Revista do TCE

ISSN 2177-0867
Ano IV | n. 7 | jan./jun. 2010

Tribunal de Contas do Estado da Paraíba

Versão em formato PDF da Revista do Tribunal de Contas do Estado da Paraíba.

CAPA:

Detalhe do quadro "Porto da Saudade. Porto do Capim"(2002), do artista plástico paraibano Flávio Tavares (acrílico sobre tela, 150 x 197 cm, acervo do TCE/PB).

FICHA CATALOGRÁFICA

REVISTA DO
Tribunal de Contas do
Estado da Paraíba

Catalogação elaborada pela Divisão de Documentação e Arquivo do TCE-PB

Revista do Tribunal de Contas do Estado da Paraíba.– Ano. IV, n.07 (jan./ jun. 2010)---. João Pessoa: Tribunal de Contas do Estado da Paraíba, 2002-

Semestral

Publicação suspensa, 2005 a 2009.

ISSN 2177-0867

DISTRIBUIÇÃO GRATUITA | TIRAGEM: 500 exemplares

ISSN 2177-0867
Revista do TCE-PB | João Pessoa | Ano IV | n. 7 | p. 1-286 | jan./jun. 2010

Projeto gráfico, capa e diagramação :
Anderson Rodrigues

capa:
Obra do artista plástico Flávio Tavares / Foto: Elias Felix do Nascimento

Impressão e acabamento:
Gráfica Moura Ramos

Informações sobre a Revista TCE-PB

CONSELHO EDITORIAL

Min. Luiz Octávio Pires e Albuquerque Gallotti
Ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal, Ex-Procurador do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Distrito Federal, Ex-Ministro do Tribunal de Contas da União

Prof. Dr. António José Avelãs Nunes
Professor Catedrático Jubilado da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal), Ex-Vice-Reitor da Universidade de Coimbra, Doutor Honoris Causa pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná e pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Alagoas

Prof. Dr. Dirley da Cunha Júnior
Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia e Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Professor da Universidade Federal da Bahia, Juiz Federal Titular da 5ª Vara da Seção Judiciária da Bahia

Prof. Dr. Fabrício Macedo Motta
Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo, Procurador do Ministério Público junto ao TCM/GO, Presidente do Instituto de Direito Administrativo de Goiás (IDAG)

Prof. Dr. Manoel Alexandre Cavalcante Belo
Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, mestre em Ciência Política pela Université des Sciences Sociales de Toulouse (França) e Doutor de Estado em Ciência Política pela Université des Sciences Sociales de Toulouse (França). Professor Titular do Centro Universitário de João Pessoa (UNIPÊ) e professor aposentado da Universidade Federal da Paraíba

Prof. Dr. Pedro Sabino de Farias Neto
Pós-Doutor em Políticas e Estratégias pela Universidade de São Paulo, Doutor em Engenharia de Produção pela Universidade de São Paulo, Mestre em Administração pela Universidade de São Paulo, Engenheiro Civil pela Universidade de São Paulo e Economista pela Universidade de São Paulo (USP). Professor Titular da Universidade Federal da Paraíba

EDITOR

Prof. Dr. Marcílio Toscano Franca Filho
Procurador-Geral do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da Paraíba, Professor Visitante do Mestrado em Relações Internacionais da Universidade Estadual da Paraíba (UEPB), Mestre (UFPB, 1999), Doutor (Universidade de Coimbra, FCT, 2006) e Pós-Doutor (European University Institute, Florença, 2008, Calouste Gulbenkian Post-Doctoral Fellow) em Direito

COMISSÃO EXECUTIVA

Andre Luiz de Almeida Pereira
Francisco Eduardo Falconi Andrade
Luciano Gomes Félix de Medeiros
Niltamir Galdino Guedes
Renata Carneiro Campelo Diniz

EDITORIAL

Mais Transparência, Mais Publicidade, Mais Accountability

Ao formular o seu plano estratégico para o período 2010-2014, o Tribunal de Contas do Estado da Paraíba decidiu que um dos grandes objetivos a serem perseguidos pela Corte nesse qüinqüênio é precisamente melhorar a sua comunicação com a sociedade. Para tanto, o Tribunal de Contas tem-se empenhado em alargar e aperfeiçoar os seus canais de informação, sejam eles digitais ou convencionais. Em sintonia com esse esforço, o Tribunal dá prosseguimento à publicação da sua já tradicional Revista e, em simultâneo, inaugura uma nova fase desse periódico.

Ao lado de uma longa série de outras iniciativas, constitui a Revista do Tribunal de Contas do Estado da Paraíba mais um instrumento de grande relevância não apenas para ampliar a transparência da atuação da Corte de Contas paraibana, prestigiando os princípios constitucionais da publicidade e da *accountability*, mas também para fortalecer a sua interação com a sociedade, na defesa do erário, da ordem jurídica e do Estado de Direito, apanágios da Democracia. A Revista traz artigos doutrinários de grande relevo, importantes precedentes desta Corte de Contas bem assim algumas notícias sobre as atividades quotidianas do Tribunal, possibilitando à comunidade jurisdicionada, aos profissionais que atuam junto ao setor público e aos estudiosos da Administração e do Direito Públicos mais informação, conhecimento, discussão e debate acerca dos temas mais relevantes para a melhor prática administrativa.

Como dito acima, o número que ora se dá a público inaugura uma nova fase da Revista do Tribunal de Contas da Paraíba. Editada desde 2002, a publicação passa agora por uma profunda reforma gráfica e estrutural, procurando tornar-se mais moderna e atraente e visando uma leitura mais fácil, ágil e agradável. No âmbito desse processo de modernização, merece destaque o fato de que, com este número, o periódico passa a ser publicado, simultaneamente, em papel e em meio digital, de maneira a ampliar, baratear e facilitar a sua circulação e de modo a se alinhar aos esforços de virtualização documental já experimentados pela Corte de Contas em diversos setores.

Outra novidade presente a partir deste número é a inclusão do ISSN, o Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas, um identificador bibliográfico definido pela norma ISO 3297 e aceito internacionalmente para individualizar o título de uma publicação seriada, tornando-o único e definitivo, o que permite que o conteúdo da Revista do Tribunal de Contas do Estado da Paraíba seja indexado e validado para diversos usos oficiais a partir de agora.

Para além dessas mudanças formais, a revista passa a contar ainda com um prestigioso Conselho Editorial, plural e multidisciplinar, como pretende ser a própria pu-

blicação. Constituído por respeitados Professores Doutores, autores e autoridades de competência incontestável na seara do Direito e da Administração Pública no Brasil e no exterior, o Conselho Editorial desempenha papel relevante para a manutenção da qualidade dos conteúdos aqui publicados e na busca constante pelo aprimoramento deste periódico. Aos membros do Conselho Editorial - Min. Luiz Octávio Pires e Albuquerque Gallotti, Prof. Dr. António José Avelãs Nunes, Prof. Dr. Dirley da Cunha Júnior, Prof. Dr. Fabrício Macedo Motta, Prof. Dr. Manoel Alexandre Cavalcante Belo e Prof. Dr. Pedro Sabino de Farias Neto - há de ser registrado público, maiúsculo e sincero agradecimento pelo elevado espírito republicano e desprendimento em colaborar espontânea e voluntariamente com este Tribunal de Contas da Paraíba, não apenas na feitura desta revista mas na própria densificação do preceito constitucional da transparência pública.

Ainda na seara do conteúdo, motivo de especial júbilo para a Revista do Tribunal de Contas da Paraíba é o fato de que, neste volume, são publicadas as três monografias vencedoras do Prêmio Tarcísio de Miranda Burity, láurea conferida pela Corte de Contas paraibana para homenagear um grande Professor de Direito e homem público paraibano. Tendo obtido êxito em um rigoroso e disputado concurso público do qual participaram concorrentes de diversos estados da federação, os três jovens autores vencedores do Prêmio Tarcísio de Miranda Burity trazem contribuições inovadoras, importantes e bem articuladas sobre a Administração Pública e o controle externo dos atos do Poder Público.

É oportuna, finalmente, uma nota particular sobre o conceito que perpassa toda a presente edição. Com ela, procurou-se reafirmar o desvalor contemporâneo da ultrapassada dialética que opõe global e local. No presente volume se encontram em harmonia e salutar complementariedade tanto a valorização dos traços e das cores da cultura local – como, por exemplo, na bela reprodução, em nossa capa, da tela de Flávio Tavares sobre o comércio da Paraíba –, como a preocupação em não descuidar da dimensão global e comparada do controle externo – presentes, por exemplo, nos artigos do insigne catedrático português António Avelãs Nunes e do eminente Conselheiro Guilherme d' Oliveira Martins, Presidente de Tribunal de Contas de Portugal. A plena eficácia do controle externo da Administração Pública exige dos Tribunais de Contas essa sagaz aproximação entre o global e o local, sob pena de, descuidando-se de um ou de outro, perder as suas raízes de legitimidade ou desconectar-se da sua realidade.

Ao concluir, é preciso registrar que, em grande medida, o trabalho desempenhado pelo Tribunal de Contas da Paraíba é cocriativo e colaborativo, valendo-se constantemente de parcerias com outros órgãos, entidades e pessoas para melhor executar a sua missão constitucional. Nessa contextura e reafirmando o elevado valor que a Corte atribui à cooperação no âmbito do controle externo, esta Revista ressalta o seu caráter aberto e plural e almeja que todos possam desfrutar e participar dos conteúdos aqui publicados.

