindo a competência orçamentária do legislador), bem como outros princípios materiais

(especialmente concernentes a direitos fundamentais de terceiros) forem atingidos de forma relativamente diminuta.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 apontou, em seu art. 5º, § 1º, norma que explicitamente determina a eficácia imediata dos direitos e garantias fundamentais. Este comando se dirige, sobremaneira, ao Estado (Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário), determinando-lhe concretizar as normas definidoras de direitos fundamentais – inclusive as definidoras de direitos sociais prestacionais -, dando-lhes a maior eficácia possível, num contexto de proporcionalidade com os demais direitos fundamentais, reduzindo, ao máximo, no caso concreto, os efeitos do limite da reserva do possível.

Nesse contexto, partindo de um modelo onde se tem o direito a uma vida digna como valor supremo de uma sociedade, Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 374-375) defende que, no caso concreto, possam advir direitos subjetivos a partir da própria norma constitucional definidora de direitos sociais prestacionais, independente dos fatores da reserva do possível:

Em todas as situações em que o argumento da reserva de competência do Legislativo (assim como o da separação dos poderes e as demais objeções aos direitos sociais a condição de direitos subjetivos a prestações) esbarrar no valor maior da vida e da dignidade da pessoa humana, ou nas hipóteses em que, da análise dos bens constitucionais colidentes (fundamentais, ou não) resultar a prevalência do direito social prestacional, poder-se-á sustentar, na esteira de Alexy e Canotilho, que, na esfera de um padrão mínimo existencial, haverá como reconhecer um direito subjetivo definitivo a prestações.

Sendo possível a aquisição de direitos subjetivos nas situações de risco a uma vida digna, ao menos, em ocasiões onde se esteja abaixo da linha que delimita o mínimo existencial humano, deduz-se que, nessas mesmas circunstâncias, é viável defender a existência de um direito subjetivo a uma oposição à supressão de direitos sociais

prestacionais que já foram concretizados pelo Estado, quando não se façam as necessárias e proporcionais contrapartidas sociais. Sendo defensável a existência de um direito subjetivo, nas mesmas circunstâncias, também deve ser possível evitar a extinção deste mesmo direito.

Trata-se aqui do que se denomina na doutrina de princípio da vedação de retrocesso nos direitos sociais. Este princípio é um dos frutos da nova hermenêutica inserida no bojo do Estado social, a qual busca concretizar ao máximo todos os direitos fundamentais e que foi adotada explicitamente pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (arts. 1º, III, 3º e 5º, § 1º, entre outros).

A definição formal da vedação de retrocesso social apresentada por José Joaquim Gomes Canotilho (2003, p. 340) é a seguinte:

(...) o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas ('lei de segurança social', 'lei do subsídio de desemprego', 'lei do serviço de saúde') deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos compensatórios, se traduzam na prática numa 'anulação', 'revogação' ou 'aniquilação' pura e simples desse núcleo essencial.

Ademais, Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 312-316) informa ser esta apenas uma das cargas eficaciais que, em princípio, e segundo a doutrina majoritária, são comuns a todas as normas definidoras de direitos fundamentais, mesmo as que reclamam a interposição do Poder Legislativo, pois, independentemente da discussão em torno da possibilidade de se reconhecerem direitos subjetivos a prestações com base em normas de cunho eminentemente programático, importa ressaltar que todas as normas de direitos fundamentais são diretamente (imediatamente) aplicáveis na medida de sua eficácia. O elenco das referidas cargas eficaciais das normas definidoras de direitos fundamentais completa-se com as seguintes propriedades:

a) Acarretam a revogação dos atos normativos anteriores e contrários ao conteúdo da norma definidora de direito fundamental (...)

b) Contém imposições que vinculam o legislador, no sentido de que este não apenas está obrigado a concretizar os programas, tarefas, fins e ordens, mas também que o legislador, ao cumprir seu desiderato não pode afastar-se dos parâmetros pré-estabelecidos nas normas definidoras de direitos fundamentais a prestações. (...)

c) Se impõe a declaração de inconstitucionalidade de todos os atos normativos editados na vigência da Constituição, caso colidente com o conteúdo dos direitos fundamentais, isto é, caso contrário ao sentido dos princípios e regras contidos nas regras que os consagram.

d) Os direitos fundamentais prestacionais de cunho programático constituem parâmetro para interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas (demais normas constitucionais e normas

infraconstitucionais), já que contêm princípio, diretrizes e fins que condicionam a atividade dos órgãos estatais e influenciam, neste sentido, toda a ordem jurídica. (...)

e) Os direitos fundamentais a prestações – mesmo os que reclamam uma *interpositio legislatoris* – geram, no mínimo, um direito subjetivo no sentido negativo, já que sempre possibilita ao indivíduo que exija do Estado que este se abstenha de atuar de forma contrária ao conteúdo da norma que consagra o direito fundamental.

Estando caracterizado que os direitos fundamentais sociais possuem eficácia diretamente da Constituição, ao menos em certa medida, no sentido de evitar que o Poder Público restrinja a sua densificação já realizada, cabe verificar outra vertente dessa carga eficaz, qual seja, a de impor ao Poder Executivo que efetive os investimentos previstos na Lei Orçamentária Anual em programas específicos que concretizem direitos fundamentais sociais a prestações.

3. O orçamento impositivo

Como já verificado, a reserva do possível tem sido entendida como o contrapeso à eficácia dos direitos fundamentais sociais. Deve-se ter a compreensão de que essa reserva é composta, basicamente, pela competência do legislador em determinar a locação dos recursos através das leis orçamentárias, assim como pela efetiva disponibilidade (arrecadação) dos recursos ali previstos. Cristina Queiroz (2006, p. 47-48) leciona nessa mesma linha:

Deste modo, e no que reporta ao problema da “execução efectiva” (*effective enforcement*) desses direitos e pretensões no seu conjunto, o legislador detém a primazia na respectiva configuração e concretização, já que a determinação dos meios orçamentais e financeiros requeridos para a sua realização se integra no quadro da respectiva competência, isto é, no domínio da sua “margem de acção estrutural”. Essa margem de acção estrutural confere ao legislador o poder de determinar as “prioridades políticas”. A literatura refere, a este propósito, que o direito se encontra sujeito a um princípio da “reserva do possível” (*Vorbehalt des Möglichen*).

Mas o que deverá entender-se por “reserva do possível”? A dependência desses direitos e pretensões dos “recursos disponíveis”, querendo com isso acentuar a dependência dos direitos fundamentais sociais dos “recursos económicos” existentes e, designadamente, relevar a necessidade de cobertura orçamental e financeira. No mínimo, uma qualificação que se traduz no reconhecimento de que a inexistência de recursos económicos força os poderes públicos a fazer menos do que aquilo que em princípio se encontravam obrigados a fazer. A relativização dos direitos fundamentais sociais ao abrigo da cláusula da “reserva do possível” transformou a discussão em torno desses direitos e pretensões jusfundamentais num problema de determinação da “competência” decisória do legislador político democrático.

Dessa forma, uma vez prevista na Lei Orçamentária a realização de programas específicos que concretizam direitos fundamentais de 2ª dimensão (por exemplo, um programa de alfabetização de adultos ou de construção de casas para os desabrigados de determinada região), após um processo decisório democrático levado a efeito pelos representantes eleitos dos legítimos detentores do poder - o povo -, e configurada a efetiva arrecadação dos recursos direcionados a esses programas, não há mais que se falar em obstáculo à eficácia dos direitos fundamentais e, como corolário, surge uma obrigação com efeito vinculante ao Poder Executivo: a de realizar tais programas em plenitude.

Contudo, tem-se que, atualmente, no Brasil, o orçamento público é entendido como meramente autorizativo, cabendo ao Poder Executivo decidir sobre a sua efetiva execução¹. Essa concepção está em desacordo com os preceitos da Constituição Federal de 1988 que, dentro da nova hermenêutica aplicada no Estado social, busca prover a maior eficácia possível aos direitos fundamentais, inclusive os sociais, culturais e econômicos. As conseqüências dessa concepção têm sido, corriqueiramente, a baixa taxa de realização do orçamento por mera decisão administrativa, em todos os Entes da Federação brasileira.

A própria Lei de Responsabilidade Fiscal, Lei complementar nº 101/2002, já labora no sentido de informar a necessidade de o orçamento público ser impositivo em determinadas circunstâncias, sendo a interpretação constitucionalmente mais adequada do seu artigo 9º, § 2º: “*Não serão objeto de limitação as despesas que constituam obrigações constitucionais e legais do ente, inclusive aquelas destinadas ao pagamento do serviço da dívida, e as ressalvadas pela lei de diretrizes orçamentárias*” (grifo nosso), a que também considera como obrigação constitucional dar a máxima efetividade a cada um dos direitos fundamentais de 2ª dimensão.

¹ Ressalte-se que, apesar dessa sua faculdade do Poder Executivo, não pode haver redirecionamento dos recursos orçamentários sem prévia intervenção legislativa.

O princípio da separação e harmonia entre os Poderes reforça o dever do Poder Executivo de realizar as escolhas do legislador orçamentário. Uma vez determinado pelo legislador a realização de um determinado programa social, a regra geral deve ser a da vinculação da Administração a essa vontade expressa. Ademais, conforme leciona José Joaquim Gomes Canotilho (2003, p. 740-741) ao manifestar-se sobre aspectos do princípio da legalidade, “a **reserva de execução das leis** é sempre uma reserva segundo a *medida das leis* e segundo a *medida da densidade de regulação* das mesmas leis” (grifos no original), ou seja, a discricionariedade administrativa é balizada pela lei, e não o contrário.

Ainda quanto ao princípio da legalidade, há de ressaltar o questionamento de German Bidart Campos (*apud* MENDONÇA, 2008, p. 245) de que: se o direito financeiro engloba tanto a arrecadação quanto o gasto dos recursos públicos, por que somente a tributação está submetida aos parâmetros constitucionais, enquanto a realização dos gastos fica à disposição do alvedrio das decisões da Administração Pública?

Não se quer dizer com isso que é vedada qualquer discricionariedade por parte do Poder Executivo na execução do orçamento. Esta deve existir, até porque, em diversas situações, é a Administração Pública que apresenta maiores condições de escolher a maneira mais eficaz de realizar determinada tarefa. Contudo, a discricionariedade somente pode se dar nas situações em que a Lei Orçamentária assim o permitir. Eduardo Mendonça (2008, p. 257) explica que “dotações específicas impõem condutas específicas, ao passo que dotações programáticas – que instituem objetivos e metas – deixam ao administrador a tarefa de decidir as medidas mais adequadas à realização do programa”. Ressalte-se que, mesmo quando utiliza a discricionariedade, a Administração Pública não pode afastar-se do direcionamento constitucional da efetiva concretização dos direitos fundamentais.

É certo também que podem ocorrer circunstâncias que

justifiquem a não aplicação dos recursos alocados pela Lei Orçamentária, como pode ocorrer, por exemplo, quando a Administração, realizando o preceito da economicidade e da eficiência, consegue realizar as tarefas que lhe são impostas com recursos menores que os inicialmente previstos. Porém, como bem lembra Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 381-382), cabe ao Poder Público o ônus de demonstrar a efetiva indisponibilidade de recursos e o seu não desperdício.

Seguindo o escólio de Juarez de Freitas (2008, *on line*), segundo o qual “é erro manifesto a falta de motivação expressa e consistente dos atos administrativos que afetem direitos dos ‘administrados’, assim como a falta de ouvir suas alegações, antes da tomada de decisões que os prejudiquem ou sacrifiquem demasiadamente”, tem-se que a Administração pública deve sempre motivar seus atos omissivos de não dar concretude ao que lhe impôs a Lei Orçamentária.

Por ocasião do julgamento das Contas de Governo pelo Poder Legislativo, com o parecer prévio do Tribunal de Contas competente, deve ser analisada amiúde a realização dos programas específicos concretizadores de direitos fundamentais definidos nas Leis Orçamentárias. Respeitando o direito ao contraditório e à ampla defesa do administrador público, uma vez constado o flagrante desrespeito, sem justificativa razoável, ao que impôs o legislador orçamentário, cabe o julgamento irregular das referidas contas, por violação a norma constitucional definidora de direitos fundamentais.

Há de se salientar que o julgamento pelo Poder Legislativo não elide a possibilidade do controle judicial sobre a não realização efetiva do orçamento público, por meio de ação civil pública, ou mesmo de ação popular, pois, como bem explicita Eduardo Mendonça (2008, p. 247), “não por acaso, autores como Ricardo Lobo Torres ressaltam a importância de se fortalecer uma *cultura orçamentária*, que nada mais é do que a percepção de que a cidadania fiscal não se esgota no dever de pagar tributos” (grifos do original).

4. Conclusão

Os direitos fundamentais apresentam diversos níveis de eficácia jurídica.

Quanto aos direitos fundamentais de 2ª dimensão (sociais, culturais e econômicos), sobretudo os prestacionais, a doutrina vem firmando o posicionamento de que, após o advento do Estado social, uma nova hermenêutica jurídica se consolidou, a qual busca prover a maior eficácia a esses direitos fundamentais. Dessa forma, já são reconhecidas diversas cargas eficazes, objetivas e mesmo subjetivas, aos direitos fundamentais sociais.

Assim, verifica-se que a Lei Orçamentária, ao definir programas específicos que concretizam direitos fundamentais de 2ª dimensão, vincula, regra geral, a Administração Pública, devendo ter-se como constitucionalmente correto falar, nesse sentido, em orçamento impositivo no Brasil após o advento da Constituição Federal de 1988, cabendo ao Poder Legislativo, aos Tribunais de Contas, ao Poder Judiciário e ao cidadão o efetivo controle da referida atividade vinculada do Poder Executivo.

Referências

BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, Senado, 1988.

_____. Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000. Lei de Responsabilidade Fiscal. **Vade Mecum acadêmico de direito**. 5. ed. São Paulo: Rideel, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

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

FREITAS, Juarez. Direito fundamental à boa administração pública e o Direito Administrativo brasileiro do século XXI. **Direito Administrativo em Debate**. Rio de Janeiro, setembro, 2008. Disponível em: <<http://direitoadministrativoemdebate.wordpress.com>>. Acesso em 05 set 2008.

MENDONÇA, Eduardo. Da faculdade de gastar ao dever de agir: o esvaziamento contramajoritário de políticas públicas. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

QUEIROZ, Cristina. **O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº 1, 2001. Disponível em: <<http://www.direito publico.com.br>>. Acesso em: 20 set. 2008.

A utilização da ADPF como meio de declaração de inconstitucionalidade de ato normativo municipal ante a Constituição Federal

Carla Pimenta Leite

Professora de Direito Administrativo e Direito Processual Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR).

Resumo: Apresenta-se uma síntese sobre a origem dos Municípios, e a problemática referente à competência para decidir sobre o controle da constitucionalidade de lei municipal, caso haja divergência frente às determinações da Constituição do Estado ou da Constituição Federal, e ainda, à possibilidade jurídica da solução dada pelo legislador, através da utilização da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental- ADPF, como solução para a falta de previsão constitucional de controle concentrado de lei municipal pelo STF, em virtude da elaboração do texto do artigo 102, I, “a” da Carta Magna.

Palavras-chave: STF, Adin, Município, ADPF.

Introdução

A pesquisa analisou a legislação constitucional referente ao controle de constitucionalidade de normas, de competência do Supremo Tribunal Federal, constatando a exclusão das normas municipais diante dos limites impostos pelo art. 102, I, “a” da Carta Magna, e a criação da ADPF - Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, regulamentada pela Lei 9.882/99, que tem sido utilizada para suprir a referida falha do legislador originário. Avalia-se se há possibilidade de utilização da referida ação como meio de suprir a necessidade em solucionar divergências entre ato normativo municipal e norma constitucional, através do controle concentrado.

1. Origem do município

Até 1822, o Município funcionava como meio para penetração do território da colônia brasileira, servindo como afirmação da Coroa portuguesa, em virtude do vasto território da colônia com baixa densidade demográfica.

Aqui encontravam-se fazendas de produção agropecuária e plantações de cana-de-açúcar e de café, que se constituíam em centros de vida diária de um povo simples que se fixava nestes lugares¹.

Nesse contexto, o Município representava uma congregação de pequenas sociedades, com um centro comercial, a Câmara, que era a sede do Governo municipal. Assim, ao contrário do que ocorreu na Europa, a base do Município brasileiro não foi a cidade, mas a propriedade rural, surgindo o sistema social das fazendas caracterizado por estruturas feudais autoritárias bem diferentes da vida política e social dos Municípios europeus. A importância dos centros de poder municipal foi reconhecida pelo Imperador D. Pedro I, que concedeu às Câmaras Municipais o poder de aprovar o texto da Carta Magna de 1824, com o intuito de dar-lhe maior legitimidade política.

Até os anos 30 do século XX, o municipalismo brasileiro representava uma briga pelo poder entre as oligarquias do centro e das diferentes regiões do país. Na elaboração da Constituição de 1934, faltava efetivação prática da autonomia municipal por parte dos estados, e ocorriam divergências sobre as medidas jurídicas que se faziam necessárias para fomentar a independência das entidades locais.²

Na Constituição Federal de 1967, foi rejeitada a proposta de

¹ BRASILEIRO, Ana Maria. **O município como sistema político**. Rio de Janeiro: GB, 1973, p.04.

² ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. **Controle de constitucionalidade das leis municipais**. São Paulo: Atlas, 2002.

qualificar os Municípios como meras subdivisões dos Estados Federados, por contrariar o desenvolvimento constitucional, característico da autonomia municipal no Brasil. Até que o artigo 18 da Constituição Federal de 1988, pela primeira vez, elevou oficialmente o Município a ente da União, apesar da Carta Magna estabelecer um grande ônus econômico com novas tarefas para os Municípios sem garantir-lhes as respectivas receitas, ficando na dependência do repasse dos demais entes.

Além desse fato, José Afonso da Silva, lembra que, sendo sua intervenção uma competência estatal, restaria comprovada serem estes uma divisão político-administrativa dos Estados e não da União.³

2. Controle de constitucionalidade brasileiro

A Emenda Constitucional nº 3/93 criou a ação declaratória de constitucionalidade, cuja decisão é proferida pelo Supremo Tribunal Federal, mas não é passível de aplicação ao campo da jurisdição municipal, em virtude da falta de previsão constitucional.

2.1 Controle da constitucionalidade de lei municipal frente a Constituição do Estado

As normas da Constituição Estadual podem refletir uma repetição de dispositivos constitucionais federais decorrentes da imposição de preceitos obrigatórios ou facultativos, ou seja, normas da Carta Magna também conhecidas como “norma de imitação”, e traduzem a adesão voluntária do constituinte estadual a determinada disposição constitucional.

Dessa forma a questão da divergência entre lei municipal e a Constituição Estadual deverá ser analisada sob duas óticas: a primeira, em virtude da competência dos tribunais estaduais e do STF para julgar as decisões proferidas no controle difuso e no

³ SILVA, José Afonso da, op. cit., 2003, p.473.

controle concentrado; e a segunda deverá conter como pressuposto a verificação se a norma estadual é de reprodução facultativa ou obrigatória de dispositivo da Constituição Federal.

Em relação as normas de reprodução obrigatória, embora a Súmula 280 do STF diga o contrário, a jurisprudência decidiu⁴ que se admita recurso extraordinário contra decisão que julgue lei ou ato municipal contestado diante a Constituição Estadual.

No confronto entre ato municipal e norma estadual de reprodução facultativa, o embate resolve-se em caráter definitivo no Tribunal de Justiça, quer pelo meio difuso, quer pelo meio concentrado, não se admitindo recurso extraordinário, o que pode ocorrer o inconveniente de existirem decisões estaduais cuja interpretação comporte excessiva variedade entre os estados da Federação.

Há que se considerar, ainda, a possibilidade de confronto entre ato municipal e a CF sem ofensa à Constituição Estadual, no qual o processo de controle difuso, pela via de exceção, se resolve em última instância no STF, através do Recurso Extraordinário.

2.2 Controle de constitucionalidade de lei municipal ante a Constituição Federal

No controle de constitucionalidade por meio difuso quando houver divergência entre lei municipal e a Constituição Federal, as decisões dos tribunais inferiores poderão ser revistas pelo Supremo Tribunal Federal, através de recurso extraordinário, de acordo com o art. 102, inciso III, alínea “c” da CF.

Entretanto, o controle concentrado de constitucionalidade de lei municipal diante da Carta Magna não será de competência do

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão proferida pelo Tribunal Pleno do STF, na Reclamação n. 2076, tendo como Relator, o Ministro Ilmar Galvão, Julgamento: 03/10/2002 Publicação em 08-11-2002, **Diário de Justiça**, v. 02090-03, p.00433. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 16 jul. 2006.

STF, segundo o art. 102, I, “a” da CF/88, uma vez que somente opera efeito sobre lei ou ato normativo federal ou estadual.

Art. 102 [...]

Processar e julgar, originariamente:

A ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (grifou-se).

Para Regina Nery Ferrari, a argüição de inconstitucionalidade de atos normativos municipais em face de Constituição Federal só é admissível no controle difuso, pela via de defesa ou exceção, de competência dos Estados, por causa da omissão da lei quanto ao controle concentrado. A autora considera uma falha no silêncio do constituinte federal no que se refere à limitação desta competência.⁵

Em virtude da dificuldade imposta pela falta de legislação, surge a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF, prevista no artigo 102, § 1º, da Constituição Federal, que se constitui uma nova atribuição do Supremo Tribunal Federal, cuja decisão tem efeito vinculante, e veio a ser regulamentada pela Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, considerada como a ação própria para resolver questões como a que aqui se apresenta.

A sua utilização torna possível suspender liminarmente andamento dos processos judiciais ou administrativas em curso, ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da ADPF, salvo se decorrentes de coisa julgada, por decisão da maioria absoluta dos membros do STF⁶, uma vez que as mesmas devem acatar a sentença geral e vinculante da Corte Suprema proferida no fim do processo.

Entretanto, importa ressaltar que tal pensamento não é

⁵ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery, op. cit., 1994, p.74.

⁶ Art. 5º da Lei 9.882/99.

unânime, e parte da doutrina⁷ não concebe que o legislador comum, a pretexto de regulamentar norma da CF/88, amplie o significado de preceito fundamental, para albergar as controvérsias entre leis e preceptivos constitucionais, considerando como inconstitucional o dispositivo que amplia a competência do STF.

3. Ambigüidade do objeto

O objeto da ADPF resume-se ao descumprimento, desrespeito ou inobservância dos preceitos fundamentais, não havendo possibilidade de atacar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de normas por este instituto, ficando o ajuizamento da ADPF limitado a que o interessado deva demonstrar o prévio exaurimento de todas as vias processuais buscando a solução da demanda, além de comprovar que tais vias são incapazes, insuficientes ou ainda ineficazes para sanar a controvérsia constitucional, conforme decisões do STF na ADPF 3-QO/CE, tendo como Relator o Ministro Sydney Sanches, e na ADPF 17-AgRg/AP, tendo como Relator o Ministro Celso de Mello.

Inobstante a doutrina classificar como fundamentais os preceitos que informam o sistema constitucional e que servem para estabelecer comandos basilares e imprescindíveis à defesa dos pilares da manifestação do constituinte originário, a classificação do que pode ser considerado como preceito fundamental será de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, segundo a ADPF 01, que teve como Relator o Ministro Néri da Silveira, na qual ficou decidido que

⁷ *A favor da constitucionalidade* do art. 1º da Lei 9.882/99: Uadi Lammêgo Bulos (**Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p 240) *Posicionamento contrário*: Alexandre de Moraes (*Comentários à Lei 9.882/99 – Arguição de descumprimento de preceito fundamental*. In: **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à luz da lei n. 9.882/99**. Org.: André Ramos Tavares e Walter Claudius Rothenburg. São Paulo: Atlas, 2003, p. 21.); André Ramos Tavares (*Arguição de descumprimento de preceito fundamental: aspectos essenciais do instituto na Constituição e na lei*. In: **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à luz da lei n. 9.882/99**. Org.: André Ramos Tavares e Walter Claudius Rothenburg. São Paulo: Atlas, 2003, p. 64)

(...) 2. Compete ao Supremo Tribunal Federal o juízo acerca do que se há de compreender, no sistema constitucional brasileiro, como preceito fundamental. 3. Cabimento da argüição de descumprimento de preceito fundamental. Necessidade de o requerente apontar a lesão ou ameaça de ofensa a preceito fundamental, e este, efetivamente, ser reconhecido como tal, pelo Supremo Tribunal Federal. 4. Argüição de descumprimento de preceito fundamental como instrumento de defesa da Constituição, em controle concentrado. 5. Argüição de descumprimento de preceito fundamental: distinção da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade. 6. O objeto da argüição de descumprimento de preceito fundamental há de ser "ato do Poder Público" federal, estadual, distrital ou municipal, normativo ou não, sendo, também, cabível a medida judicial "quando for relevante o fundamento da controvérsia sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição." ⁸ (grifou-se)

Como pode ser verificado na decisão supra mencionada, a Argüição de descumprimento de preceito fundamental é uma ação distinta da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de cons-titucionalidade, embora já tenha sido recebida como ação direta de inconstitucionalidade genérica, pelo seu caráter de ambigüidade, na ADPF 72-QO/PA, tendo como Relatora a Ministra Ellen Gracie. ⁹

4. Legitimidade para propor a ação da ADPF

O art. 2º, inciso I da Lei 9.882/99 trata da titularidade para ingresso com a ação de argüição, mantendo a regra tradicional da

⁸ Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>> Acesso: 10/07/2008.

⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso: 02 jul. 2008.

Constituição que afasta a legitimidade do Município, conferindo poderes somente aos legitimados para ingressarem com a ação direta de constitucionalidade e ação direta de inconstitucionalidade (art. 103/CF), ficando mantida as mesmas restrições de legitimidade plena e universal, quando se tratar do Governador de Estado, Assembléia Legislativa, confederação sindical e entidade de classe de âmbito nacional, aos quais mister se faz a comprovação do interesse de agir.