O Editor

ÍNDICE

1. EDITORIAL **07**

2. ARTIGOS **11**

AS RESPONSABILIDADES INERENTES À GESTÃO PÚBLICA - Notas sobre a responsabilidade financeira em especial, Guilherme d'Oliveira Martins **13**

OS TRIBUNAIS E O DIREITO À SAÚDE, António José Avelãs Nunes **20**

O CONTROLE DA MAGISTRATURA DE CONTAS SOBRE O MINISTÉRIO PÚBLICO - Reflexões em torno da criação conjunta do CNTC /MPJTC, Michael Richard Reiner **48**

NEOCONSTITUCIONALISMO E CONTROLE DA GESTÃO ADMINISTRATIVA AMBIENTAL PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS BRASILEIROS, Carlos Roberto Galvão Barros **61**

SEGURANÇA JURÍDICA E TRIBUNAIS DE CONTAS - Considerações sobre a incidência do prazo decadencial do art. 54 da lei nº 9.784/99 nos exames de legalidade de aposentadorias, reformas e pensões, Francisco Eduardo Falconi de Andrade **88**

O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE JUDICIAL DA DISCRICIOARIEDADE ADMINISTRATI VA, Karoline da Silva Costa **101**

A SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO: RELEITURA, Ana Jovina de Oliveira Ferreira **132**

OS LIMITES DO CONTROLE JUDICIAL DAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS DE CONTAS, Fábio Lucas M. de Souza Barbosa **141**

REPRESENTAÇÃO AO TRIBUNAL DE CONTAS POR IRREGULARIDADES LICITATÓRIAS E O PRAZO DECADENCIAL DO ARTIGO 41, §2º, DA LEI 8.666/93 À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Guilherme Farias Florentino **166**

O CONTROLE DA LEGALIDADE DA GESTÃO PÚBICA DECORRENTE DO REGULAMENTO AUTÔNOMO, Demétrio Demerval Trigueiro do Vale Neto **174**

DOS PROCESSOS NOS TRIBUNAIS DE CONTAS NOS CASOS DE PREFEITOS FALECIDOS, José Luciano Sousa de Andrade **194**

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO E O CONTROLE SOBRE A GESTÃO PÚBLICA DO MEIO AMBIENTE UMA ABORDAGEM SOBRE A AUDITORIA AMBIENTAL DE NATUREZA OPERACIONAL, Ana Celecina Lucena da Costa **216**

3. DECISÕES E PARECERES 235

DECISÃO DO TRIBUNAL PLENO, Prestações de Contas Anuais, Administração Estadual Indireta, Paraíba Previdência (Pbprev), Relator Conselheiro Fernandes Rodrigues Catão **237**

DECISÃO DO TRIBUNAL PLENO, Prestação de Contas Anuais, Secretária do Estado da Saúde, Relator Conselheiro Fernandes Rodrigues Catão **252**

DECISÃO DO TRIBUNAL PLENO, CONSULTA, Possibilidade de efetivação dos Agentes Comunitários de Saúde, Relator Conselheiro Fábio Túlio Filgueiras Nogueira **265**

PARECER MINISTERIAL, Recurso de Reconsideração em sede Prestação de Contas Anuais, Prefeitura Municipal de Patos, Procurador Marcílio Toscano Franca Filho **274**

PARECER MINISTERIAL, Aposentadoria por invalidez junto à PBPREV, Procuradora Sheyla Barreto Braga de Queiroz **277**

4. NOTÍCIAS 281

Processo eletrônico abre novo capítulo na história do TCE **283**

TCs Querem criação de Conselho Nacional **283**

TC oferece SAGRES para atendimento à Lei da Transparência **285**

5. INSTRUÇÕES AOS AUTORES 287

ARTIGOS

AS RESPONSABILIDADES INERENTES À GESTÃO PÚBLICA

NOTAS SOBRE A RESPONSABILIDADE FINANCEIRA EM ESPECIAL

Guilherme d'Oliveira Martins
Presidente do Tribunal de Contas de Portugal, Professor Catedrático Convidado da Universidade Lusíada (Portugal) e Professor Catedrático Convidado do Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas da Universidade Técnica de Lisboa (ISCSP, Portugal).

RESUMO: *A responsabilidade financeira em Portugal passou por profundas alterações introduzidas pela Lei nº 48/2006, de 29 de agosto. O artigo analisa as principais mudanças, em um didático estudo de Direito Financeiro Comparado. O texto dedica especial destaque à alteração do paradigma da responsabilidade financeira em Portugal, o seu caráter misto (punitivo e reintegratório) e a vocação pedagógica e não meramente punitiva do Tribunal de Contas português.*

PALAVRAS-CHAVE: *Responsabilidade Financeira. Controle Externo. Tribunal de Contas.*

SUMÁRIO: *Introdução; 1. As responsabilidades inerentes à gestão pública. Tipologia; 2. O dever de prestar contas; 3. Da responsabilidade financeira em especial; 3.1. Noção; 3.2. Os responsáveis; 3.3. As sanções por infracções financeiras; 3.4. As sanções por infracções não financeiras; 4. Conclusões.*

INTRODUÇÃO

Sem perder de vista as diversas formas de responsabilidade inerentes à gestão financeira pública, vamos no presente trabalho dar particular atenção à responsabilidade financeira e seu regime jurídico, considerando, naturalmente, quanto a esta última parte, as alterações introduzidas em 2006 à Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto) através da Lei nº 48/2006, de 29 de Agosto. Apesar de terem já decorrido cerce de 4 anos sobre a sua publicação, esta Lei é, para nós, uma Lei de grande significado, na medida em que concretizou o que temos designado por "mudança de paradigma" na aplicação e consideração da responsabilidade financeira. Seguindo o que há muito era defendido pela "escola de Lisboa" do Direito Financeiro e, antes de todos, pelo seu fundador o Professor Doutor António Luciano de Sousa Franco, passou a adoptar-se um critério objectivo de responsabilização, centrado no princípio da "perseguição dos dinheiros e valores públicos onde quer que eles se encontrem". Passou, pois, a importar, não tanto a lógica subjectiva baseada numa lista de entidades sujeitas a jurisdição para efeitos de responsabilidade financeira, mas sim o facto de haver dinheiros e outros valores públicos confiados – passando a ser responsabilizáveis todos quantos tenham intervenção relevante, segundo a lei, na respectiva utilização.

1. AS RESPONSABILIDADES INERENTES À GESTÃO PÚBLICA. TIPOLOGIA

Encontramos diversos tipos de responsabilidade previstos em consequência de actos financeiros públicos. Todos os gestores ou administradores (que actuem quer no sector público, quer no sector privado) de dinheiros, de fundos ou de outros valores públicos devem prestar contas, respondendo perante a entidade que tem poder para lhes tomar as contas. Trata-se do que os anglo-saxónicos designam por "*accountability*" — isto é, responsabilidade pela prestação de contas e pela gestão. No dizer do Prof. António de Sousa Franco: «a responsabilidade constitui um dever e uma sujeição daqueles a quem foram confiados os dinheiros públicos, quer liquidem ou cobrem receitas, quer autorizem, confiram ou paguem despesas: são os contáveis, que se configuram como seus sujeitos passivos e o Tribunal de Contas como órgão julgador, sendo o Estado (Fazenda Nacional) titular dos fundos confiados objecto de prestação de contas»[1].

O princípio da responsabilidade pela gestão é, assim, um dos princípios intrínsecos ao exercício da actividade financeira pública, ao qual está subjacente não apenas o dever de prestação de contas (em matéria de legalidade e conformidade da gestão) mas também a ideia de imputação aos gestores públicos dos resultados (bons, maus, legais ou ilegais) da gestão realizada. Talvez por essa razão, este seja um dos domínios onde se pode falar da existência de uma verdadeira pluralidade jurídica, uma vez que uma mesma situação ou circunstância poderá fazer accionar, em simultâneo, diversos mecanismos de responsabilização.

A própria Constituição da República se refere a esta pluralidade jurídica quando, a propósito da responsabilidade dos titulares de cargos políticos, faz referência não apenas à sua responsabilidade política, mas igualmente à sua responsabilidade civil e criminal (artigo 117.º, n.º 1). Seguindo a mesma linha de orientação, a nossa lei fundamental atribui ao Tribunal de Contas poderes para efectivar responsabilidades financeiras (artigo 214.º, n.º 1, al. b), concretizando a Lei do Tribunal de Contas a responsabilidade financeira dos titulares dos cargos políticos por actos de má gestão financeira.

Mas não apenas os titulares de cargos políticos devem responder pelas suas acções e omissões no âmbito da gestão financeira pública. A este propósito, a Lei de Enquadramento Orçamental (Lei nº 91/2001, de 20 de Agosto), esclarece:

> *Os funcionários e agentes são responsáveis disciplinar, financeira, civil e criminalmente pelos seus actos e omissões de que resulte violação das normas da execução orçamental (artigo 70.º, n.º 2).*

Consagra-se, assim, o princípio da responsabilidade pelos actos de execução orçamental. Quando um titular de cargo político ou um funcionário e agente do Estado ou das demais entidades, que tenham a seu cargo a gestão ou utilização de dinheiros públicos, pratique um acto de gestão financeira, violando a lei, prevê-se que fique sujeito a sanções ou à reparação em consequência do acto praticado.