O Presidente da República vetou a previsão legal que contemplava a possibilidade de propositura da ADPF por qualquer pessoa lesada ou ameaçada pelo Poder Público. O veto foi dado sob o argumento de haver incompatibilidade do controle concentrado com o acesso individual e irrestrito, o que poderia comprometer a capacidade funcional do Supremo Tribunal Federal, em virtude do grande número de processos que poderiam advir da permissão concedida por este dispositivo. Assim, a Mensagem n.º. 1.807, de 03/12/1999 enviada pela Presidência da República alegou as seguintes razões de veto ao inciso II, art. 2º da Lei 9.882/99:

A disposição insere um mecanismo de acesso direto, irrestrito e individual ao Supremo Tribunal Federal sob a alegação de descumprimento de preceito fundamental por "qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público". **A admissão de um acesso individual e irrestrito é incompatível com o controle concentrado de legitimidade dos atos estatais** – modalidade em que se insere o instituto regulado pelo projeto de lei sob exame. **A inexistência de qualquer requisito específico a ser ostentado pelo proponente da arguição e a generalidade do objeto da impugnação fazem presumir a elevação excessiva do número de feitos a reclamar apreciação pelo Supremo Tribunal Federal**, sem a correlata exigência de relevância social e consistência jurídica das arguições propostas. **Dúvida não há de que a viabilidade funcional do Supremo Tribunal Federal consubstancia um objetivo ou princípio implícito da ordem constitucional**, para cuja máxima eficácia devem zelar os demais poderes e as normas infraconstitucionais. De resto, o amplo rol

de entes legitimados para a promoção do controle abstrato de normas inscrito no art. 103 da Constituição Federal assegura a veiculação e a seleção qualificada das questões constitucionais de maior relevância e consistência, atuando como verdadeiros agentes de representação social e de assistência à cidadania. Cabe igualmente ao Procurador-Geral da República, em sua função precípua de Advogado da Constituição, a formalização das questões constitucionais carentes de decisão e socialmente relevantes. Afigura-se correto supor, portanto, que a existência de uma pluralidade de entes social e juridicamente legitimados para a promoção de controle de constitucionalidade – sem prejuízo do acesso individual ao controle difuso – torna desnecessário e pouco eficiente admitir-se o excesso de feitos a processar e julgar certamente decorrentes de um acesso irrestrito e individual ao Supremo Tribunal Federal. Na medida em que se multiplicam os feitos a examinar sem que se assegure sua relevância e transcendência social, o comprometimento adicional da capacidade funcional do Supremo Tribunal Federal constitui inequívoca ofensa ao interesse público. Impõe-se, portanto, seja vetada a disposição em comento.¹¹ (grifou-se)

Mas a lei não afastou completamente o direito dos interessados em pleitear a proteção jurisdicional pela ADPF, pois facultou ao interessado, mediante representação, solicitar a propositura de arguição ao Procurador-Geral da República, que, examinando os fundamentos jurídicos do pedido, decide do cabimento do seu ingresso em juízo.

Além disso, os interessados que não possuem legitimidade constitucional, mas necessitam arguir questões relevantes na ADPF podem se utilizar do art. 6º, § 1º da Lei 9.882/99, da figura conhecida como “amigo da corte”, ou *amicus curiae*, que comparece ao processo manifestando-se sobre o tema de seu interesse, e que foi criado pela Lei 9.868, de 10/11/1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

5. Classificação da ADPF

A Lei 9.882/99 consagrou quatro espécies de argüição, quais sejam, a preventiva, a repressiva, a autônoma e a incidental, também conhecida como abstrata, paralela, por equivalência, equiparação ou derivação.

A argüição preventiva visa EVITAR lesões a princípios, direitos ou garantias fundamentais que estejam previstas na Constituição Federal, tutelando as liberdades públicas que estão na iminência de sofrer qualquer tipo de lesão ou ameaça de lesão. Já a argüição repressiva, visa REPARAR lesões já concretizadas, não há que se mensurar na iminência ou ameaça, uma vez que serve para reprimir ou fazer cessar a conduta omissiva ou comissiva de qualquer dos Poderes Públicos, no exercício de suas atribuições, que tenham como consequência por em risco os preceitos fundamentais.

O *caput* do art. 1º da Lei 9.882/99 é conseqüente do art. 102, § 1º da Carta Magna e estabelece que a argüição autônoma deve ser proposta objetivando evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, pela jurisdição concentrada do Supremo, que seja resultante de ato do Poder Público (legislativo, administrativo ou judicial). Evidentemente que só poderá ser utilizada quando inexistir outro meio eficaz para sanar a lesividade do ato.

Neste caso o parâmetro de controle é mais restrito, se comparado com os demais mecanismos da via abstrata já que não se dirige a qualquer norma constitucional; por outro lado, seu objeto é mais amplo, já que não se restringe aos atos normativos. Os atos que decorrem dos órgãos estatais, ou seja, atos legislativos, administrativos ou judiciais, não se confundem com atos políticos.

O parágrafo único, I do art. 1º da Lei 9.882/99 ¹⁰ determina

¹⁰ Art. 1º A argüição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público. Parágrafo único. Caberá também argüição de descumprimento de preceito fundamental: **I - quando**

que só caberá a ADPF quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição. Neste caso, especificamente o ato há que ser normativo, ao contrário do que ocorre na arguição autônoma, que não se estende aos atos do Poder Público.

5.1 Norma revogada pela Constituição Federal

Além do fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, o art. 1º, parágrafo único, parte final do inciso II, inclui os atos anteriores à Constituição Federal como sendo objeto de questionamento na ação de descumprimento de preceito fundamental. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é antiga no sentido de que não cabe ação direta de inconstitucionalidade cujo objeto seja direito pré-constitucional, alegando que a questão envolvida é de simples revogação, e não de inconstitucionalidade superveniente.

A discussão sobre a compatibilidade entre a nova Constituição e as normas infraconstitucionais deve ser solucionada pelas regras de direito intertemporal, já havendo entendimento pelo STF que a questão deve ser resolvida pelo fenômeno da recepção, conforme decisão no Recurso Extraordinário RE-AgR 353508 que teve como Relator o Ministro Celso de Mello, em julgamento datado de 15/05/2007, pela Segunda Turma, no qual esclarece que

(...) Revela-se inaplicável, no entanto, a teoria da limitação temporal dos efeitos, se e quando o Supremo Tribunal Federal, ao julgar determinada causa, nesta formular juízo negativo de recepção, por entender que certa lei pré-constitucional mostra-se materialmente incompatível com normas constitucionais a ela supervenientes. - **A não-recepção de ato estatal pré-constitucional, por não**

for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.

implicar a declaração de sua inconstitucionalidade - mas o reconhecimento de sua pura e simples revogação (RTJ 143/355 - RTJ 145/339) -, descaracteriza um dos pressupostos indispensáveis à utilização da técnica da modulação temporal, que supõe, para incidir, dentre outros elementos, a necessária existência de um juízo de inconstitucionalidade. - Inaplicabilidade, ao caso em exame, da técnica da modulação dos efeitos, por tratar-se de diploma legislativo, que, editado em 1984, não foi recepcionado, no ponto concernente à norma questionada, pelo vigente ordenamento constitucional.¹¹ (grifou-se)

A revogação e a inconstitucionalidade superveniente causam o mesmo efeito que é a cessação da vigência da norma, entretanto a norma revogada não poderá ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade, diferente da norma inconstitucional superveniente.

Além disso, a revogação entra no plano da vigência, assim considerada como o período desde o início de sua obrigatoriedade até sua revogação, ao passo que a inconstitucionalidade superveniente encontra-se no plano da validade, assim considerada em virtude de elaboração conforme o procedimento estabelecido no sistema jurídico. Não se pode deixar de considerar que

O fenômeno da recepção submetido ao controle concentrado por meio de um juízo de inconstitucionalidade superveniente produz mais segurança jurídica, evitando dúvidas ou contradições acerca da validade da norma, pois mesmo sendo inválida, se não houve a declaração, continua operando efeitos no sistema jurídico.¹²

Por sua vez, o art. 11 da mesma Lei preceitua que o STF, ao

¹¹ Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>. Acesso: 23/07/2008.

¹² SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. Direito processual constitucional de acordo com a reforma do judiciário. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 269.

declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá por maioria restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado, o que demonstra a necessidade de cuidado ao decidir o Supremo Tribunal Federal em sede de ADPF, cuja ponderação do alcance de sua decisão se faz necessária a fim de evitar consequências demasiadamente gravosas da declaração.

Dessa forma, com a edição da lei, permitiu-se ao Supremo Tribunal Federal manipular os efeitos da decisão da ADPF, seja em relação à sua amplitude, seja também em relação aos efeitos temporais, desde que estejam presentes dois requisitos: o formal e material. Pelo requisito formal, a lei exige que o STF decida sobre a alteração dos efeitos por maioria de dois terços dos membros do Tribunal, enquanto, pelo requisito material é exigida a presença de razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social.¹³

6. Inconstitucionalidade da Lei 9.882/99

Ressalte-se que o texto constitucional em seu art. 102, *caput*, é taxativo quando determina que a arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente da Carta Magna, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei, não havendo autorização constitucional para uma ampliação das competências do Supremo Tribunal Federal, e, portanto,

Controvérsias entre leis e atos normativos e normas constitucionais, relevantes que sejam, não são hipóteses idênticas ao descumprimento pelo poder público de um preceito fundamental e devem ser resolvidas em sede de controle de constitucionalidade, tanto difuso quanto concentrado.

O legislador ordinário utilizou-se de manobra para ampliar, irregularmente, as competências constitu-

¹³ MORAES, Alexandre de. op. cit, 2003, p. 35.

cionais do Supremo Tribunal Federal que, conforme jurisprudência e doutrina pacíficas, somente podem ser fixadas pelo texto magno. Manobra essa eivada de flagrante inconstitucionalidade, pois deveria ser precedida de emenda à Constituição.¹⁴

Logo, ao ampliar a possibilidade de arguição de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo fora das hipóteses cabíveis no controle concentrado, na qual o STF já havia decidido que lhe faltava competência para essa análise dessa matéria, por ausência de previsão constitucional, não se pode admitir que o legislador ordinário amplie essa competência através de manobra terminológica, sem alterar o art. 102, I, “a” da Carta Magna.

No caso de decisões em ADPF que tenham como objeto a falta de regulamentação, o Supremo pode incorrer no mesmo vazio em que se transformou a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Assim, cumpre ponderar que a decisão proferida na ADPF que tem como objeto a regulamentação de normas não surtirá efeito, uma vez que proferida em relação a outro poder, pouco podendo fazer a Corte Suprema, em virtude de não lhe ser possível atuar como legislador positivo, e, mesmo interpretando a Lei 9.882/99, restaria à Corte Excelsa tão somente solicitar ao Poder Legislativo a elaboração de lei.

Além disso, o caráter de ambigüidade da ADPF, que pode ser utilizada como técnica concentrada e difusa de defesa da supremacia constitucional, dá ao mecanismo notória ambivalência, vez que ora se apresenta como ação autônoma, ora como providência incidental no curso de processo litigioso já instaurado.

Embora reconhecendo que o parágrafo único do art. 1º da Lei 9.882/99 possui uma formulação genérica, o Ministro Néri

¹⁴ Ibid., 2003, p. 21.

Silveira concorda que a Lei modifica o texto constitucional, e não poderia ser criado novo direito neste sentido pelo legislador ordinário, mas tão somente por uma emenda constitucional.¹⁵

A referida Lei possui vários de seus aspectos questionados no âmbito do STF através da ação direta de inconstitucionalidade n.º 2231/DF proposta pelo Conselho Federal da OAB, que impugna a íntegra do referido diploma legal, e em especial o parágrafo único do art. 1.º, o §3.º do art. 5.º, o art. 10, *caput* e seu §3.º e o art. 11, havendo, inclusive, o então Relator, Min. Néri da Silveira, deferido liminarmente e em parte, com efeito *ex nunc*, o inciso I do parágrafo único do art. 1º da Lei 9.882/99, excluindo de sua aplicação, controvérsia constitucional ajuizada, suspendendo ainda e com o mesmo efeito o § 3º do art. 5º da mesma lei, até o final do julgamento da referida ADIN, cujo julgamento está suspenso, encontrando-se o processo concluso ao Ministro Relator desde 02/08/2004.¹⁶

Segundo a OAB, o parágrafo único do art. 1.º aumenta a competência taxativa do art. 102 da Constituição, que só poderia ocorrer através de emenda, além de questionar que o referido artigo, ao mencionar lei ou ato normativo, estaria criando novo sistema de controle concentrado de legitimidade dos atos estatais. Alega ainda que o Poder Judiciário só pode atuar como legislador negativo perante norma constitucional expressa que lhe defira esta prerrogativa.

Dessa forma, considera a concentração imprópria de poderes no STF através do § 3º do art. 5º da Lei, quando permite que a Corte Suprema suspenda o andamento de processos, ferindo o devido processo legal e o princípio do juiz natural, além de conceder às decisões proferidas em ADPF, através do seu art. 10, o caráter de

¹⁵ STF, Adin 2.231-MC/DF, Relator Ministro Néri da Silveira, decisão de 05/12/2001, Informativo do STF n. 523, Brasília, 03 a 7-12-2001.

¹⁶ Segundo o acompanhamento processual do STF. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>. Acesso em 23/08/2008.

comando geral, de ordem a todos, sejam partes ou não da lide, o que quebra o equilíbrio dos Poderes, de acordo com o art. 2º da carta Magna.

Por fim, considera que o art. 11 da Lei 9.882/99 fere o Estado Democrático de Direito e o princípio da legalidade, uma vez que permite a declaração de inconstitucionalidade de atos ou leis, por tempo determinado, o que desrespeita posição doutrinária de que a lei declarada inconstitucional deve se considerada nula.

Muitas decisões em ação de argüição ainda aguardam a decisão a ser proferida na ADIN 2.231 acima exposta, e o Supremo tribunal Federal tem se posicionado, nas decisões que tem proferido, de maneira cautelosa tanto nos efeitos das decisões, quanto nas alegações jurídicas de aceitação dos interessados (*amicus curiae*), assegurando da maneira mais coerente com os preceitos de justiça e menos com preceitos políticos a aplicação da ação em questão, conforme será analisado a seguir.

7. Conclusão

Percebe-se que a maior dificuldade interposta ao Supremo pela ADPF é a falta de normatização clara e específica sobre a competência para o STF definir como, quando e em que situações a Argüição de Preceito Fundamental poderá ser aceita.

Com efeito, de norma geral, a Lei 9.882/99 concede à Corte Constitucional excessiva competência além do que foi outorgado pela Constituição, uma vez que (I) condiciona toda a aplicação da ADPF ao critério de interpretação em cada caso sujeito à apreciação do Poder Judiciário, sem nenhuma limitação; (II) amplia o objeto da ação, uma vez que a Carta Magna, em seu art. 102, I, a, não define a competência do Supremo para decidir sobre divergência de lei municipal frente a Constituição Federal, pelo controle concentrado em ação de inconstitucionalidade ou em qualquer tipo e ação equivalente.