No actual quadro jurídico português temos a considerar, deste modo, os seguintes tipos de responsabilidades:

a) **Responsabilidade política** — accionada essencialmente pela Assembleia da República, dando origem a um eventual juízo político de censura, que pode ir até à demissão do Governo, pelo funcionamento dos mecanismos constitucionais ou à realização de inquérito parlamentar (artºs 117º, nº 1, 190º e 191º da CRP).
b) **Responsabilidade criminal** — efectivada pelo Tribunais criminais, ocorre nas circunstâncias em que a acção/omissão em causa preenche um tipo legal previsto na Lei penal, havendo que distinguir, na parte que ora nos interessa, os crimes de responsabilidade

1 *Finanças Públicas e Direito Financeiro, vol. I, 4.ª edição, Almedina, Coimbra, 1997, pág. 469.*

(em que incorrem os titulares de cargos políticos, por atentarem contra o disposto na legislação da contabilidade pública, contra a propriedade da Administração e a guarda e correcta utilização dos dinheiros públicos) — artºs 117º e 130º da CRP e Lei nº 34/87, de 6 de Julho —, bem como os crimes financeiros consagrados na lei penal (corrupção — artºs 424º e segs. do C. Penal; abuso de confiança — artº 300º do C. Penal).

c) **Responsabilidade civil** — efectivada pelos Tribunais cíveis, compreende a reparação indemnizatória dos prejuízos causados ao Estado e outras entidades públicas pela prática culposa de actos financeiros ilegais. Poderá ainda haver lugar, nos termos definidos na Lei, a responsabilidade pelo risco e a responsabilidade por facto lícito, que são duas formas de responsabilidade que operam independentemente da culpa do agente.

d) **Responsabilidade disciplinar** — aplica-se aos agentes administrativos ou a outros entes sujeitos a poder disciplinar, qualificando nalguns casos a lei financeira determinados comportamentos como passíveis de procedimento disciplinar, além dos que constam nas leis gerais — designadamente no Estatuto Disciplinar dos Agentes do Estado.

e) **Responsabilidade financeira** — efectivada pelo Tribunal de Contas, compreende a reintegração dos fundos públicos objecto de prática ilegal ou irregular por parte das entidades responsáveis. Estamos perante uma «responsabilidade distinta das anteriores, designadamente pelo carácter misto (punitivo e reintegratório) e pelo facto de se referir ao valor dos fundos que foram colocados em risco pelo acto praticado ou que deste foram objecto» — como afirma o Prof. António de Sousa Franco[2] [3]. Atenhamo-nos ao caso da responsabilidade financeira *stricto sensu*. Esta tem como fundamento a reintegração da Fazenda Nacional pelo valor em que foi lesada, envolvendo os valores objecto da lesão, não o prejuízo causado, e abrangendo, eventualmente, a reintegração (reposição) e a punição (multa). Estamos perante o julgamento de contas ou a prestação de contas, pelo que a prova sobre o modo como foram utilizados os dinheiros públicos cabe a quem tem a seu cargo a respectiva utilização como no caso do fiel depositário.

2. O DEVER DE PRESTAR CONTAS

Segundo o artigo 51º da Lei nº 98/97, de 26 de Agosto (Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas), estão sujeitas a prestação de contas diversas entidades: Presidência da República, Assembleia da República, Assembleias Legislativas das Regiões Autónomas, Tribunais, Serviços do Estado e das Regiões Autónomas, incluindo os localizados no estrangeiro, personalizados ou não, dotados de autonomia administrativa e financeira, compreendendo os Fundos Autónomos e organismos em regime de instalação, o Estado-Maior General das Forças Armadas e respectivos Ramos, a Santa Casa da Misericórdia e o seu Departamento de Jogos, o Instituto de Gestão do Crédito Público, a Caixa Geral de Aposentações, as Juntas e Regiões de Turismo, as Autarquias Locais, suas associações, federações e seus serviços autónomos, áreas metropolitanas e assembleias distritais, os conselhos administrativos ou comissões administrativas ou de gestão, juntas de carácter permanente, transitório ou eventual, outros administradores ou responsáveis por dinheiros ou outros activos do Estado ou de estabelecimentos que ao Estado pertençam. À vasta lista acresce, ainda, nos termos do nº 2 do mesmo artigo, os serviços que exercem funções de caixa da Direcção-Geral do Tesouro, da Direcção-Geral das Alfândegas e dos Impostos Especiais sobre o Consumo e da Direcção-Geral dos Impostos (DGCI), os estabelecimentos com fun-

2 Direito Financeiro e Finanças Públicas, vol. I, Lisboa, 1980, pág. 304 e págs. 479 e segs.

3 Sobre o tema vd.: António Braz Teixeira, Finanças Públicas e Direito Financeiro, Lisboa, 1988, pág. 203; Ernesto Trindade Pereira, O Tribunal de Contas, Lisboa, 1962, págs. 148 e segs.; José Tavares e Lídio Magalhães, Tribunal de Contas, Coimbra, 1990, págs. 135 e segs.; Lídio Magalhães, «Notas sobre a responsabilidade financeira», in Revista do Tribunal de Contas, nºs 5-6, Janeiro-Junho 1990, págs. 15-33. Retomamos no texto o que defendemos em Lições sobre a Constituição Económica Portuguesa — A Constituição Financeira (vol. 2), Lisboa, 1983-84, pág. 358 e segs.

ções de tesouraria e os cofres de qualquer natureza de todos os organismos e serviços públicos.

O Tribunal de Contas poderá anualmente dispensar as entidades referidas de lhe submeter as contas com base no montante anual de receita ou de despesa (artº 51º, nº 3) ou com fundamento na fiabilidade dos sistemas de decisão e de controlo interno constatado em anteriores auditorias ou de acordo com os critérios de selecção das acções e entidades a incluir no respectivo programa anual (artº 51º, nº 4). As contas das entidades referidas no citado artigo que sejam dispensadas de remessa ao Tribunal podem ser objecto de verificação e as respectivas entidades sujeitas a auditorias, mediante deliberação do Tribunal, durante o período de cinco anos (artº 51, nº 5).

3. DA RESPONSABILIDADE FINANCEIRA EM ESPECIAL

3.1. NOÇÃO

Por responsabilidade financeira deve entender-se a susceptibilidade de alguém poder vir a constituir-se na obrigação de repor fundos públicos e/ou suportar as sanções punitivas legalmente previstas, na sequência de acções de controlo desenvolvidas pelo Tribunal de Contas ou pelos órgãos de controlo interno, em virtude da violação de normas disciplinadoras da actividade financeira pública. Observemos, a partir desta noção, os aspectos essenciais deste instituto.

3.2. OS RESPONSÁVEIS

A responsabilidade financeira é pessoal, solidária ou subsidiária, não recaindo sobre órgãos ou serviços. A obrigação de repor dinheiros gastos de modo ilegal ou irregular constitui a forma mais comum de efectivação da responsabilidade financeira. Segundo o artigo 59º, nº 1, da Lei nº 98/97: «Nos casos de alcance, desvio de dinheiros ou outros valores e ainda de pagamentos indevidos, pode o Tribunal de Contas condenar o responsável a repor as importâncias abrangidas pela infracção, sem prejuízo de qualquer outro tipo de responsabilidade em que o mesmo possa incorrer». Estão, assim, em causa, nos termos deste preceito legal, três situações: alcance, desvio de dinheiros ou outros valores e pagamentos indevidos. Mas pode, ainda, o Tribunal de Contas condenar o responsável a repor todas as importâncias não arrecadadas em prejuízo do erário público nos casos de prática, autorização ou sancionamento doloso que impliquem a não liquidação, cobrança ou entrega de receitas em violação das normas legais aplicáveis (artº 60º).

Deste modo, responsabilidade financeira recai sobre o «agente ou agentes da acção» (artº 61º, nº 1), ou seja, sobre a pessoa a quem o facto ilícito é imputável[4] e, subsidiariamente, sobre os membros do Governo, gerentes, dirigentes ou membros dos órgãos de gestão administrativa e financeira ou equiparados, exactores dos serviços[5], organismos e outras entidades sujeitos à jurisdição do Tribunal de Contas, se forem estranhos ao facto, quando «por permissão ou ordem sua, o agente tiver praticado o facto sem se verificar a falta ou impedimento daquele a que pertenciam as correspondentes funções»; quando «por indicação ou nomeação sua, pessoa já desprovida de idoneidade moral, e como tal reconhecida, haja sido designada para o cargo em cujo exercício praticou o facto»; e quando «no desempenho das funções de fiscalização que lhe estiverem cometidas, houverem procedido com culpa grave, nomeadamente, quando não tenham acatado as recomendações do Tribunal em ordem à existência de um controlo interno» (artº 62º, nº 3).

---

4 A responsabilidade financeira recai sobre os membros do Governo nos termos e nas condições fixados para a responsabilidade civil e criminal prevista no artº 36º do Decreto nº 22 257, de 25 de Fevereiro de 1933, que dispõe o seguinte:
«São civil e criminalmente responsáveis por todos os actos que praticarem, ordenarem, autorizarem ou sancionarem, referentes a liquidação de receitas, cobrança, pagamentos, concessões, contratos ou quaisquer outros assuntos, sempre que dêles resulte ou possa resultar dano para o Estado:
1.º Os Ministros quando não tenham ouvido as estações competentes ou quando esclarecidos por estas em conformidade com as leis, hajam adoptado resolução diferente (…)».

5 Sobre a noção de exactor orçamental, vd., João Franco do Carmo, «Contributo para o estudo da responsabilidade financeira», in Revista do Tribunal de Contas, n.º 23, Jan.-Set., 1995, págs. 35 e segs..

Em suma, a Lei nº 48/2006 passou a adoptar um princípio objectivo de responsabilização que aflora na sujeição a fiscalização prévia dos actos e contratos das entidades de qualquer natureza criados pelo Estado ou por outras entidades públicas cujo objecto consista essencialmente no desempenho de funções administrativas, originariamente a cargo da Administração Pública, com encargos suportados por transferências dos *orçamento*s da entidade ou entidades que as criaram [cf. artº 5º nº 1 al. c)]. Por outro lado, alarga-se a responsabilidade financeira a todos quantos gerem ou utilizem dinheiros públicos, independentemente da natureza da entidade a que pertençam. Não importa, pois, a natureza da entidade, que pode ser pública ou privada, administrativa ou empresarial – o que importa é a natureza dos dinheiros que gere ou utiliza. Sempre que estes revistam natureza pública, o seu utilizador ou gestor terá de responder perante o Tribunal pela sua utilização.

3.3. AS SANÇÕES POR INFRACÇÕES FINANCEIRAS

Na responsabilidade pelos alcances[6] não há a consagração de uma responsabilidade objectiva. O que realmente se verifica, no dizer de José Tavares e Lídio de Magalhães, é apenas a lei colocar a cargo do responsável o ónus de provar que agiu sem culpa, o que não deve estranhar-se porquanto, também no domínio da responsabilidade civil contratual, a lei estabelece uma presunção de culpa do devedor (cfr. artº 799º do C. Civil)[7] .

Os casos em que o Tribunal de Contas pode aplicar multas, por infracções de natureza financeira, são os que vêm indicados no artigo 65º da Lei nº 98/97, ou seja: não liquidação, cobrança ou entrega nos cofres do Estado das quantias devidas; violação das normas sobre a elaboração e execução dos orçamentos, bem como sobre a assunção, autorização ou pagamento de despesas públicas; falta de efectivação ou retenção indevida dos descontos legalmente obrigatórios a efectuar ao pessoal; violação de normas legais ou regulamentares relativas à gestão e controlo orçamental, de tesouraria e de património; adiantamentos por conta de pagamentos nos casos não expressamente previstos na lei, utilização de empréstimos públicos em finalidade diversa da legalmente prevista, bem como ultrapassagem dos limites legais da capacidade de endividamento e utilização indevida de fundos movimentados por operações de tesouraria para financiar despesas públicas; pela execução de contratos a que tenha sido recusado o visto ou de contratos que não tenham sido submetidos à fiscalização prévia, quando a isso estavam legalmente obrigados; pela utilização de dinheiros ou outros valores públicos em finalidades diversas das legalmente previstas; pelo não acatamento reiterado e injustificado das injunções e recomendações do Tribunal e ainda pela violação de normas legais relativas à admissão de pessoal.

3.4. AS SANÇÕES POR INFRACÇÕES NÃO FINANCEIRAS

Para além destas situações, o Tribunal de Contas pode ainda aplicar multas por violação dos deveres de cooperação a que estão sujeitas as entidades debaixo do poder de controlo financeiro e jurisdicional do Tribunal. Assim, podem os Juízes Conselheiros do Tribunal decidir pela aplicação de multas nos casos de falta injustificada de remessa de contas, da sua remessa intempestiva ou de apresentação com deficiências tais que impossibilitem ou gravemente dificultem a sua verificação; falta injustificada de prestação tempestiva de documentos que a lei obrigue remeter, de informações pedidas, de remessa ao Tribunal dos processos relativos a actos ou contratos que produzam efeitos antes do visto e pela introdução nos processos de elementos susceptíveis de induzir o Tribunal em erro (artº 66º).

As multas são graduadas de acordo com a gravidade da falta, o grau da culpa dos agentes, o montante material dos valores públicos lesados ou em risco, o nível hierárquico dos responsáveis, a sua situação económica e a existência de antecedentes (artº 67º, nº 2). Como já se disse, a aplicação das multas não impede que se efectivem em simultâneo as reposições devidas (cf. artº 65º, nº 5).

---

6 Cf. Jorge Galamba Marques, «Alcance», in Dicionário Jurídico da Administração Pública, vol. I, pág. 361.

7 Cfr. Tribunal de Contas, cit. págs. 140-141.

3.5. A EFECTIVAÇÃO DA RESPONSABILIDADE FINANCEIRA

A efectivação da responsabilidade financeira é feita por sentezça condenatória do Tribunal de Contas, proferida em colectivo e com respeito pelo princípio do contraditório (artºs 13º e 79º da Lei nº 98/97).

Estamos perante um dos aspectos essenciais do exercício de poderes jurisdicionais do Tribunal de Contas. Trata-se, no fundo, de tirar as devidas consequências do exercício da jurisdição – pelo apuramento e efectivação de responsabilidades, através da produção dos competentes e adequados meios de prova.

4. CONCLUSÕES

Se insistirmos no conceito de responsabilidade financeira, com a sua especificidade própria, é para deixar claro que estamos diante de uma realidade distinta dos restantes tipos de responsabilidade, já que neste caso é o interesse geral ou o bem comum ligado ao dever dos cidadãos de contribuir para o financiamento das despesas públicas, através do pagamento de tributos, que obriga a uma defesa especialmente rigorosa dos dinheiros e valores públicos. A acção do Tribunal de Contas pretende-se, acima de tudo, pedagógica e não meramente punitiva.

Se também salientamos a importância da acção pedagógica do Tribunal, tal prende-se com a inserção deste órgão de soberania no coração do Estado de Direito. O quadro institucional e sancionatório que a Constituição e a lei consagram aponta para que o princípio da separação e interdependência de poderes tenham expressão jurisdicional quanto às contas públicas. Com efeito, se a génese das instituições parlamentares está ligada à efectivação do consentimento dos cidadãos, através dos seus legítimos representantes, no tocante ao lançamento e cobrança de tributos e à realização de despesas públicas, necessário se torna que no poder judicial haja uma instância dotada de jus imperii (um verdadeiro Tribunal) apta a garantir que o "consentimento" seja escrupulosamente cumprido.

Os dinheiros e os valores públicos terão, por isso, de ser acompanhados, onde quer que se encontrem, para que os responsáveis pela sua utilização (devida ou indevida) vejam os seus comportamentos e decisões devidamente escrutinados por uma entidade independente. Estamos, assim, no cerne da limitação do poder executivo, de acordo com o ensinamento de Montesquieu. Esta intervenção independente visa, no fundo, a concretização rigorosa e correcta do consentimento democrático dos cidadãos. Daí que o Tribunal de Contas apenas tenha competências consultivas em relação às instituições representativas parlamentares, sede do consentimento dos cidadãos – no Parecer sobre a Conta Geral do Estado e sobre as Contas das Regiões Autónomas.

Nesta linha, entende-se que a acção responsabilizadora (traduzida na existência da coercibilidade inerente às sanções reintegratórias e punitivas) liga-se a uma acção pedagógica. Esta situa-se na actividade recomendatória do Tribunal, também reforçada pela Lei nº 48/2006, de 29 de Agosto. Afinal, as recomendações têm uma natureza peculiar não meramente consultiva, mas orientadora.

Pretende-se, assim, complementar o "consentimento" parlamentar. A "recomendação" do Tribunal de Contas visa, deste modo, orientar quem executa os orçamentos ou utiliza os dinheiros e valores públicos no sentido das "boas práticas", de defesa do interesse comum e da boa utilização dos meios através dos quais são satisfeitas as necessidades económicas da comunidade. A "recomendação" é, assim, complementar do "consentimento" dos cidadãos (para os diferentes níveis da Administração Pública e do Estado). Recomenda-se, para que o consentimento dado pelos cidadãos através dos seus representantes seja plenamente cumprido. A interdependência dos poderes legislativo e judicial surge aqui de forma muito evi-

dente. Ao recomendar, o Tribunal não perde a sua natureza de órgão do poder judicial e de instância suprema de auditoria, antes cria condições para o melhor desempenho da sua função jurisdicional. Haverá sanções quando, de modo inequívoco, o consentimento seja violado, por incumprimento ou desrespeito da legalidade e por falta de cabimento orçamental ou por realização de pagamento indevido. E é assim que poderemos compreender o paradigma "perseguição do dinheiro público, onde quer que se encontre". Trata-se de perseguir o dinheiro público para cumprir e respeitar o consentimento dos cidadãos, garantindo a sua consumação legal, legítima, eficaz, eficiente e económica. Eis porque o critério objectivo deve prevalecer para que nada do que se insere no "consentimento" dos cidadãos possa ser esquecido ou subalternizado no âmbito do Estado de Direito.

OS TRIBUNAIS E O DIREITO À SAÚDE *

António José Avelãs Nunes
Professor Catedrático Jubilado da Faculdade de Direito de Coimbra (Portugal), Doutor Honoris Causa pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná e pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Alagoas. Ex-Vice-Reitor da Universidade de Coimbra.

RESUMO: *Em uma bem fundamentada perspectiva de direito comparado, o texto cuida da efetividade do direito fundamental à saúde no Brasil e em Portugal, a partir de uma detalhada análise crítica da jursiprudência constitucional dos dois países.*

PALAVRAS-CHAVE: *Direito à saúde. Direito Comparado. Efetividade*

1. – Não conheço nenhuma sentença de um tribunal português sobre o pedido de um cidadão no sentido de o tribunal condenar o Executivo a adoptar as medidas adequadas à efectivação do direito (individual) à saúde do requerente (fornecimento de medicamentos, recurso a meios de diagnóstico, realização de cirurgia ou outro tipo de tratamento).

E o Tribunal Constitucional (TC) pronunciou-se duas vezes sobre questões relativas ao direito à saúde, em ambas chamado a apreciar a inconstitucionalidade de dois diplomas[1]egais.

O universo português é, pois, a este respeito, radicalmente diferente do brasileiro.

2. - Em Portugal, o TC está integrado no sistema político (no sistema de órgãos do poder político) como um *tribunal*, ao qual a Constituição da República Portuguesa (CRP) atribui a competência de "administrar a justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional" (art. 221º CRP).