Assim, ainda que o Supremo Tribunal Federal receba a ADPF como ação de inconstitucionalidade genérica, a Carta Magna não autoriza a apreciação da matéria de lei ou ato normativo Municipal. Portanto, tal modificação não poderá ser introduzida no ordenamento através de uma lei ordinária, mas tão somente por uma Emenda Constitucional.

A utilização da ADPF, cuja decisão tem efeito vinculante¹⁷ e *erga omnes*¹⁸, pressupõe sua aplicação de acordo unicamente com o pensamento da Corte, visando suprir a falha do legislador originário aumentando, assim, os poderes do Poder Judiciário e trazendo à tona a discussão sobre o equilíbrio dos Poderes e a utilização do Poder Judiciário como meio de efetivação de normas não obedecidas ou não efetivadas pelos demais poderes, em virtude de omissões com interesses essencialmente políticos, o que sai do âmbito de atuação judicial e que pode transformar o Estado em uma judicocracia” ou um “governo de juízes”, uma vez que elege o Poder Judiciário como uma terceira câmara.

A lei criada pelo Poder Legislativo pode necessitar de um acabamento final, que é realizado em última instância pelo Judiciário, e isso cria na sociedade civil a expectativa da existência de um retrato ideal sobre aqueles que têm competência para julgar, e neste ideal de justiça, formulado por uma sociedade que se sente abandonada pela política, o Judiciário funciona como a instituição de acesso mais fácil, servindo de substituto do Estado.

No entanto não se pode afirmar, a rigor, que esse papel político tomado pelo Poder Judiciário desagrade de maneira completa aos demais Poderes, porque o papel exercido ao arbitrar a legalidade e a aplicação das leis que os outros poderes criam, retiram-lhes a responsabilidade de ter de tomar decisões que são necessárias aos seus interesses, especialmente nos casos sujeitos à controvérsia, que podem trazer conseqüências negativas ao Governo dentro dos partidos

¹⁷ Obrigando a toda a administração pública direta e indireta.

¹⁸ De caráter geral para todos os administrados.

ou para eleições futuras¹⁹.

O problema pertinente a esta legislação elaborada através de decisões judiciais é a de que também sobre o Judiciário pairam as incertezas jurídicas e institucionais que a sociedade nutre pelo Legislativo e pelo Executivo, o que não a torna perfeita, daí a necessidade de controle legal mais pertinente às matérias sujeitas à revisão jurisdicional.

Como se percebe, o problema da representação do Município nas ações de controle concentrado, conforme omissão apontada no art. 102, I, “a”, da Carta Magna, não foi solucionado pela ADPF, nem pela Lei nº 9.882/99 que a regulamenta, que, ao contrário não esclarece a aplicação prática do instituto judicial, em virtude da indeterminação de seus conceitos, que dependem da interpretação da Corte em cada caso a ser considerado, o que deixa uma margem discricionária de extrema relevância para o Poder Judiciário, além de ampliar o conceito do artigo constitucional, passível de modificação apenas por emenda constitucional.

Bibliografia

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Controle de constitucionalidade das leis municipais**. São Paulo: Saraiva, 1994.

¹⁹ Como ocorreu na decisão do STF que tornou legal o confisco da poupança autorizado pela Sra. Zélia Cardoso, Ministra da Fazenda do Governo do Presidente Collor e na decisão que autorizou a continuidade do desconto da contribuição para o INSS, mesmo depois da aposentadoria concedida aos pensionistas da União.

MORAES, Alexandre de. Comentários à Lei 9.882/99 – Arguição de descumprimento de preceito fundamental. In: **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à luz da lei n. 9.882/99**. Org.: André Ramos Tavares e Walter Claudius Rothenburg. São Paulo: Atlas, 2003

ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. **Controle de constitucionalidade das leis municipais**. São Paulo: Atlas, 2002.

SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. **Direito processual constitucional de acordo com a reforma do judiciário**. São Paulo: Saraiva, 2006

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Saraiva, 2003.

TAVARES, André Ramos. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: aspectos essenciais do instituto na Constituição e na lei. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). **Arguição de descumprimento de preceito fundamental: Análises à luz da lei n. 9.882/99**. São Paulo: Atlas, 2003, p.38 - 84.

TORRES, João Camilo de Oliveira. **A democracia coroadada** – Teoria política do Império do Brasil. Petrópolis: Vozes, 1964.

VIANNA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Reva, 1999.

VILLA, Machado. **O Município no regime constitucional vigente**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

Teoria do órgão e jurisdição administrativa no contexto constitucional alemão do século XIX

Paulo Sávio Peixoto Maia

Mestre em Direito, Estado e Constituição
pela Universidade de Brasília (UnB).

Professor de Direito Constitucional e de Direito
Administrativo na Universidade de Fortaleza (UNIFOR).

Resumo: A partir da segunda metade do século XIX, a publicística alemã foi imersa em um profundo formalismo, que tinha como principal efeito neutralizar as pretensões liberais do constitucionalismo moderno. As entrelinhas da teoria do órgão são bem reveladoras dessas tensões. Mais que um meio de apenas “despatrimonializar” a Coroa, a teoria do órgão – seja em sua leitura mais normativista, com Paul Laband, seja na versão do organicismo jurídico, de Otto Bähr e Otto von Gierke – pode ser compreendida como um mecanismo de esvaziamento da pauta constitucional dos liberais, mormente por causa de um dos desenvolvimentos institucionais mais ontologicamente ligados à teoria do órgão: a jurisdição administrativa.

Mostra-se possível afirmar, sem nenhum exagero, que a história constitucional alemã da primeira metade do século XIX se resume à luta entre os partidários do princípio monárquico (*das monarchisches Prinzip*) e os sustentadores do *Rechtsstaat*, o Estado de Direito¹. Com o fracasso da Revolução de 1848, as monarquias alemãs, capitaneadas pelo exemplo da Prússia, levaram a efeito a assim-chamada Restauração. A tentativa de fazer com que o Estado fosse limitado pelo Direito, ou seja, que o Direito se portasse como normas efetivamente deontológicas, moldando a ação do Estado, não obteve sucesso. A vitória da Restauração, improvavelmente, causou uma curiosa neutralização do conceito *Rechtsstaat*, que é testemunhada por Friedrich Julius Stahl no § 36 da terceira edição,

¹ Para uma análise do conflito entre essas duas posições, Cf. MAIA, Paulo Sávio Peixoto. “Estado ou cidadão? *Rechtsstaat* como conceito de síntese do constitucionalismo alemão do século XIX”. In: HOLANDA, Ana Paula de Araújo (org.). *Direitos fundamentais: histórico e contemporaneidade*. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2009 (no prelo).

de 1856, de sua *Die Philosophie des Rechts*:

O Estado tem que ser um Estado de Direito; essa é a solução e é também, na realidade, a tendência da época atual. Este Estado de direito deve determinar com precisão, na forma do direito (*in der Weise des Rechts*), tanto a direção e limites de sua própria ação como o âmbito de liberdade de seus cidadãos, e deve assegurá-los de modo inquebrantável. Ele não tem que realizar a perseguição das idéias éticas pelos meios da autoridade estatal (*von Staatswegen*), ou seja diretamente, além da esfera do direito, isto é, além dos limites estritamente necessários (*bis zur notwendigsten Umzäunung*). Esse é o conceito de Estado de direito: não significa simplesmente, por exemplo, nem que o Estado possa dispor do ordenamento jurídico sem objetivos administrativos, nem que tenha que proteger por inteiro os direitos dos indivíduos. O Estado de Direito não se caracteriza, absolutamente, pela finalidade ou pelo conteúdo do Estado, mas somente ao modo e à maneira (*Art und Charakter*) de realizá-los².

Pondo a questão em tais termos, foi possível a Stahl retirar do conceito de *Rechtsstaat* a sua pretensão de fundar uma ordem política que tenha o indivíduo como ponto de partida. A um só golpe tal autor consegue, também, justificar a validade de qualquer ação do Estado – desde que por meio do direito positivo – já que os indivíduos não podem pretender limitar um Estado que só pode ser limitado por ele mesmo³. Nessa senda, a publicística alemã, naquela quadra, foi imersa em um profundo formalismo positivista que calhou muito bem a um edifício constitucional semi-absolutista que tinha como ápice um monarca que se colocava como a suprema

² Tradução indireta, a partir de: SCHÖNBERGER, Christoph. “État de droit et État conservateur: Friedrich Julius Stahl”. In: JOUANJAN, Olivier (org.). *Figures de l’État de droit: Le Rechtsstaat dans l’histoire intellectuelle et constitutionnelle de l’Allemagne*. Strasbourg: Presses Universitaires de Strasbourg, 2001, p. 179.

³ GOZZI, Gustavo. “Estado de Direito e direitos subjetivos na história constitucional alemã”. In: COSTA, Pietro. ZOLO, Danilo (orgs.). *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 315.

cabeça do império, *Staatssoberhaupt*⁴.

Era a vitória do “princípio monárquico” que tinha como principais adversários o princípio da soberania popular e o da separação dos poderes, advindos do constitucionalismo francês revolucionário⁵. Sustentar que o princípio da separação dos poderes não seria aplicável à Alemanha, ao argumento de ser antitético ao princípio monárquico, que reza que o monarca é o ponto de união de todos os poderes do Estado, e assim aquele que pessoalmente garante a unidade do Estado, tem o efeito prático de sustentar uma suposta singularidade alemã que justificaria a negação do constitucionalismo moderno na terra de Goethe⁶.

Mas o dever de síntese que este escrito assume não pode olvidar o fato de que tal postura teórica não se fazia uníssona na Alemanha. Dissonâncias também eram ouvidas.

Uma delas respondia pelo epíteto “teoria do órgão”. Em apertada síntese, tal posicionamento teórico tenta explicar de que maneira o Estado, mormente a Administração Pública, externaliza a sua “vontade”, seu agir. Os órgãos do Estado têm a função, por isso, de formalizar aquilo que deseja uma pessoa coletiva. Uma pessoa que lhe é antecedente e a qual o órgão deve a sua existência. O órgão não tem personalidade jurídica – necessário perceber –, pois faz parte da pessoa jurídica na qual se insere e pela qual expressa seu querer em termos jurídicos⁷. A principal contribuição dessa teoria foi fixar o entendimento de que quando um indivíduo que ocupa um cargo ou função na Administração Pública emite um ato administrativo, esse ato não lhe é imputável pessoalmente, mas sim

⁴ CARVALHO NETTO, Menelick de. *A sanção no procedimento legislativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992, pp. 155-167.

⁵ STOLLEIS, Michael. *Public Law in Germany, 1800-1914*. New York: Berghahn Books, 2001, pp. 61-63.

⁶ Por exemplo: JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado* (2ª ed. de 1911). Trad. Fernando de los Rios. Cidade do México: Fónodo de Cultura Económica, 2004, pp. 454 e 478.

⁷ CARRÉ DE MALBERG, Raymond. *Teoría General del Estado*. Trad. José Depetre. Cidade do México: Fónodo de Cultura Económica, 1948, p. 990.

ao órgão no qual ele é lotado: órgão que necessariamente se insere na estrutura do Estado. Assim, o órgão é o “instrumento do qual se vale o ser coletivo para o exercício de poderes que somente a ele pertencem”⁸.

A origem da teoria do órgão é alemã. Em 1837, Wilhelm Eduard Albrecht publicou uma aparentemente desprezenciosa resenha dos *Grundsätze des heutigen deutschen Staatsrechts*, de autoria de Romeo Maurenbrecher. Nela, Albrecht afirmou que o monarca, funcionários públicos e o parlamento não são entidades totalmente soberanas para fazerem o que bem desejarem: na verdade, são órgãos do Estado⁹. O que era uma tese assaz ousada. Tinha como principal efeito o de atacar o princípio monárquico e as idéias constitucionais absolutistas que ainda tinham boa audiência naquele tempo. Isso porque Albrecht contesta o tradicional entendimento patrimonialista da soberania, em que o reino e até o povo, ou melhor, os súditos, nada mais seriam do que parte do *patrimonium* do monarca¹⁰. No instante em que qualifica o Estado como uma pessoa jurídica, o monarca como um de seus órgãos, a teoria do órgão se insere na missão histórica da publicística européia, que desde o século XVII soma esforços no sentido de “estatizar a Coroa”, propondo a ela um caráter transpessoal¹¹.

Facilmente se pode verificar que a teoria do órgão, ao menos em sua origem, apresenta-se como ponta de lança do princípio do Estado de Direito (*Rechtsstaat*); ela se contrapõe polemicamente ao princípio monárquico. Mas não custou para que a doutrina dominante, composta por sustentadores do princípio monárquico como Carl Friedrich von Gerber e Paul Laband – que podem ser concebidos como continuadores do formalismo de Stahl – esvaziasse

⁸ CARRÉ DE MALBERG, Raymond. *Teoría General del Estado*, p. 1006.

⁹ STOLLEIS, Michael. *Public Law in Germany, 1800-1914*, pp. 65-66.

¹⁰ STOLLEIS, Michael. *Public Law in Germany, 1800-1914*, p. 65, 344-345.

¹¹ SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite. “Notas sobre a constituição do direito público na idade moderna: a doutrina das leis fundamentais”. In: *Seqüência – Revista do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC*. Ano XXVI, número 53. Florianópolis: CPGD-UFSC, dezembro de 2006, pp. 205 e 213.

o conteúdo constitucionalista da teoria do órgão. Posicionamento que passou a ser conhecido por “método jurídico”¹².

Para um Laband, a teoria do órgão vai ser concebida em um viés meramente formalista. É o que se chama de posicionamento objetivista da teoria do órgão, que se revela no conceito de “função do Estado” (*Staatsamt*). É raro Laband citar o vocábulo “órgão”¹³. Ele prefere “função”. Laband é da opinião de que o Estado é por definição uma pessoa jurídica, mas que não se manifesta por si só: daí a “função estatal”, que se define como “um círculo de atribuições do Estado delimitado pelo Direito Público”. Função que não é nunca um sujeito de direito, mas sim “uma instituição objetiva, um conjunto de atribuições”¹⁴. Assim, o principal a ser visto na função, no órgão público, é que ele se traduz por um feixe de normas. Laband expressa, a nosso sentir, uma perspectiva mais descritiva, formalista, em que o papel de limitação do poder não é valorizado, mas sim o de organização normativa. A Alemanha, sob tal enfoque, seria um *Rechtsstaat* porque, a exemplo do que acredita um Stahl, há regras de direito que estabelecem círculos de competência que legitimam a ação do Estado.

Eis que surge um contraponto à doutrina dominante em 1864, através da pena de Otto Bähr, e com o claro objetivo de combater o conceito de *Rechtsstaat* de Stahl. Era o organicismo jurídico, que teve como maior expoente, ao lado de Bähr, claro, o também jurista alemão Otto von Gierke¹⁵.

¹² MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 3ª ed. Trad. Peter Neumann. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 24.

¹³ LABAND, Paul. *Le Droit Public de L'Empire Allemand II: autorités et fonctionnaires de l'Empire, la législation de l'Empire, les traités internationaux, l'Administration, la situation de l'Alsace-Lorraine dans l'Empire, les protectorats allemands*. Trad. C. Gandilhon e Th. Lacuire. Paris: Giard & Brière, 1901, pp. 10 e 13.

¹⁴ LABAND, Paul. *Le Droit Public de L'Empire Allemand II: autorités et fonctionnaires de l'Empire, la législation de l'Empire, les traités internationaux, l'Administration, la situation de l'Alsace-Lorraine dans l'Empire, les protectorats allemands*, p. 3.

¹⁵ Para o embate de Otto von Gierke com o “método jurídico” de Paul Laband, Cf. FIORAVANTI, Maurizio. *Giuristi e Costituzione politica nell'Ottocento tedesco*. Milano: Giuffrè, 1979, pp. 356-368.

O organicismo não se conformava com o positivismo formalista esposado por Stahl, Gerber e Laband que concebia o Estado como a única corporação (*Verband*) que produzia direito. Concomitantemente, não aceitava, por outro lado, a separação rígida entre indivíduo e Estado, oriunda do individualismo francês e que teria permeado o solo alemão através da pena de Jean-Jacques Rousseau¹⁶.

Para fazer frente a essa situação de formalismo positivista que acabava por resultar em um forte reforço do poder do monarca, os teóricos do corporativismo tentaram remediar a bipolarização entre indivíduo-Estado que permitia ao Estado um indesejado monopólio na produção do direito¹⁷. Com isso os organicistas pregaram uma limitação do poder estatal, a ser conseguida com o “retorno aos grupamentos corporativos intermediários entre o indivíduo e o Estado”¹⁸. Seriam esses corpos intermediários, concebidos como *Gesamtperson*, associações, pessoas jurídicas, que forjariam um limite ao poder estatal, e que estariam em condições de negar a reivindicação estatal de exclusividade na produção do direito¹⁹. Até porque o Estado seria apenas uma associação no âmbito de um vasto organismo social composto de várias outras associações. De se notar a audácia da construção: o Estado como um entre várias corporações. Para um Otto von Gierke, seria um equívoco do formalismo jurídico o de achar que os órgãos dos estatais seriam

¹⁶ VON GIERKE, Otto. *Natural Law and the theory of society 1500-1800*. Edição de Ernest Barker. Cambridge: Cambridge University Press, 1950, p. 167: “In Germany, as well as in France, the entry of Rousseau’s ideas was accompanied by his spirit of hostility to the principle of corporate life”.

¹⁷ ZIMMER, Willy. “Une conception organiciste de l’État de droit: Otto Bähr et Otto von Gierke”. In: JOUANJAN, Olivier (org.). *Figures de l’État de droit: le Rechtsstaat dans l’histoire intellectuelle et constitutionnelle de l’Allemagne*. Strasbourg : Presses Universitaires de Strasbourg, 2001, p. 219.

¹⁸ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. “L’État comme organisme: théorie de l’État et politique constitutionnelle aux débuts du constitutionnalisme”. In: *Le Droit, l’État et la Constitution Démocratique: essais de théorie juridique, politique et constitutionnelle*. Ed. Olivier Jouanjan. Paris, Bruxelles: LGDJ; Bruylant, 2000, p. 126.

¹⁹ ZIMMER, Willy. “Une conception organiciste de l’État de droit: Otto Bähr et Otto von Gierke”. In: JOUANJAN, Olivier (org.). *Figures de l’État de droit: le Rechtsstaat dans l’histoire intellectuelle et constitutionnelle de l’Allemagne*, p. 220.

uma criação do Estado: na verdade, o eram da coletividade²⁰. Uma teoria que era, por esse lado, muito audaz para a época.

Bähr vai além; sustenta que a vida de toda associação depende “da capacidade de combinar a supremacia e discricionariedade decisória dos governantes com a tutela das posições de vantagem dos associados”. E assim: “o que vale para qualquer associação vale também para o Estado, que é simplesmente o ápice de uma longa cadeia de grupos”²¹. Na busca desse delicado equilíbrio, entre supremacia da associação e respeito aos associados, Bähr sustenta que diante do Poder Legislativo (“Estado-legislador”) e do Poder Judiciário (“Estado-juiz”) o cidadão somente tem obrigações, e não direitos. A esperança dos organicistas, mormente, Bähr, que foi monografista sobre o tema, era a limitação do Estado-administrador: essa, a trilha a ser seguida para se conseguir um Estado de Direito diferente daquele de Stahl. *Seria a existência de uma tutela judicial dos direitos dos associados frente ao Estado-administrador que caracterizaria um Rechtsstaat*²².

Dada a total implausibilidade de um limite à legislação emanada do Imperador (que personifica a vontade do Estado na qualidade de *Staatsoberhaupt*), foi precisamente em relação aos atos administrativos que a atenção dos adeptos do *Rechtsstaat* foi direcionada, na quadra histórica do Império situada entre a década de 1870 até o seu crepúsculo, em 1918. O que se justifica, também, pela centralidade que a Administração Pública passou a ostentar, naquele tempo, devido ao início do assim-chamado Estado Social²³. Mas a busca de um controle da Administração foi também uma última cartada dos liberais.

²⁰ STOLLEIS, Michael. *Public Law in Germany, 1800-1914*, p. 345.

²¹ COSTA, Pietro. “O Estado de Direito: uma introdução histórica”. In: COSTA, Pietro. ZOLO, Danilo (orgs.). *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 127.

²² COSTA, Pietro. “O Estado de Direito: uma introdução histórica”. In: COSTA, Pietro. ZOLO, Danilo (orgs.). *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*, pp. 127-128.

²³ SORDI, Bernardo. *Tra Weimar e Vienna: Amministrazione Pubblica e Teoria Giuridica nel Primo Dopoguerra*. Milano: Giuffrè, 1987, pp. 213 e ss.

Talvez os teóricos formalistas que apoiavam a monarquia constitucional do *Reich* de Bismarck tenham notado que não haveria problema em adotar a recomendação institucional de Bähr, qual seja a de organizar uma justiça administrativa, porquanto algo que fosse oriundo do conceito organicista de direito jamais seria apto a fazer frente ao Estado. Se assim imaginaram, caso os monarquistas tenham realmente pensado dessa forma, o desenvolvimento histórico da Suprema Corte Administrativa da Prússia (*Oberverwaltungsgericht*) veio provar que eles estavam absolutamente corretos²⁴.

Entre 1872 e 1876, o *Landtag* da Prússia aprovou uma reforma de sua administração pública, o que levou à institucionalização de uma justiça administrativa. Para tanto, exerceu papel proeminente o liberal (conservador) Rudolf Gneist, cujo conceito de *Rechtsstaat* tinha como pedra angular a existência prévia de uma justiça administrativa, tal como para Otto Bähr²⁵. E até por isso, Gneist não tinha uma preocupação propriamente individualista, de modo que seu conceito de Estado de Direito também requer o agrupamento dos indivíduos em ordens, em corporações, o que significa uma continuidade com a tradição alemã de neutralização do constitucionalismo²⁶. De toda forma, os liberais já de algum tempo percebiam que, na impossibilidade de limitar o monarca-legislador, o controle da Administração seria um bom equivalente para se proceder ao controle jurídico da monarquia constitucional. Ledo engano:

²⁴ Cf., com análise jurisprudencial, inclusive: LEDFORD, Kenneth F. "Formalizing the Rule of Law in Prussia: the Supreme Administrative Court, 1876-1914". In: *Central Europe History*. Vol. 37, n° 2. Leiden: Brill Academic Publishers, junho de 2004, pp. 203-224.

²⁵ ARGYRIADIS-KERVÉGAN, Caroula. "Rudof Gneist: la justice administrative, institution nécessaire de l'État de droit". In: JOUANJAN, Olivier (org.). *Figures de l'État de droit: Le Rechtsstaat dans l'histoire intellectuelle et constitutionnelle de l'Allemagne*. Strasbourg: Presses Universitaires de Strasbourg, 2001, p. 249.

²⁶ ROEHRSEN, Carlo. "Paul Laband, uno dei fondatori della grande scienza giurpubblicistica europea". In: *Revista trimestrale di diritto pubblico*. Vol. 44, n°4. Milano: Giuffrè, 1994, pp. 1116-1117.

Paradoxalmente, ao estabelecer um novo sistema de supervisão da ação administrativa do governo localizado em um novo sistema de cortes de jurisdição especial, os liberais no *Reichstag* legitimaram a ação do Estado e imunizaram-no contra críticas ao proporcionar o controle pelo meio do controle judicial no lugar da contestação política. Os liberais removeram da arena política o debate acerca do controle da arbitrariedade da ação do Estado que desrespeitava direitos individuais, e transferiram-no para a litigância, para a arena judicial²⁷.

Na atenta análise de Kenneth Ledford, muito antes de se estabelecer uma limitação da monarquia constitucional pelo *medium* do direito, a Suprema Corte Administrativa realizou, improvavelmente, uma neutralização dos argumentos liberais²⁸. Assim, esse movimento acabou por fortalecer, na verdade, a monarquia constitucional, que a despeito de agir em estrito cumprimento da lei sancionada pelo seu monarca, poderia ao mesmo tempo violar direitos fundamentais²⁹. Foi o que aconteceu, principalmente quando o assunto era polacos, dinamarqueses e social-democratas: nesses casos, a Suprema Corte chegava até a corroborar na limitação dos direitos dessas minorias³⁰. Tudo isso mostra que um conceito de *Rechtsstaat* que acredita que a simples submissão dos atos administrativos a um controle efetuado por uma justiça administrativa difere muito pouco, em seus efeitos, de um conservadorismo *à la Stahl*³¹.

²⁷ LEDFORD, Kenneth F. "Formalizing the Rule of Law in Prussia: the Supreme Administrative Court, 1876-1914". In: *Central Europe History*, p. 222.

²⁸ No mesmo sentido, Franz Neumann imputa a paternidade intelectual dessa "despolíticação", levada a efeito pela noção de *Rechtsstaat*, ao liberal Rudolf Gneist: NEUMANN, Franz. *Estado democrático e Estado autoritário*. Ed. Herbert Marcuse. Rio de Janeiro: Zahar, 1969, p. 157.

²⁹ VON GIERKE, Otto. "German constitutional law in its relation to the American Constitution". In: *Harvard Law Review*. Vol. XXIII, nº 1-4. Cambridge: The Harvard Law Review Association, 1909-1910, p. 285.

³⁰ LEDFORD, Kenneth F. "Formalizing the Rule of Law in Prussia: the Supreme Administrative Court, 1876-1914". In: *Central Europe History*, p. 224.

³¹ LEDFORD, Kenneth F. "Formalizing the Rule of Law in Prussia: the Supreme Administrative Court, 1876-1914". In: *Central Europe History*, p. 223.

Afinal, a justiça administrativa apenas verifica se existe uma lei que autorize a ação da Administração. Seria até um método seguro de controle do poder se não fosse um detalhe: uma lei sancionada pelo monarca pode, em seu conteúdo, violar direitos fundamentais. Ainda mais quando se recorda do controle exercido pelo Imperador no *Bundesrat*, em que a Prússia detinha grande parte dos assentos, e pela estreita margem de ação que o Chanceler do *Reich* concedia ao *Reichstag*, uma vez que não necessitava da moção de confiança de tal casa legislativa – motivo pelo qual a Alemanha não era parlamentarista, mas sim uma monarquia semi-absoluta³². Dessa maneira, a nova noção de *Rechtsstaat*, após as reformas administrativas, “paradoxalmente, possui seu centro de gravidade mais no reforço da atividade do Estado e da Administração do que na proteção do indivíduo, se inscrevendo, assim, na tradição especificamente alemã”³³. Um controle formal da regularidade normativa com base na qual a Administração age não quer dizer muito. A justiça administrativa nada mais é do que um mero órgão do Estado. Como tal, a parte não pode ir contra o todo. A parte depende do todo para ter sentido. O que é muito cômico a um direito constitucional que assume como principal tarefa a manutenção de uma mítica “unidade do Estado”³⁴.

Com isso, se pode concluir que por mais que Bähr já vislumbre a necessidade de uma organização formal para operacionalizar a sua noção de Estado de Direito, a distância entre seu conceito de *Rechtsstaat* para o de Stahl é tão pequena quanto a do organicismo jurídico para o “método jurídico”, formalista por antonomásia. Para Bähr ou von Gierke, a dimensão orgânica e comunitária do Estado o faz com que ele consista em um totalidade

³² STOLLEIS, Michael. *Public Law in Germany 1800-1914*, p. 68.

³³ ARGYRIADIS-KERVÉGAN, Caroula. “Rudof Gneist: la justice administrative, institution nécessaire de l’État de droit”. In: JOUANJAN, Olivier (org.). *Figures de l’État de droit: Le Rechtsstaat dans l’histoire intellectuelle et constitutionnelle de l’Allemagne*, p. 252.