No entanto, ao tratar da organização dos tribunais enquanto órgãos de soberania com competência para *administrar a justiça em nome do povo* (art. 202º CRP), a Constituição portuguesa diz que, além do Tribunal Constitucional, existem outras categorias de tribunais (art. 201º CRP).

Isto significa que o TC exerce uma *função jurisdicional* e não uma *função política*. E significa também que o TC não é mais um tribunal entre os outros, mas um tribunal que não está integrado na organização judiciária. Com efeito, na Parte III da CRP (que regula a *organização do poder político*), o Título V dispõe sobre *os tribunais*, sendo o TC objecto de um título à parte (Título VI). Poderá talvez dizer-se que o TC é tratado, no sistema constitucional português, como um *órgão de soberania autónomo* (para além do Presidente da República, a Assembleia da República, o Governo e os Tribunais), como "um outro dos 'poderes' do Estado"[2].

Em última instância, cabe ao TC assegurar que o estado actua em conformidade com os *procedimentos* exigidos, com os *princípios* e com os *objectivos* consagrados no *programa po-*

** Uma primeira versão deste texto foi apresentada num Encontro do Grupo Cainã, que teve lugar em Santa Fé (Argentina), em Fevereiro de 2010. A versão que agora se publica serviu de base para a comunicação apresentada em Porto Alegre, no Congresso Internacional sobre Direito Sanitário, organizado pela Escola de Saúde Pública do Rio Grande do Sul (21 a 25 de Maio de 2010).*

1 Cfr. J. M. CARDOSO DA COSTA, A jurisdição constitucional em Portugal, 3ª ed., Coimbra, Almedina, 2007, 23.

2 Cfr. J. M. CARDOSO DA COSTA, ob. cit., 98-103.

lítico plasmado na CRP. Por outras palavras: a função do TC é a de garantir que os órgãos do estado e os seus titulares respeitem os normativos constitucionais no processo de formação e determinação da *vontade política* e de adopção de *decisões políticas*.

O TC é, porém, um *órgão jurisdicional* de *controlo normativo*, i. é, só pode apreciar e declarar a ***inconstitucionalidade das normas*** emanadas dos órgãos do estado com competência legislativa que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consagrados (art. 277, nº 1 CRP). Quer dizer: o TC só controla o processo político através da **declaração de inconstitucionalidade das decisões políticas "que se concretizam e exprimem em normas jurídicas"**[3].

O TC não pode apreciar a constitucionalidade das 'normas privadas' (aqui se incluem, por exemplo, segundo a opinião maioritária do TC, as convenções colectivas de trabalho), nem dos 'actos políticos', nem dos actos administrativos, nem, em regra, das decisões judiciais. Nem pode proteger os direitos fundamentais através de uma acção directa para o efeito junto do próprio TC. E também não cabe na competência do TC sancionar os titulares dos órgãos de soberania pela violação da Constituição.

3. - Além do controlo abstracto (sucessivo) e do controlo concreto (mediante recurso de decisões judiciais), merecem referência especial, do ponto de vista que aqui interessa, o *controlo preventivo* da inconstitucionalidade das normas emanadas da Assembleia da República (AR) ou do Governo e a verificação de situações de inconstitucionalidade por omissão.

O *controlo preventivo* insere-se, de algum modo, no próprio processo de produção legislativa, exercendo-o o TC após a aprovação do diploma (lei ou decreto-lei) pelo órgão legislativo competente (AR ou Governo), mas antes da sua publicação no *Diário da República*.

Por outro lado, imputando a CRP ao legislador ordinário o *dever positivo de legislar* para *tornar exequíveis* as normas constitucionais, de modo a permitir a concretização dos *princípios* e do *programa* inscritos na lei fundamental, a *inconstitucionalidade por omissão* visa apurar e declarar o não cumprimento da Constituição por omissão das *medidas legislativas* necessárias para *tornar exequíveis* as normas constitucionais (art. 283º, nº 1 CRP).

Em suma, poderá dizer-se que ao TC cabe garantir o respeito das competências legislativas atribuídas na CRP à AR e ao Governo. E cabem-lhe competências bastantes para garantir a salvaguarda dos direitos, liberdades e garantias, bem como dos direitos económicos, sociais e culturais e dos direitos dos trabalhadores, para além da competência para assegurar que a legislação da AR e do Governo respeita o modelo e os princípios consagrados na Constituição económica. Estas competências fazem do TC um órgão que participa na formação da 'vontade política' do estado, embora confinando a sua participação no processo político ao **controlo da constitucionalidade das normas jurídicas**.

4. - No que concerne à intervenção do TC em matérias que podem interferir com a definição e a concretização de políticas públicas, creio poder afirmar que os Acórdãos do TC que mais influenciaram a sorte do modelo de sociedade e do *programa político* inscrito na CRP de 1976 (saída da Revolução de Abril de 1974), e mais determinaram a evolução da Constituição económica e das políticas públicas com ela relacionadas foram proferidos durante o período de refluxo da revolução, desde a criação do TC (na sequência da revisão da CRP de 1982) até à consolidação da segunda revisão ordinária da Constituição, em 1989.

Uma vez promulgada a CRP (Abril de 1976), os caminhos da contra-revolução passaram, em boa parte, pelos ataques à Lei Fundamental. Não tanto, a meu ver, por ela ser uma constituição dirigente, mas por ela ser uma Constituição com um *programa político* de *ruptura com o capitalismo*.[4] Foi um período de intensa luta política e ideológica, marcado por alguns pontos

3 Cfr. J. M. CARDOSO DA COSTA, ob. cit., 98-103.

4 Muitos dos seus adversários apoiaram a chamada Constituição Europeia, que era uma constituição dirigentíssima, mas era

de tensão e de instabilidade política e social.

O TC interveio, no exercício das suas funções, como uma espécie de *mediador na luta de classes*, embora, na minha leitura, se tenha colocado sempre, inequivocamente, do lado dos interesses e da ideologia veiculados pelos partidos que, apoiados por maiorias eleitorais confortáveis, procuraram, por todos os meios, *meter o socialismo na gaveta*, como confessou um dos Primeiros-Ministros dessa época.

Sem querer fazer polémica, arrisco afirmar que, nesse período, o TC, a pretexto das suas funções jurisdicionais, actuou como um ***órgão político***, um espécie de ***poder legitimador*** dos órgãos directamente ligados ao exercício do poder político (a AR e o Governo). Longe de ser um embaraço para o poder político, forçando-o a respeitar o programa constitucional, o TC ofereceu ao poder político uma interpretação da CRP '**amiga do capitalismo**' e legitimadora de todas as iniciativas tendentes a impedir a concretização dos objectivos constitucionais de construção de uma sociedade socialista. Creio que é isto mesmo que quer dizer um ex-Presidente do TC quando escreve que "a Revisão [a revisão ordinária da CRP levada a cabo em 1989] só veio 'justificar' a leitura aberta do texto da lei fundamental até aí feita pelo Tribunal"[5].

5. - Foi este o sentido dos acórdãos do TC quando julgou não serem inconstitucionais os diplomas legais que:

- permitiram o acesso da iniciativa privada a determinados sectores de actividade económica (nomeadamente a banca e os seguros) [6], sectores que uma boa parte da doutrina mais autorizada entendia terem sido transferidos *em globo* para a propriedade do estado (e não apenas o capital das empresas que os integravam) e, portanto, insusceptíveis de ser desnacionalizados, porque a CRP (art. 83º) consagrava o princípio da irreversibilidade das nacionalizações;

- autorizaram a transformação de empresas públicas nacionalizadas em sociedades anónimas regidas pelo direito privado, com a possível participação do capital privado no respectivo capital social, desde que o estado mantivesse a titularidade da maioria do capital dessas sociedades anónimas;[7]

- retiraram às terras nacionalizadas no âmbito da *reforma agrária* parcelas muito significativas delas, para as restituir aos latifundiários expropriados após a Revolução, apesar de a CRP consagrar a reforma agrária e a sua consolidação como um instrumento fundamental para acabar com o latifúndio, para transferir a posse útil da terra para aqueles que a trabalham e para a construção da sociedade socialista (arts. 96º e 97º);[8]

- vieram permitir medidas várias de 'flexibilização' das relações de trabalho e de 'liberalização' do contrato individual de trabalho; [9]

---

uma 'constituição' estruturalmente neoliberal.

5 Cfr. J. M. CARDOSO DA COSTA, "O Tribunal Constitucional português face a uma Constituição em mudança", separata de Estudos em Memória do Conselheiro Luís Nunes de Almeida, Coimbra Editora, 2005, 488. Por mim, direi que, se foi necessário alterar (significativamente) a CRP para 'justificar' a interpretação que dela vinha fazendo o TC, é porque tal interpretação era tão 'aberta' que não respeitava o texto da CRP antes de ter sido alterado.

6 Cfr. Acórdãos nºs 25/85 e 186/88, publicados nos Volumes 5º e 12º de Acórdãos do Tribunal Constitucional.

7 Cfr. Acórdão nº 108/88, em Acórdãos do Tribunal Constitucional, Vol. 11º. Em boa verdade, este acórdão do TC veio declarar que não era inconstitucional a reprivatização (a desnacionalização) de parte do capital de empresas nacionalizadas, apesar de a CRP consagrar o princípio da irreversibilidade das nacionalizações, i. é, a proibição de modificar a situação decorrente das nacionalizações efectuadas após a Revolução de 1974 (consideradas pela CRP "conquistas irreversíveis das classes trabalhadoras"), a impossibilidade de regresso à titularidade e ao controlo do capital privado das empresas que operam nesses sectores básicos da economia. A meu ver, a lei que o TC declarou compatível com a CRP propunha-se, notoriamente, abrir ao capital privado o capital social de empresas nacionalizadas, com o objectivo confesso de iniciar um processo de abertura ao sector privado do capital de empresas públicas a operar em sectores básicos da economia, que a CRP, por assim os considerar, expressamente vedava à actividade de empresas privadas. Sobre estas questões, ver também o Acórdão nº 195/92 (em Acórdãos…, Vol.22º) e o Acórdão nº 444/93 (Acórdãos…, Vol. 24º).