³⁴ Cf. BARTHÉLEMY, Joseph. “Les théories royalistes dans la doctrine allemande contemporaine: sur les rapports du Roi et des Chambres dans les Monarchies particulières de l’Empire”. In: *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l’étranger*, pp. 717-758, um excepcional inventário do princípio monárquico.

que precede as suas partes, os indivíduos. Por um lado, eles são enfáticos em afirmar, contra os formalistas, que os direitos não são concessões do Estado, visto que derivam, na verdade, do “*Mitgliedschaft*, o comum pertencimento dos seus titulares à orgânica e viva comunidade política”³⁵. Por outro lado, sendo o direito uma expressão da comunidade, e sendo o Estado a maior expressão associativa da vida em comunidade, o direito não pode ser oponível ao Estado: no que se igualam a um von Gerber ou a um Laband³⁶. Assim, seja para formalistas ou para organicistas, o Estado continua como centro e vértice da sociedade, o que faz com que o soberano permaneça, em último caso, incontrolável, pois a justiça administrativa não combate isso³⁷.

Por tudo isso, a teoria do órgão não pode ser adequadamente compreendida – consoante quer Ernst Forsthoff – como uma construção acadêmica que findou por retirar a substância do poder real, esvaziando assim a monarquia³⁸. Essa despatrimonialização da monarquia, que despersonaliza o monarca na medida em que o concebe como um órgão do Estado, é apenas um dos efeitos da teoria, mas que desconsidera um outro efeito, que se pode adjetivar de “colateral”. Na verdade, o que ocorreu foi uma engenhosa neutralização do constitucionalismo moderno³⁹, que ocorreu na exata medida em que a posição que combatera os formalistas, qual seja o organicismo jurídico, nada mais fez do que reforçar a *Herrschaft* estatal, ao imunizá-la de ataques políticos, dada a aparência de imparcialidade que tinha a justiça administrativa.

Bibliografia

³⁵ COSTA, Pietro. “O Estado de Direito: uma introdução histórica”. In: COSTA, Pietro. ZOLO, Danilo (orgs.). *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*, p. 131.

³⁶ COSTA, Pietro. “O Estado de Direito: uma introdução histórica”. In: COSTA, Pietro. ZOLO, Danilo (orgs.). *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*, p. 132.

³⁷ COSTA, Pietro. “O Estado de Direito: uma introdução histórica”. In: COSTA, Pietro. ZOLO, Danilo (orgs.). *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*, p. 136.

³⁸ FORSTHOFF, Ernst. *El Estado de la sociedad industrial*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1975, p. 13.

³⁹ STOLLEIS, Michael. *Public Law in Germany, 1800-1914*, p. 344.

ARGYRIADIS-KERVÉGAN, Caroula. “Rudof Gneist: la justice administrative, institution nécessaire de l’État de droit”. In: JOUANJAN, Olivier (org.). *Figures de l’État de droit: Le Rechtsstaat dans l’histoire intellectuelle et constitutionnelle de l’Allemagne*. Strasbourg: Presses Universitaires de Strasbourg, 2001.

BARTHÉLEMY, Joseph. “Les théories royalistes dans la doctrine allemande contemporaine: sur les rapports du Roi et des Chambres dans les Monarchies particulières de l’Empire”. In: *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l’étranger*, pp. 717-758.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. “L’État comme organisme: théorie de l’État et politique constitutionnelle aux débuts du constitutionnalisme”. In: *Le Droit, l’État et la Constitution Démocratique: essais de théorie juridique, politique et constitutionnelle*. Ed. Olivier Jouanjan. Paris, Bruxelles: LGDJ; Bruylant, 2000.

CARRÉ DE MALBERG. Raymond. *Teoría General del Estado*. Trad. José Depetre. Cidade do México: Fónodo de Cultura Económica, 1948.

CARVALHO NETTO, Menelick de. *A sanção no procedimento legislativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

COSTA, Pietro. “O Estado de Direito: uma introdução histórica”. In: COSTA, Pietro. ZOLO, Danilo (orgs.). *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FIORAVANTI, Maurizio. *Giuristi e Costituzione politica nell’Ottocento tedesco*. Milano: Giuffrè, 1979.

FORSTHOFF, Ernst. *El Estado de la sociedad industrial*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1975.

GOZZI, Gustavo. “Estado de Direito e direitos subjetivos na história constitucional alemã”. In: COSTA, Pietro. ZOLO, Danilo

(orgs.). *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado* (2ª ed. de 1911). Trad. Fernando de los Rios. Cidade do México: Fónido de Cultura Económica, 2004.

LABAND, Paul. *Le Droit Public de L'Empire Allemand II: autorités et fonctionnaires de l'Empire, la législation de l'Empire, les traités internationaux, l'Administration, la situation de l'Alsace-Lorraine dans l'Empire, les protectorats allemands*. Trad. C. Gandilhon e Th. Lacuire. Paris: Giard & Brière, 1901.

LEDFORD, Kenneth F. "Formalizing the Rule of Law in Prussia: the Supreme Administrative Court, 1876-1914". In: *Central Europe History*. Vol. 37, nº 2. Leiden: Brill Academic Publishers, junho de 2004, pp. 203-224.

MAIA, Paulo Sávio Peixoto. "Estado ou cidadão? *Rechtsstaat* como conceito de síntese do constitucionalismo alemão do século XIX". In: HOLANDA, Ana Paula de Araújo (org.). *Direitos fundamentais: histórico e contemporaneidade*. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2009 (no prelo).

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 3ª ed. Trad. Peter Neumann. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

NEUMANN, Franz. *Estado democrático e Estado autoritário*. Ed. Herbert Marcuse. Rio de Janeiro: Zahar, 1969.

ROEHRSEN, Carlo. "Paul Laband, uno dei fondatori della grande scienza giuspubblicistica europea". In: *Revista trimestrale di diritto pubblico*. Vol. 44, nº4. Milano: Giuffrè, 1994.

SCHÖNBERGER, Christoph. "État de droit et État conservateur: Friedrich Julius Stahl". In: JOUANJAN, Olivier (org.). *Figures de l'État de droit: Le Rechtsstaat dans l'histoire intellectuelle et constitutionnelle*

de l'Allemagne. Strasbourg: Presses Universitaires de Strasbourg, 2001.

SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite. “Notas sobre a constituição do direito público na idade moderna: a doutrina das leis fundamentais”. In: *Seqüência – Revista do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC*. Ano XXVI, número 53. Florianópolis: CPGD-UFSC, dezembro de 2006.

SORDI, Bernardo. *Tra Weimar e Vienna: Amministrazione Pubblica e Teoria Giuridica nel Primo Dopoguerra*. Milano: Giuffrè, 1987.

STOLLEIS, Michael. *Public Law in Germany, 1800-1914*. New York: Berghahn Books, 2001.

VON GIERKE, Otto. “German constitutional law in its relation to the American Constitution”. In: *Harvard Law Review*. Vol. XXIII, nº 1-4. Cambridge: The Harvard Law Review Association, 1909-1910.

VON GIERKE, Otto. *Natural Law and the theory of society 1500-1800*. Edição de Ernest Barker. Cambridge: Cambridge University Press, 1950.

ZIMMER, Willy. “Une conception organiciste de l'État de droit: Otto Bähr et Otto von Gierke”. In: JOUANJAN, Olivier (org.). *Figures de l'État de droit : le Rechtsstaat dans l'histoire intellectuelle et constitutionnelle de l'Allemagne*. Strasbourg : Presses Universitaires de Strasbourg, 2001.

Utilização de técnicas de regressão linear na estimação do PIB no Amazonas

Sidney Costa

Universidade Federal do Amazonas
Departamento de Administração.

Geraldo L. de Souza Jr.

Prefeitura de Manaus
SEPLAN.

Waldemar Rocha de Souza

Universidade Federal do Amazonas
Departamento de Administração.

Resumo: O objetivo do presente trabalho é implementar as técnicas de Regressão Linear com o intuito de fazer previsões e projeções do Produto Interno Bruto (PIB) amazonense. Este estudo é realizado devido à importância do cálculo do PIB para a formulação, direcionamento de políticas financeiras e estratégicas para o Estado e empresas privadas, posto que um “bom” PIB atrai investimentos para o Estado, uma vez que este apresenta uma “estabilidade” para os empresários e gestores públicos. Isto será possível a partir dos dados fornecidos pela Secretaria de Estado de Planejamento e Desenvolvimento Econômico do Amazonas (SEPLAN), a qual apoiou inteiramente o presente trabalho. O cálculo do PIB do Estado do Amazonas apresenta uma defasagem de dois anos. Hoje, a SEPLAN, em parceria com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), está responsável por desenvolver esta atividade. Uma análise de regressão permitirá estimar o PIB para os anos subsequentes, utilizando a série histórica de 1985 a 2005. O estudo da regressão linear possibilitará identificar a relação entre as variáveis PIB e Tempo para então, dessa forma, expressar seu relacionamento por meio de uma equação. Esta expressão matemática permitirá que se efetuem importantes projeções futuras do PIB. Por fim, foi produzida uma ferramenta computacional com o intuito de automatizar os cálculos, gerar os respectivos gráficos e, sobretudo, facilitar o acesso à informação e visualização das projeções do PIB Amazonas.

Palavras-chave: Projeção do PIB; Regressão linear; *Software*; Amazonas.

1. Introdução

O PIB representa a soma (em valores monetários) de todos os bens e serviços finais produzidos em uma determinada região durante um período determinado. Possui o objetivo de mensurar a atividade econômica de uma região. Na contagem do PIB, consideram-se apenas bens e serviços finais, excluindo da conta todos os bens de consumo intermediário (insumos). Isso é feito com o intuito de evitar o problema da dupla contagem, quando valores gerados na cadeia de produção aparecem contados duas vezes na soma do PIB.

A decisão de fazer estimativas do Produto Interno Bruto (PIB) amazonense surgiu originalmente da necessidade de preenchimento de lacunas, uma vez que há uma defasagem de dois anos entre os resultados publicados de cada PIB. Com o presente estudo, será possível obter estimativas de forma pontual e intervalar.

A mensuração do PIB para qualquer análise macroeconômica é de grande valia. Os mais beneficiados com esse tipo de estudo são os formadores de políticas do país, estados, municípios e grandes organizações privadas. As diferenças regionais existentes, principalmente em países como o Brasil, devem-se muito ao descaso dos governos em não darem a devida importância ao dimensionamento do PIB para a formulação de políticas. Os dados utilizados neste estudo são fornecidos pela SEPLAN (Secretaria de Estado de Planejamento e Desenvolvimento Econômico) a qual utiliza metodologia desenvolvida em parceria com o IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística). De acordo com a metodologia do projeto das Contas Regionais do Brasil, proposta pelo IBGE e aperfeiçoada em parceria com os representantes estaduais, o ano escolhido como referência para a implantação da série corrente das Contas Regionais foi o de 1985, em razão da disponibilidade dos censos econômicos para este ano.

Para a construção da série a preços correntes e constantes do ano anterior, são utilizados valores correntes e/ou indicadores

físicos e de preços de produtos transformados em índices de volume e de preços, para as operações de produção, consumo intermediário e de valor adicionado para cada uma das 15 atividades econômicas, a saber: agropecuária; indústria extrativa mineral; indústria de transformação; construção civil; serviços industriais de utilidade pública; comércio; transportes; serviço de alojamento e alimentação; comunicações; serviços financeiros; administração pública; aluguel e serviços prestados às empresas; educação e saúde; outros serviços; e serviços domésticos. [3]

Toda essa massa de informações estará sintetizada aqui em números que refletem os PIBs para os anos que vão de 1985 até 2005. Serão estes os dados a serem trabalhados neste estudo e que subsidiarão toda a pesquisa.

Segundo os estudos consultados para a realização deste trabalho, é possível dentro de uma margem de segurança confiável aplicar-se a técnica de regressão linear aos dados fornecidos pelos órgãos competentes e dessa forma estimar projeções futuras do PIB.

Assim, visando fornecer projeções confiáveis do PIB Amazonas, colheu-se junto a SEPLAN as séries históricas do PIB baseado na metodologia antiga de cálculo (série de 1985 a 2004) e baseado na nova metodologia (série de 2002 a 2005). Em posse destes dados, aplicou-se a referida técnica estatística para os dois tipos distintos de dados.

O estudo tem por objetivo estimar de forma pontual e intervalar, através de regressão linear, o PIB do Estado do Amazonas. Contempla em seu escopo, fazer um estudo a partir das técnicas de regressão linear, analisando os dados, buscando por fim produzir, confeccionar uma ferramenta computacional (*software*) que possa auxiliar acadêmicos e técnicos, fornecendo dados de forma segura e confiável. A grande motivação para a realização deste trabalho é que os *softwares* existentes são de difícil acesso e entendimento, o que requer do usuário vasto conhecimento da ferramenta. O presente trabalho pretende diminuir este espaço existente entre usuário e

software, apresentando uma alternativa mais próxima da realidade dos acadêmicos e técnicos, podendo prever os PIB's vindouros.

Vale ressaltar que a literatura acessada para o presente estudo recomenda que haja pelo menos 60 observações para iniciar um estudo de séries temporais, no entanto nosso conjunto de dados apresenta uma série com 20 observações. Verificou-se a ausência de dados para variáveis relacionadas ao PIB para a formulação de um modelo de regressão mais robusto e levou-se em consideração a mudança na metodologia no cálculo do PIB pelo IBGE.