8 Cfr. Acórdão nº 187/88, em Acórdãos do Tribunal Constitucional, Vol. 12º.

9 Cfr. Acórdão nº 64/91, em Acórdãos…, Vol. 18º; Acórdão nº 289/92 (em Acórdãos…, Vol. 23º), que não considerou inconstitucionais exigências impostas aos trabalhadores em matéria de pré-aviso de greve e de serviços mínimos em caso de greve;

- autorizaram o Governo a cobrar *taxas moderadoras* pelo recurso aos serviços do Serviço Nacional de Saúde, que a CRP considerava, na altura, universal, geral e gratuito;[10]

- subiram o montante das propinas pagas pelos estudantes das Universidades públicas (cujo valor, fixado desde 1941, fora expressamente mantido pelo legislador em 1973).[11]

Há uns 25 anos analisei a intervenção do TC no que concerne à preservação da Constituição Económica da Lei Fundamental saída da Revolução de Abril. Ocupei-me então, essencialmente, do Acórdão nº 25/85, atrás referido.[12] Não vou regressar a esta problemática.

6. - Comentarei apenas brevemente os Acórdãos do TC relativos ao Serviço Nacional de Saúde (SNS).

6.1. - Em 1984, o Acórdão nº 39/84[13] considerou inconstitucional um diploma legal que revogava a lei que instituiu o SNS, além do mais substituindo este por *vários serviços regionais de saúde* (não integrados num serviço nacional). Entendeu o TC que o direito à saúde é um verdadeiro e próprio *direito fundamental* e que o SNS, criado em cumprimento de preceito constitucional (que proclama **ser o direito à saúde realizado pela criação de um** *serviço nacional de saúde* **universal, geral e gratuito)**, representa uma garantia da realização deste direito. Por ser assim, o Tribunal considerou que, uma vez criado o SNS, não é lícito ao estado aboli-lo, pois tal significaria um atentado contra o próprio direito fundamental à saúde, que ele garante. A existência do SNS passa ela própria a gozar de protecção directa da Constituição, não sendo lícito ao estado retroceder no caminho percorrido, ou seja, 'descumprir' o que já cumpriu.

6.2. - Não foi o TC tão coerente, a meu ver, quando analisou e decidiu a questão da imposição de taxas moderadoras pela utilização dos serviços do SNS (Acórdão referido na nota 8, *supra*).

Neste caso, penso que houve um recuo relativamente às condições de utilização de um serviço público (o prestado pelo SNS) que a CRP considerava *gratuito*. Pois bem. O TC começou por definir *gratuitidade*, proclamando que a gratuitidade do SNS não excluía radicalmente a possibilidade de o estado exigir *um qualquer pagamento* aos utentes desse serviço. Como quem resolve a quadratura do círculo, o TC admitiu que, afinal, um *serviço público gratuito* pode não ser gratuito, sendo legítimo, por isso, sujeitar ao pagamento de taxas o acesso à fruição das suas prestações.

Depois, *silogisticamente*, concluiu que o estado podia exigir aos utentes do SNS o pagamento de *taxas moderadoras*, com o argumento de que estas taxas não poderiam entender-se como uma contra-prestação destinada a transferir para os utentes, ainda que parcialmente, o custo do serviço prestado pelo SNS, sendo apenas um instrumento para 'racionalizar' a utilização das prestações facultadas pelo SNS, 'moderando' o apetite das pessoas por esses serviços.

Quaisquer que fossem as boas intenções (creio que é destas que o inferno está cheio…), a verdade é que o TC declarou compatível com a Constituição um diploma legal que veio obrigar as pessoas a pagar uma taxa por utilizarem um serviço que a CRP declarava *gratuito* e que, até

Acórdão nº 581/95 (em Acórdãos…, Vol. 32º), que, apesar da garantia constitucional da segurança do emprego, veio admitir o despedimento individual por razões objectivas resultantes da evolução tecnológica; Acórdão nº 306/03 (em Acórdãos…, Vol. 56º), dando cobertura a um novo Código do Trabalho que veio consagrar soluções que representam um claro retrocesso relativamente a direitos já conquistados pelos trabalhadores. O Direito do Trabalho está a deixar de ser o direito dos trabalhadores para se transformar no direito dos empresários, negando-se a sua matriz tutelar da parte mais fraca (o favor laboratoris).

10 Cfr. Acórdão nº 330/88, em Acórdãos…, Vol. 13º, Tomo I.

11 Cfr. Acórdão nº 148/94, em Acórdãos…, Vol. 27º. Este Acórdão foi comentado por J. J. GOMES CANOTILHO na Revista de Legislação e Jurisprudência, nº 3838/3839 (1995), 151-155. Ver também Fábio C. S. OLIVEIRA, Morte e Vida da Constituição Dirigente, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010, 304ss.

12 Cfr. A garantia das nacionalizações e a delimitação dos sectores público e privado no contexto da constituição económica portuguesa, separata do Boletim de Ciências Económicas, Vol. LXI, 1985 (conferência proferida na Universidade de Santiago de Compostela, em Maio de 1985). Sobre este ponto, cfr. Fábio OLIVEIRA, ob. cit., 281ss.

13 Em Acórdãos...,Vol. 3º. Ver comentário em Fábio OLIVEIRA, ob. cit., 291ss.

então, era *efectivamente gratuito*. Em consequência, as taxas moderadoras passaram a ser obrigatoriamente pagas por *todos os utentes* do SNS (salvo os declarados isentos), quer aqueles que 'abusavam' (como se faz a prova?) quer aqueles que a ele recorriam porque careciam efectivamente desses serviços para defesa da sua saúde.[14]

A história poderá ajudar-nos a compreender o que estava aqui em causa. Na verdade, logo na primeira revisão ordinária da CRP (que viria a ser aprovada por lei de 1982), a direita propôs – então sem êxito - a eliminação da garantia de gratuitidade do SNS, invocando, entre outros argumentos, o de que *a gratuitidade era incompatível com a fixação de taxas moderadoras*. O que parecia impossível à direita, no plano político, foi tornado possível, juridicamente, pela *interpretação aberta* que o TC fez da CRP.

Como a prudência sempre é boa conselheira, a revisão constitucional de 1989 veio alterar o texto da CRP, passando o SNS a ser considerado *tendencialmente gratuito*, tendo em conta as condições económicas e sociais dos cidadãos (art. 64º, nº 2, al. *a*).

Confortado com estes 'progressos', um Governo (do Partido Socialista), apoiado pela maioria absoluta que detinha no Parlamento, veio mais tarde (2005) impor o pagamento de taxas moderadoras pagas por cada dia de internamento hospitalar e por cada intervenção cirúrgica. No entanto, é claro que aqui já não colhe o argumento da 'racionalização', da prevenção dos 'abusos' dos doentes no recurso aos serviços prestados pelo SNS, porque não são os doentes quem determina o seu próprio internamento ou declara a necessidade de uma intervenção cirúrgica![15] Os mais pobres – obrigados a fazer prova de que são pobres! – ficam isentos do pagamento destas taxas. Mas o perigo desta política que o TC 'legitimou' reside em que ela poderá conduzir a que se mantenha o SNS gratuito para os pobres, mas fazendo pagar os que podem. São por demais conhecidos os resultados desta política de *caridade pública*: destruída a sua qualidade de serviço *geral*, *universal* e *gratuito para todos*, o SNS deixará de existir como um serviço público capaz de garantir a *todos* o direito à saúde, ficando reduzido a uma espécie de *sopa dos pobres*… Ora esta orientação viola gravemente o *princípio da universalidade dos direitos sociais*, que é um dos princípios fundamentais do moderno estado-providência, atribuindo a *todos os cidadãos* o direito de aceder a serviços públicos, em vez de, numa lógica de 'caridade pública', *dar aos pobres*, *coitadinhos*, como *esmola* (discriminando contra eles), o acesso a tais serviços (saúde, educação, etc.), rapidamente degradados, porque com os pobres não se justifica gastar muito dinheiro…

Esta lógica de *caridade pública* - radicalmente negadora da natureza dos serviços públicos que se querem universais, gerais e gratuitos - não encontra, a meu ver, o mínimo conforto na CRP. Assim como o sol, quando nasce, é *para todos*, também a *gratuitidade* destes serviços públicos tem de ser *para todos*. A diferença de rendimentos entre pessoas e grupos sociais há-de traduzir-se apenas na definição do sistema fiscal e da contribuição dos ricos e dos pobres para as receitas do estado.

Em síntese, direi que, no que toca aos direitos a prestações materiais do estado colocadas sob a *reserva do possível*, o TC tem defendido que a Constituição não pode determinar o conteúdo exacto de cada uma das prestações, nem pode definir as condições ou pressupostos que devem enquadrar o processamento da respectiva atribuição. E tem defendido também que a definição do conteúdo dessas prestações só pode caber ao legislador ordinário, por não ser admissível que essa função possa ser exercida pelos juízes (pelos tribunais), enquanto intérpretes e aplicadores do direito: "a divisão constitucional de poderes impede o juiz de se arvorar em legislador, nome-

14 O que se diria se alguma lei viesse introduzir a obrigatoriedade do pagamento de taxas moderadoras por aqueles que 'abusam' do recurso aos serviços de educação básica e obrigatória (por exemplo, os que ficam reprovados)?