Este artigo está organizado como segue: referencial teórico, técnicas, modelagem estatística e a linguagem de programação utilizada na confecção do software para previsão e análise do PIB. Seção que trata sobre a nova metodologia de cálculo do PIB. Seção com a metodologia utilizada, onde será detalhado o tipo de pesquisa efetuada, o universo e a amostra utilizada no estudo, o levantamento e o tratamento dos dados utilizados nas análises estatísticas. Seção com os resultados obtidos para os testes efetuados. Seção que trata sobre o desenvolvimento do software. Seção final com as conclusões e sugestões para trabalhos futuros.

2. Regressão linear simples

O termo regressão é usado para designar a expressão de uma variável dependente (Y) em função de outra (X), considerada independente. Diz-se regressão de Y sobre X. Se a relação funcional entre elas é expressa por uma equação de 1º grau, cuja representação geométrica é uma linha reta, nesse caso a regressão é dita linear.

Em muitas ciências, está-se interessado em descobrir uma relação matemática entre certas variáveis, que represente um determinado fenômeno. Por exemplo, como o preço do vestuário influencia o índice de inflação ou como a concentração de bactérias é influenciada pela acidez do meio de cultura.

Dados experimentais devem ser obtidos e correlacionados através de uma equação matemática, do tipo $Y = f(X)$, sendo X a variável independente e Y a variável dependente. Para o caso de apenas uma variável independente envolvida, tem-se a chamada Regressão Linear Simples.

Ao identificar uma correlação entre as variáveis, é interessante que se expresse seu relacionamento por meio de uma equação. Esse é o objetivo da análise de regressão, a qual, por meio de sua expressão matemática, permite que se efetuem, além da identificação da relação das variáveis, importantes projeções futuras. [1]

Pretendeu-se ao longo deste estudo correlacionar as variáveis (PIB's), e desta forma expressar esta correlação matematicamente, para então podermos estimar os PIB's futuros do Amazonas. Feito isso, concluiremos com a confecção de um *software* que automatize todo este processo.

Para uma correlação linear, a expressão da reta ajustada, em que os valores de X explicarão os de Y (a variável Y é função da variável X) é definida por:

$$Y = a + bX$$

Onde:

Y = variável explicada ou dependente. É a variável que normalmente se deseja estudar e efetuar previsões sobre seu comportamento;

X = variável explicativa ou independente;

a = parâmetro linear do modelo, ou seja, representa o ponto onde a reta de ajuste corta o eixo da variável Y (ordenada de origem);

b = parâmetro angular, também definido por coeficiente de inclinação ou declividade da reta de regressão.

O problema consiste em estimar os parâmetros “ a ” e “ b ” para que se conheça a equação da reta. Dizemos então que o problema consiste em ajustar uma regressão linear simples, isto é, a equação de uma reta ajustada aos dados, segundo a relação funcional.

As constantes 'a' e 'b' serão estimadas a partir da técnica denominada "Técnica dos mínimos quadrados".

Dessa forma, a partir de um conjunto de valores X e Y a ser estudado, o modelo de regressão linear estabelece, com base nesses valores observados, a reta que identifica a efetiva relação entre as variáveis. No presente trabalho, os valores em questão serão os relativos ao PIB Amazonas e o tempo em que foram ocorrendo. A partir daí faremos as previsões para os PIB's futuros bem como seus relativos gráficos.

A reta de regressão não precisa ser contínua. Em amostragem precisamos assumir a forma da reta de médias, entretanto não seria possível desenvolver um procedimento computacional, então se assume forma de "linha contínua".

Por facilidade computacional, essa linha contínua é freqüentemente escolhida como uma aproximação de um ajuste razoável envolvendo um determinado intervalo de X .

3. Técnica dos mínimos quadrados

A teoria mostra que a melhor maneira de estimar "a" e "b" é por meio do Método dos Mínimos Quadrados, que consiste em minimizar a soma de quadrados dos desvios $y_i - \hat{y}_i$. Sendo $y_i - \hat{y}_i$ a diferença entre o valor observado e o estimado pela equação de regressão para cada observação. [4]

Procura-se, então, estimar α e β , de tal modo que $\sum (y_i - \hat{y}_i)^2$ seja mínima. As diferenças $y_i - \hat{y}_i$ são chamadas "desvios da regressão" ou "erro de estimativas".

$$-e_i = a + bx_i - y_i \quad \Rightarrow \quad e_i^2 = (a + bx_i - y_i)^2$$

A soma dos quadrados dos desvios será: $SQR = \Sigma (a + bx_i - y_i)^2$. Para tornar mínima esta soma, quando variam a e b , devemos igualar a zero as derivadas parciais:

$$\frac{\partial SQR}{\partial a} \quad e \quad \frac{\partial SQR}{\partial b}$$

Obtemos:

$$\frac{\partial SQR}{\partial a} = 2 \Sigma (a + bx_i - y_i)$$

$$\frac{\partial SQR}{\partial b} = 2 \Sigma (a + bx_i - y_i) x_i$$

$$\begin{cases} \Sigma (a + bx_i - y_i) = 0 \\ \Sigma (a + bx_i - y_i) x_i = 0 \end{cases}$$

“ a ” e “ b ” são obtidos pelas das equações normais:

$$\begin{cases} na + b \Sigma x_i = \Sigma y_i \\ a \Sigma x_i + b \Sigma x_i^2 = \Sigma x_i y_i \end{cases}$$

que produzem:

$$a = \frac{(\Sigma y_i)(\Sigma x_i^2) - (\Sigma x_i)(\Sigma x_i y_i)}{n \Sigma x_i^2 - (\Sigma x_i)^2}$$

$$b = \frac{n \Sigma x_i y_i - (\Sigma x_i)(\Sigma y_i)}{n \Sigma x_i^2 - (\Sigma x_i)^2}$$

A obtenção de a se dá mediante a divisão da equação $na + b \Sigma x_i = \Sigma y_i$ por n

$$a + \frac{b \Sigma x_i}{n} = \frac{\Sigma y_i}{n}$$

$$a = \frac{\sum y_i}{n} - \frac{b \sum x_i}{n}$$

$$a = \bar{y} - b\bar{x}$$

Logo, podemos tirar duas conclusões importantes:

1. O ponto determinado pelas médias das variáveis (\bar{x}, \bar{y}) está contido na reta de regressão;
2. As diferenças $y - \bar{y}$, ou seja, os desvios acima e abaixo de \bar{Y} podem ser determinados por $b(x - \bar{x})$

$$\text{Assim, } y - \bar{y} = b(x - \bar{x}) \Rightarrow y = \bar{y} + b(x - \bar{x})$$

Partindo da equação: $y - \bar{y} = b(x - \bar{x})$ e sem alterar a igualdade, multiplicamos por $(x - \bar{x})$, seus dois membros:

$$(x - \bar{x})(y - \bar{y}) = b(x - \bar{x})^2$$

Esta equação se refere ao desvio de um determinado valor de Y em relação a média \bar{Y} , assim:

$$\sum (x - \bar{x})(y - \bar{y}) = b \sum (x - \bar{x})^2$$

$$b = \frac{\sum (x - \bar{x})(y - \bar{y})}{\sum (x - \bar{x})^2} = \frac{\textit{soma de produtos}}{\textit{soma de quadrados}}$$

dividindo-se o numerador e o denominador de b por n-1, vê-se

$$\text{que } b = \frac{\textit{Cov}(X, Y)}{s_X^2} = \frac{\left[\sum (x - \bar{x})(y - \bar{y}) \right] / n - 1}{\left[\sum (x - \bar{x})^2 \right] / n - 1}$$

“b” é denominado coeficiente de regressão de Y em X; simboliza-se por $b_{Y,X}$

podemos escrever a soma de quadrados de X da seguinte forma:

$$\sum (x_i - \bar{x})^2 = \sum x^2 - \frac{(\sum x)^2}{n}$$

E a soma de produtos (numerador) pode ser desenvolvida:

$$\begin{aligned} \sum (x - \bar{x})(y - \bar{y}) &= \sum (xy - x\bar{y} - \bar{x}y + \bar{x}\bar{y}) \\ &= \sum xy - \bar{y}\sum x - \bar{x}\sum y + n\bar{x}\bar{y} \\ &= \sum xy - \frac{\sum x \sum y}{n} - \frac{\sum x \sum y}{n} + \frac{n \sum x \sum y}{n^2} \\ &= \sum xy - \frac{\sum x \sum y}{n} \\ &= \sum xy - n\bar{x}\bar{y} \end{aligned}$$

Então:

$$b = \frac{\sum xy - \frac{\sum x \sum y}{n}}{\sum x^2 - \frac{(\sum x)^2}{n}} \quad \text{ou} \quad b = \frac{\sum xy - n\bar{x}\bar{y}}{\sum x^2 - \frac{(\sum x)^2}{n}}$$

Se dividirmos tanto o denominador como o numerador por n, a fórmula de b não ficará alterada.

Porém o denominador passará a indicar a *variância* de X, a saber:

$$\sigma_x^2 = \frac{\sum (X - \bar{X})^2}{N}$$

E o numerador se constituirá o que se denomina de *covariância*, isto é, a variabilidade média das variáveis X e Y analisadas simultaneamente:

$$Cov_{X,Y} = \sigma_{XY} = \frac{\sum (X - \bar{X})(Y - \bar{Y})}{N}$$

$$b = \frac{Cov_{X,Y}}{\sigma_X^2}$$

A variância de X é estimada por $s_X^2 = \frac{\sum (x - \bar{x})^2}{n - 1}$

E a covariância de x e y é estimada por:

$$Cov_{X,Y} = \frac{\sum (x - \bar{x})(y - \bar{y})}{n - 1}$$

$$b = \frac{Cov_{X,Y}}{s_X^2} = \frac{\sum xy - n\bar{x}\bar{y}}{(n - 1)s_X^2}$$

Quando se constata que o coeficiente de regressão de uma variável sobre outra não difere significativamente de zero, significa que os dois caracteres em estudo não estão relacionados.

Quando b difere significativamente de zero, seja $b < 0$ ou $b > 0$, existe associação entre os dois caracteres quantitativos.

Quando $b > 0$, as variáveis em estudo estão correlacionadas positivamente; o valor de uma variável aumentará com o aumento da outra e diminuirá com a diminuição da outra.

Quando $b < 0$, as variáveis estão correlacionadas negativamente, portanto variam em sentidos opostos. [4]

4. A nova metodologia de cálculo do PIB

A atualização de uma série de contas nacionais, usualmente referida como mudança de base, é, normalmente, compreendida como a atualização dos pesos das atividades econômicas de determinado ano. Quando se realiza a chamada “*mudança de base*”, incorpora-se, também, nova classificação de bens e serviços, novas fontes de dados, os resultados de pesquisas realizadas visando ao estabelecimento de marcos estruturais que serão referências para os próximos anos, como por exemplo, uma pesquisa de orçamentos familiares ou um estudo sobre as margens de comercialização de bens. Assim, considerando a amplitude da revisão apresentada, é recomendação que não se adote mais a expressão “*mudança de base*” por seu caráter restritivo ao trabalho realizado e se passe a referir à série atualizada como “nova série das contas nacionais – referência 2000”. Uma atualização do peso das atividades econômicas no Produto Interno Bruto – PIB visa melhorar a série de valores a preços constantes. A recomendação anterior para as séries de contas nacionais, ainda adotada nos SCN de muitos outros países, era que os valores a preços constantes fossem referenciados a um ano fixo. Ou seja, que os pesos adotados para a agregação de seus componentes permanecessem invariantes durante períodos de cinco ou dez anos. [7]

A nova série das Contas Nacionais e das Contas Regionais, divulgadas em 2007, atualizou a composição do PIB de todas as Unidades da Federação, com reflexos diretos no PIB dos Municípios. A principal mudança estrutural refere-se ao setor de serviços: considerando o ano 2002, esse setor ganhou peso na nova série de Contas Nacionais passando a representar 66,3% do valor adicionado. Esse aumento correspondeu a um ganho em mais de 10 pontos percentuais já que, anteriormente, o peso desse setor era de 55,7%, no mesmo período. Ao contrário, as atividades agropecuária e indústria perderam participação, passando, respectivamente, de 8,2% para 6,6% e de 36,0% para 27,1%. Essa alteração dos pesos nacionais afetou diretamente os pesos estaduais, mas não de forma proporcional. Salienta-se que o aumento do peso do setor serviços no País acar-

retou ganho de participação nos municípios em que há concentração dessa atividade, em especial nos municípios das capitais. A mudança estrutural na composição do PIB acarretou mudanças na participação percentual de cada Unidade da Federação no País. [8]

5. A linguagem de programação JAVA

Para a confecção do *software* proposto no escopo deste projeto, escolheu-se para linguagem de programação a linguagem denominada JAVA.

Muitos foram os fatores que influenciaram nesta escolha, em especial: grande portabilidade, podendo funcionar nos principais sistemas operacionais (Windows, Linux, Mac e celulares) com pequenos ajustes. O domínio prévio desta linguagem também influenciou em sua escolha. [2]

6. Metodologia

Para a obtenção dos resultados previstos e firmados no presente trabalho científico, fez-se uma leitura aprofundada da literatura especializada, passando por publicações gráficas e webgráficas. Para um projeto do porte e ambição como este, se torna imprescindível a realização de experimentos diversos.

Neste levantamento exploratório identificaram-se e obtiveram-se dados referentes aos PIB's do Amazonas desde 1985 até 2005. Esta tarefa foi sobremaneira facilitada pelo apoio a este projeto dado pela SEPLAN, o qual não somente forneceu os dados utilizados nesta pesquisa, como também promoveu um curso referente à técnica estatística: regressão linear, amplamente utilizada em todo este trabalho.

Pelo interesse no assunto, a partir das grandes e rápidas transformações econômicas por que vem passando, sobretudo a capital Manaus, com seu Pólo Industrial (PIM) que responde por mais da metade do PIB estadual, realizou-se uma pesquisa

bibliográfica, referente a publicações de assuntos correlacionados com o tema proposto. Analisou-se a possibilidade da existência de algum trabalho semelhante sobre o tema.