15 A verdade manda que se diga que, em obediência ao breviário neoliberal, foram impostas aos hospitais medidas de gestão 'racionalizadoras', com o objectivo de evitar que os médicos 'abusem' dos internamentos e das intervenções cirúrgicas. As eleições legislativas realizadas em 2009 deram de novo a vitória ao PS, mas sem maioria absoluta. Reaberto o novo Parlamento, perante a enorme impopularidade e contestação das taxas moderadoras, o Governo aprovou um decreto-lei a abolir estas taxas e os partidos da oposição (mesmo os da direita) aprovaram no Parlamento uma lei com o mesmo objectivo. É caso para dizer: a justiça tarda, mas chega, às vezes por caminhos ínvios…

adamente em matéria de direitos sociais a prestações, através da organização de meios públicos para os proporcionar".[16]

Em tese geral, inclino-me para considerar esta a atitude correcta. Mas receio que, em vários casos, o TC tenha actuado como ***tribunal político***, por vezes com base em *raciocínios de natureza claramente política*.[17] Embora proclamando que os juízes não podem 'legislar' no sentido de

---

16 Excerto da declaração de voto de um dos Juízes que fez vencimento no Acórdão nº 148/94 (Acórdãos do Tribunal Constitucional, Vol. 27º).

17 Creio ser o caso no Acórdão de 1994 (supra, nota 9), que veio legitimar um claro retrocesso social, já que o aumento da taxa de frequência dos estabelecimentos públicos de ensino superior (Lei nº 20/92, de 14 de Agosto) representa, notoriamente, uma inversão da tendência para a progressiva gratuitidade do ensino superior público, tal como consagrada na CRP.
Com efeito, mesmo admitindo-se que não pode extrair-se do texto constitucional uma cláusula geral de proibição do retrocesso social (e não me parece pacífica esta conclusão, ao menos à luz do texto originário de 1976), parece incontestável que o art. 74º CRP, ao incumbir o estado de "estabelecer progressivamente a gratuitidade de todos os graus de ensino", configura uma cláusula específica de proibição do retrocesso no que respeita à gratuitidade do ensino: o legislador ordinário pode e deve dar passos em frente no sentido da gratuitidade de ensino superior público, mas não tem o direito de legislar no sentido de andar para trás no caminho já percorrido.
Vem de longe o propósito da direita de eliminar a norma constitucional acabada de referir. O Parlamento, porém, nunca aprovou tal projecto. Mas legislou, quase vinte anos depois de Abril, no sentido de obrigar os estudantes a pagar uma parte acrescida dos custos do serviço prestado pelas universidades públicas.
Analisando este diploma legal, a maioria dos juízes do TC acordou no sentido de defender que o direito ao ensino superior público é um direito colocado sob reserva do possível. Isto é: as prestações a que os cidadãos têm direito só poderão ser exigidas se existirem recursos suficientes de que o estado possa dispor para o efeito. Daí a conclusão de que cabe ao legislador ordinário determinar o conteúdo dessas prestações. Nem sequer se colocou a questão de saber se, neste caso concreto, faria algum sentido aduzir que o estado não dispunha de recursos para manter tudo como estava, não subindo uma taxa cujo valor nominal se manteve inalterado durante mais de cinquenta anos, reduzindo-a, em termos reais, a um valor quase simbólico (muito próximo da gratuitidade efectiva).
No caso em apreço, o TC decidiu, a meu ver, com base em raciocínios de natureza política. Esclareço. A lei apreciada pelo TC relacionava o novo valor das propinas com os custos de funcionamento dos estabelecimentos de ensino superior, indiciando uma política no sentido de fazer recair sobre os estudantes e as suas famílias o dever de financiar uma parte acrescida dos custos do sistema de ensino superior público.
Aceitar este ponto de vista seria incorrer em grosseira violação do preceito constitucional que impõe ao estado o dever de estabelecer (ainda que progressivamente) a gratuitidade de todos os graus de ensino. E o TC deu-se conta disto mesmo. Pois bem. Para ultrapassar esta dificuldade, o TC deliberou considerar compatível com a Constituição a subida do valor das propinas, mas apenas no limite da actualização do valor fixado em 1941, com base na inflação registada desde então. O raciocínio produzido no Acórdão em análise é um raciocínio essencialmente político: a simples actualização das propinas face ao crescimento geral dos preços – invoca o Acórdão - configura uma percentagem de actualização constitucionalmente admissível, representando o limite razoável dentro do qual se poderá falar da lógica constitucional da possível gratuitidade [a expressão constitucional é progressiva gratuitidade…] do ensino superior e não a lógica do pagamento parcial dos custos do ensino superior pelos respectivos utentes.
Este é, a meu ver, um raciocínio político, não jurídico.Com efeito, o que estava em causa não era a questão de saber se uma dada percentagem de actualização das propinas era constitucionalmente admissível por ser razoável: a CRP não fala de qualquer actualização admissível, por ser razoável, nem diz nada sobre o que se deve considerar razoável. O que estava - e está - em causa é a questão de saber se a CRP admite uma qualquer actualização, ao arrepio do princípio da progressiva gratuitidade do ensino superior, princípio que impede o estado de retroceder no caminho já percorrido neste sentido.
A lógica política da decisão do TC em referência fica claramente à mostra se tivermos em conta que o ano-base escolhido pelo TC para o cálculo da actualização do valor das propinas não foi o ano de 1973, apesar de, neste ano, o legislador ordinário ter expressamente mantido o valor fixado em 1941. O TC escolheu o ano de 1941 e autorizou a actualização do valor das propinas tendo em conta a inflação registada a partir de então, e não a partir de 1973. E não se vêem razões jurídicas para tal opção. Ela é, a todas as luzes, uma opção política do TC, que quis ser 'amigo' do Governo, legitimando um retrocesso mais vincado no cumprimento do dever do estado de se aproximar progressivamente da gratuitidade de todos os graus de ensino.
No debate sobre esta questão, houve quem tentasse justificar a justeza desta com o argumento de que a obtenção de um título universitário, se representa um ganho do ponto de vista da sociedade, constitui também um benefício para o próprio cidadão que obtém esse título, justificando-se que ele pague esta parte do benefício que reverte directamente em seu favor. Este é, a todas as luzes, um argumento político para justificar uma opção política. Mas é um argumento prova demais. A maior diferença de níveis de rendimento e de oportunidades de obtenção de emprego e de promoção social é, por certo, a que separa os analfabetos daqueles que completam a escolaridade básica obrigatória. Segundo aquela lógica, justificar-se-ia que os estudantes do ensino básico que frequentam as escolas públicas paguem uma propina correspondente ao benefício pessoal que auferem pelo facto de serem alfabetizados.
No preâmbulo do diploma em pauta e no discurso político do Governo e dos defensores desta política de retrocesso social dizia-se que o Governo manteria o seu esforço de financiamento das Universidades públicas, pelo que o valor das propinas cobradas constituiria receita própria das Universidades, destinada a melhorar as condições pedagógicas e a qualidade do

proporcionar efectivamente aos cidadãos os direitos sociais a prestações, receio que o TC tenha, afinal, 'legislado', encapotadamente, contra a Constituição, ao considerar compatíveis com ela (com os seus princípios e com o seu programa político) normas legais contrárias aos princípios e ao programa nela plasmados como *imposição constitucional permanente*, ao permitir, enquanto intérprete e aplicador da Constituição, que o legislador ordinário *legisle* no sentido de tornar mais distante a efectivação daqueles direitos.

7. – Uma nota breve sobre a apreciação pelo TC da inconstitucionalidade por omissão.

Ao abrigo da versão originária da CRP (1976), cabia ao Conselho da Revolução apreciar a constitucionalidade das leis (apoiado em pareceres da Comissão Constitucional, que funcionava junto do CR), incluindo a competência de velar pela emissão das medidas necessárias ao cumprimento das normas constitucionais. No âmbito destas suas competências enquanto garante do cumprimento da Constituição, o CR podia, em caso de incumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais, *recomendar* aos órgãos legislativos competentes que as emitissem em tempo razoável.

Actualmente (após a revisão da CRP de 1982), nos casos em que o TC concluir pela existência de *inconstitucionalidade por omissão*, a sua competência esgota-se no acto de *dar conhecimento* disso mesmo ao órgão legislativo competente (art. 283º, nº 2 CRP), não havendo lugar a qualquer *condenação* do órgão legislativo em falta, nem a qualquer convite ou sugestão para que o órgão em falta cumpra o seu dever de legislar e, é claro, não se põe a questão de o TC 'legislar' para suprir a inconstitucionalidade por omissão. É, pois, claramente afastada qualquer ideia de *judicialização da política* ou do exercício pelos tribunais de qualquer outro poder do estado para além do poder judicial e da função jurisdicional.

Apesar desta alteração – justificável porque o CR não era um tribunal, mas um órgão do poder político legitimado pela legitimidade revolucionária - as competências do TC relativas às situações de inconstitucionalidade por omissão poderiam ser uma outra via de este Tribunal decidir em matérias com implicações na esfera das políticas públicas.

Deve dizer-se, porém, que o próprio Tribunal entende que esta é uma área de competência especialmente melindrosa, por se inserir *na fronteira da separação dos poderes*. Talvez por isso, a intervenção do TC só pode ser requerida, para este efeito, pelo Presidente da República e pelo Provedor de Justiça. E a doutrina acompanha o comedimento do TC no exercício desta competência.