Para a fundamentação teórica do estudo de Regressão Linear, em sua maioria, foi utilizada a literatura clássica sobre o assunto; para o estudo do PIB, recorreu-se a textos especializados fornecidos pela SEPLAN, dissertações e artigos.

Após a coleta de dados através do convênio com a SEPLAN, iniciou-se o tratamento dos mesmos. Inicialmente, utilizou-se o *software* Minitab versão 14 para as primeiras análises estatísticas. Tão logo desenvolvemos o nosso *software*, as análises passaram então a serem feitas por ele. Todos os resultados e gráficos presentes neste trabalho foram tratados, calculados através do *software* desenvolvido neste trabalho.

Na medida em que os dados foram sendo tratados e os resultados sendo aferidos, verificou-se que a técnica de Regressão Linear seria mesmo adequada para o tratamento dos dados e projeções futuras do PIB amazonense.

A partir desse momento, a pesquisa se concentrou nas análises dos resultados obtidos, dando base acadêmica ao estudo e a proposta inicial de fazer projeções futuras do PIB Estadual.

7. Confecção do *software*

Após a modelagem dos dados através do modelo de regressão linear simples, foi iniciada a parte final do presente trabalho. Os estudos e cálculos aqui mencionados estão contidos numa ferramenta computacional. Tal ferramenta automatizará todo o processo de previsão do PIB abordado neste trabalho, facilitando sua visualização e análise a partir dos gráficos gerados.

Pondera-se que seria útil a construção de um *software* que atendesse ao caso específico do tema proposto neste estudo, e que,

além de tudo, fosse de fácil uso e entendimento. Julgou-se ser interessante também a interdisciplinaridade no projeto, unindo-se conhecimentos de grandes áreas de estudo, tais como a Administração, a Economia, a Estatística e a Computação.

Na Figura 1, observa-se que o software possibilita que se alterem os valores contidos nas séries, ou mesmo que se criem outras séries de dados, podendo assim ser usado em qualquer região do país.

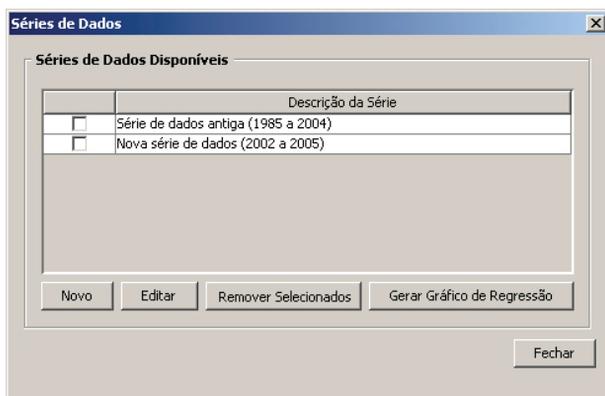


Figura 1 – Tela do *Software*

8. Resultados

Os resultados aqui expostos foram obtidos através do banco de dados produzido pela metodologia antiga do IBGE em parceria com a SEPLAN, entre os anos de 1985 a 2005.

A partir dos dados, fizemos uma análise de regressão linear simples obtendo a seguinte equação e gráfico: $PIB = - 1,20E+09 + 614897 \text{ Ano}$

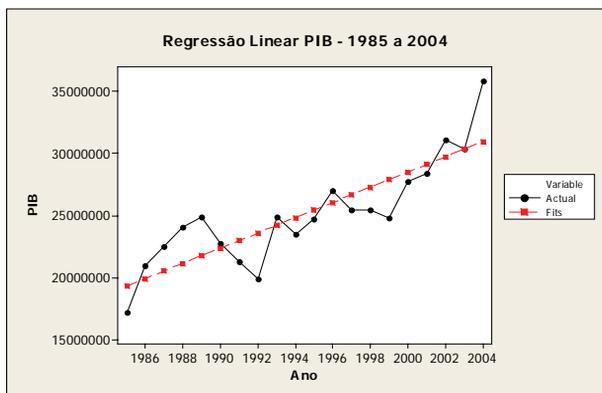


Gráfico 1 - Gráfico para a série de dados antiga

Percebe-se através do Gráfico 1 uma grande distância entre os valores reais e estimados para o ano de 2004, isso ajuda a explicar o coeficiente de determinação ($R^2 = 0,736$). Segundo a literatura consultada, este nível de correlação é considerado satisfatório. O que equivale a dizer que o modelo de regressão é válido para este conjunto de dados. Porém, este valor possivelmente causaria uma subestimação das estimativas para os anos subseqüentes.

Usando o modelo de regressão, encontra-se um valor estimado para 2005 de aproximadamente R\$ 32 Bi, o que representaria para esta série um valor muito abaixo do esperado, uma vez que o Estado do Amazonas teve um crescimento real muito superior a este valor estimado.

Para este conjunto de dados, usando o modelo proposto, temos que o crescimento do PIB estimado para 2006 em relação ao valor de 2005 é de aproximadamente 1,9%. O que mostra a fragilidade deste modelo de regressão linear.

Deve-se lembrar que os valores usados aqui se referem aos valores calculados com a metodologia antiga do IBGE. Para os anos de 2002 a 2005 foram refeitos os cálculos e apresentados novos números através da nova metodologia.

Nesta experiência, utilizou-se o banco de dados produzido através da nova metodologia de cálculo para o PIB, desenvolvida pelo IBGE. Ela compreende os anos de 2002 a 2005. Novamente foi feita uma análise de regressão linear simples da qual obteve-se a seguinte equação representada no gráfico: $\text{PIB} = - 7,99\text{E}+09 + 4004075 \text{ Ano}$

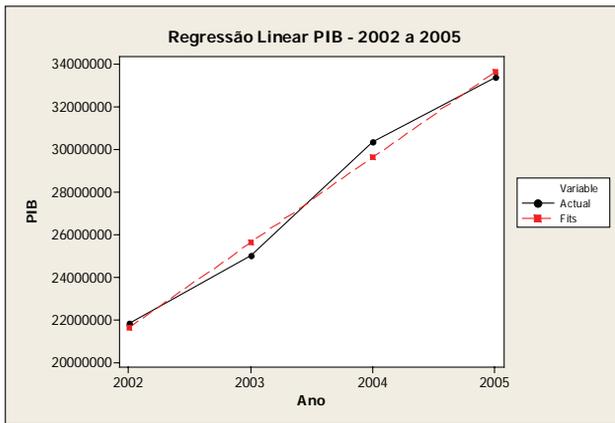


Gráfico 2 - Gráfico para a série de dados nova

O Gráfico 2, que utiliza a nova metodologia do IBGE, nos forneceu um resultado muito mais confiável, devido ao coeficiente de correlação ($R^2 = 0,988$); uma vez que quanto maior for o valor do coeficiente de correlação mais relacionadas estão as variáveis, ou seja, quanto maior o valor de R^2 mais facilmente poderemos determinar o valor de uma variável a partir da outra.

A nova série apresenta um resultado muito mais linear. Isso facilita novas projeções e torna o modelo de predição mais robusto. Logo, as estimativas feitas para os anos subsequentes serão mais confiáveis.

No entanto, deve-se ter cuidado com as estimativas pontuais e atentar para as estimativas intervalares. Para o ano de 2006 temos uma amplitude de R\$ 7,42 Bi e para 2007, R\$ 9,95 Bi. Isso significa

dizer que: qualquer valor é aceitável dentro destes intervalos. Para 2006 temos o intervalo de R\$ 33.911.332.000 a R\$ 41.329.641.000. Para 2007 temos um intervalo de R\$ 36.648.209.000 a R\$ 46.600.914.000.

Salienta-se que na medida em que as estimativas vão se afastando da última observação, o modelo se torna menos eficaz e conseqüentemente com intervalos maiores e menos confiáveis.

9. Conclusões e trabalhos futuros

A presente pesquisa definiu como objetivo geral estimar de forma pontual e intervalar, através de um modelo de regressão linear, o PIB do Estado do Amazonas. Seguindo os objetivos específicos, o estudo discorreu sobre o PIB, sua importância para qualquer análise econômica, bem como a sua alta relevância para os formadores de políticas do país, estados, municípios e organizações privadas.

O Estado do Amazonas vem apresentando crescimento econômico acima da média nacional. No ano de 2005, o Amazonas apresentou crescimento do seu Produto Interno Bruto de 10,2% segundo a nova metodologia, atingindo R\$ 33,359 bilhões, passando a participar em 1,6% do produto nacional.

Na medida em que os dados fornecidos pela SEPLAN foram sendo tratados e os resultados aferidos, obteve-se números que se ajustam ao modelo de regressão linear. É importante ressaltar que estes cálculos foram feitos também para os dados encontrados a partir da nova metodologia de cálculo do PIB, o resultado também se ajustou ao modelo linear. Desta forma, verificou-se que a técnica proposta por este trabalho (Regressão Linear) seria mesmo adequada para o tratamento dos dados e projeções futuras do PIB amazonense.

Os resultados desta pesquisa explicitam que há diferenças bastante significativas entre as bases de cálculo utilizadas no cálculo

do PIB no passado e a atual. Os coeficientes de correlação apresentaram discrepâncias que indicam que esta nova base de cálculos do PIB fornece dados que, analisados sob a ótica do nosso modelo de regressão linear simples, mostrou ser muito mais confiáveis, muito embora seja curta a série de dados.

Por fim, baseando-se nos materiais consultados para a produção desta pesquisa e no que se produziu, foi implementado um *software* que condensou em si as informações presentes neste trabalho. Este *software* foi concebido devido à necessidade e carência das informações aqui presentes, uma vez que estas informações são de grande importância para o Estado e empresas privadas. Outro fato que motivou a implementação deste *software* foi o de facilitar o acesso a essas informações através de uma ferramenta computacional de fácil manuseio, uso específico e alta confiabilidade. Esta ferramenta pode ser ainda mais precisa e eficiente, bastando para isso sofrer as devidas melhorias através de técnicas estatísticas mais robustas, uma base de dados mais povoada e o uso de outras variáveis além do valor PIB e do tempo. Na forma como foi concebida, pode atender uma demanda existente por informações estruturadas para projeções de variáveis econômico-financeiras do Estado do Amazonas, sendo de grande utilidade para o uso técnico local, em particular da SEPLAN/AM.

Para concluir, baseado nos resultados aqui obtidos, há evidências que sugerem o estudo das desigualdades regionais a partir do modelo exposto. Pode-se propor que estudos futuros utilizem como subsídios as informações fornecidas por este estudo, fazendo-se uso do *software* em conjunto com os dados mais atuais fornecidos pelo IBGE e secretarias Estaduais de todo o país.

Agradecimentos

Agradecemos à Secretaria de Estado de Planejamento e Desenvolvimento Econômico – SEPLAN/AM, na pessoa do seu Diretor do Departamento de Estudos, Pesquisas e Informações,

Geraldo Souza, pelo total apoio, dedicação e interesse na elaboração deste estudo.

Referências

[1] ASSAF NETO, Alexandre. Mercado financeiro. 7^a. ed. São Paulo: atlas, 2006. 302 p.

[2] DEITEL, H. M.; DEITEL, P.J. – Java: Como Programar. 6^a ed. Pearson Prentice Hall, 2005.

[3] MONTEIRO, C; HERASME, M. PIB por unidade da federação: Valores correntes e constantes 1985-1996. Texto para discussão, Rio de Janeiro, 1998.

[4] MONTGOMERY, Douglas C; PECK, Elizabeth A.; VINING, G. Geoffrey. Introduction to linear regression analysis. 3^a ed. New York: Wiley, 2001.

[5] RIBEIRO, José Sandro da Mota; FREITAS, Francisco Alves. Produto Interno Bruto - PIB 1998 - 2004, 2006. Manaus. Disponível em: <www.seplan.am.gov.br> Acesso em: setembro de 2007.

[6] SILVA, Ermes Medeiros; SILVA, Elio Medeiros; GONÇALVES, Valter; MUROLO, Afrânio Carlos. Estatística para os cursos de Economia, Administração e Ciências Contábeis. 3^a ed. São Paulo: Atlas, 1999.

[7] IBGE. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/contasregionais/2002_2005/default_SCN.shtml> Acesso em: janeiro de 2008.

[8] IBGE. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/pibmunicipios/2005/comentario.pdf>> Acesso em: janeiro de 2008.

Normas aos colaboradores da Revista Controle

1. Os artigos e resenhas enviados para seleção devem ser inéditos.
2. Para fins de seleção, o(s) autor(es) deverá(ão) enviar cópias para o e-mail: comunicacao@tce.ce.gov.br, com o assunto “Publicação Revista Controle”.
3. Os artigos deverão ter, no máximo, 15 e, no mínimo, 10 páginas, com espaçamento entrelinha de 1,5 e fonte “Times New Roman”, tamanho 12.
4. Cada artigo deverá conter um resumo de cerca de cem palavras, o qual propicie uma visão global e antecipada do assunto tratado.
5. As indicações bibliográficas no texto devem obedecer, por exemplo, à forma (Barat, 1978) e, se for o caso, acrescidas de referência ao número da página citada: (Barat, 1978, p.15). A referência completa deverá ser apresentada no fim do artigo, em ordem alfabética, com: no caso de livros - autor(es), título completo do livro, nome e número da série ou coleção (se houver), edição, local, editora e ano de publicação; e, no caso de artigos de periódicos - autor(es), título completo do artigo, título completo do periódico, local, número e volume, número de páginas, mês e ano da publicação.
6. Cada autor receberá, sem nenhum ônus, três exemplares do número da revista em que foi publicado o seu trabalho.
7. 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 ESCOLA DE CONTAS E CAPACITAÇÃO MINISTRO PLÁCIDO CASTELO
RUA SENA MADUREIRA, 1047 - CENTRO
CEP: 60-055-080 - FORTALEZA - CEARÁ