A verdade é que poucas vezes o TC foi chamado a decidir sobre situações deste tipo e mais raramente ainda o fez em áreas que impliquem a definição de políticas públicas. O caso mais próximo destas áreas é o analisado no Acórdão nº 474/02, de 19-11-2002.[18]

No caso concreto, foi o Provedor de Justiça que requereu ao TC a apreciação e verificação de inconstitucionalidade por omissão resultante da falta das medidas legislativas necessárias para conferir plena exequibilidade, relativamente aos trabalhadores da função pública, ao direito à

---

ensino.

Alguma doutrina, aproveitando esta 'habilidade' do legislador, veio defender que, não havendo quebra do investimento público no ensino superior, não haveria política contrária ao 'programa constitucional' no sentido da progressiva gratuitidade do ensino superior público. O Governo, porém, logo confirmou que esta ideia não era para levar a sério: no primeiro orçamento após a entrada em vigor da lei, foi retirada às Universidades públicas uma verba igual à das propinas potencialmente cobradas.

Houve também quem invocasse a ideia de que a gratuitidade deveria entender-se no sentido de gratuitidade para todos os que não tivessem rendimentos que lhes permitissem pagar as propinas. É a tese defendida, em nome de uma lógica caritativa, também para o SNS: pagam os que podem, para que o serviço público em questão possa ser gratuito para os que não podem. Por isso, a actualização (ou mesmo o aumento) do valor das propinas não seria inconstitucional se o estado assegurasse a isenção do pagamento de propinas (ou bolsas de estudo que incluíssem o valor delas) para aqueles que não pudessem pagá-las.

Só que este programa político assente na lógica da caridade não é, manifestamente, o programa político inscrito na CRP.

18 Em Acórdãos…, Vol. 54º.

assistência material, quando involuntariamente se encontrarem em situação de desemprego (art. 59º, nº 1, al. *e)* CRP).

O TC começou por salientar que a invocação da inconstitucionalidade por omissão tem de ser suficientemente precisa e concreta para que o Tribunal possa determinar, com segurança, quais as medidas jurídicas necessárias para lhe conferir exequibilidade, *sem ter de se pronunciar sobre opções políticas eventualmente diversas*. Por outras palavras: para que o TC possa declarar a verificação de inconstitucionalidade por omissão, é necessário que exista uma situação específica de violação da Constituição, caracterizada pelo facto de o legislador ordinário não ter atempadamente conferido exequibilidade a uma norma constitucional suficientemente densificada (e não exequível por si mesma).

Se estes pressupostos não se verificarem (v. g. por serem praticamente ilimitadas as possibilidades deixadas pela Constituição ao legislador ordinário), o TC sustenta não ser viável a declaração da inconstitucionalidade por omissão, porque a verificação jurisdicional da inconstitucionalidade por omissão *não pode assentar em um juízo político*: ao determinar o incumprimento do dever de legislar, o TC só poderá socorrer-se de *critérios estritamente jurídicos*.

Perante este pedido concreto, o TC entendeu que a assistência material a que se refere a norma do art. 59º CRP atrás referida tem de assumir necessariamente a forma de *uma* prestação específica, directamente conexionada com a situação de desemprego involuntário, prestação que deve obrigatoriamente ser integrada no âmbito da segurança social, não podendo ser estabelecida sem intervenção prévia de uma medida legislativa.

Tanto o TC como a generalidade da doutrina portuguesa entendem que a inconstitucionalidade por omissão só pode ser declarada quando uma *concreta norma constitucional* impuser ao legislador ordinário o *dever constitucional de concretizar uma imposição constitucional concreta*, não podendo declarar-se a este tipo de inconstitucionalidade por incumprimento do conjunto de princípios e imposições constitucionais. Pretende-se, deste modo, evitar que o TC possa ser colocado em condições de ter de decidir *em função de critérios extra-jurídicos*.

No caso em apreço, o TC admitiu a existência de uma específica e concreta imposição constitucional de o legislador ordinário estabelecer uma prestação que corresponda a assistência material aos trabalhadores – incluindo os da Administração Pública – que se encontrem em situação de desemprego involuntário. E entendeu que o legislador tinha cumprido o seu dever de legislar no sentido de assegurar o direito à assistência material a *alguns trabalhadores* em situação de desemprego involuntário, mas tinha deixado de fora a generalidade dos trabalhadores da Administração Pública. O TC concluiu pela existência de *omissão parcial* do *dever constitucional de emanar normas* destinadas a garantir aos trabalhadores em situação de desemprego involuntário o direito a assistência material. E considerou que essa omissão parcial era bastante para declarar a existência de inconstitucionalidade por omissão, por ser mais do que suficiente, para tanto, o lapso de tempo decorrido desde a entrada em vigor da CRP.

8. – É muito diferente o entendimento corrente no Brasil relativamente à problemática em análise. Deixarei um breve apontamento sobre este ponto, não tanto como especialista em Direito Constitucional (porque não o sou), mas – diria - como jurista-cidadão.

Como é sabido, o STF tem defendido a tese de que cabe nas competências do Poder Judiciário evitar que as omissões do poder político (nomeadamente do Executivo) façam perecer os direitos fundamentais previstos na Constituição, assumindo que, "quando a Constituição Federal consagra um direito e a norma infraconstitucional o explicita, impõe-se ao Judiciário torná-lo realidade, ainda que para isso resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária".

Sensível às aspirações e às exigências da população, o STF tem procurado resolver alguns problemas delicados que o Congresso não estaria disponível para resolver, ajudando talvez a aliviar tensões, ao mesmo tempo que faz ver aos demais poderes do Estado que não podem continuar a 'ignorar' a vontade difusa dos cidadãos no sentido de encontrar soluções para problemas que se arrastam há anos.

Esta sensibilidade às realidades da vida terá levado o STF a resolver, pela via judicial, questões que ganhariam em ser resolvidas pelo legislador ordinário, o qual se mostrou incapaz de o fazer. Estou a pensar, por exemplo, no caso do regime aplicável às greves dos servidores públicos, no caso da fidelidade partidária e no caso da proibição da exibição em público de pessoas algemadas.

Creio que o STF andou bem nas decisões que tomou nestes casos.[19]

Mas esta não é uma prática normal por parte do Poder Judiciário na Europa (onde alguns destes problemas nem sequer se colocam, por se encontrarem resolvidos a nível legislativo). Acresce que, no Brasil, o instituto das súmulas vinculantes permite ao STF transformar as suas decisões em verdadeiras 'normas constitucionais', que devem ser cumpridas por todos os juízes brasileiros enquanto o STF as não revogar.

É, realmente, um enorme poder o que assim é assumido pelo Poder Judiciário, ocupando o espaço deixado livre pela inacção dos restantes Poderes, nomeadamente o Legislativo. Em termos da organização do estado democrático, não posso concordar com esta lógica, por mais que – diria, *humanamente* – possa compreender a tentação dos Tribunais para actuarem deste modo, perante a incapacidade crónica dos demais Poderes, ocupados por interesses que muitas vezes não coincidem com os dos cidadãos eleitores.[20]

9. – No âmbito do direito à saúde, são em grande número as decisões de Tribunais de Justiça reconhecendo o dever do Estado de fornecer gratuitamente medicamentos ou tratamento a pessoas doentes e condenando o Estado ao pagamento de multa diária por não cumprimento deste dever.[21]

---

19 O mesmo poderei dizer relativamente a uma deliberação recente do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) no sentido de aprovar medidas moralizadoras com vista às próximas eleições, nomeadamente no que se refere à transparência em matéria de financiamento das campanhas eleitorais (cfr. O Estado de S. Paulo, 4.3.2010).

Parecem-me acertadas as medidas tomadas em matéria de financiamento das campanhas eleitorais. Mas a questão que se coloca é esta: tanto os indivíduos que se apresentam a sufrágio como os partidos são pessoas jurídicas com os direitos e os deveres que resultam de lei geral prévia. Se as medidas agora 'impostas' pelo TSE não constam de lei prévia, como pode uma decisão judicial torná-las obrigatórias para os candidatos, para os partidos e para os financiadores?

Tenho, porém, muitas dúvidas quanto à constitucionalidade das medidas que terão sido adoptadas pelo TSE no que toca às chamadas "fichas sujas", com o objectivo de proporcionar aos eleitores esclarecimento prévio quanto à idoneidade dos candidatos que se apresentam a sufrágio. O TSE vem exigir dos candidatos informações pormenorizadas quanto aos processos que contra eles corram e quanto às condenações que tenham sofrido, mesmo que não transitadas em julgado. Com o propósito de bem informar os eleitores, o TSE promete colocar na internet as informações relativas a estas condenações e aos processos em curso contra os candidatos. Onde fica o princípio da inocência até condenação transitada em julgado? Os fins não podem justificar os meios… Talvez a consciência deste problema tenha levado o Congresso a legislar sobre esta matéria, que por lá andava perdida há anos.

20 Aflora aqui um outro problema dos estados democráticos, o das debilidades e deficiências da democracia representativa, que se tornaram evidentes na Europa por ocasião da invasão do Iraque e dos referendos sobre a chamada Constituição Europeia. No primeiro caso, todos os estudos de opinião apontavam no sentido de que mais de 80% dos cidadãos britânicos e espanhóis eram contra a invasão do Iraque. Conhecendo a vontade dos seus povos, os governos do Reino Unido e da Espanha, com o aval dos respectivos Parlamentos, resolveram apoiar politica e militarmente a Administração Bush nessa guerra declarada à margem do Direito Internacional. No segundo caso, os Parlamentos da França e da Holanda aprovaram por larguíssimas maiorias a dita Constituição Europeia. Em ambos os países, os partidos no governo e o maior partido da oposição fizeram campanha juntos a favor do SIM à Constituição Europeia. Mas a verdade é que, nos referendos realizados, uma confortável maioria dos franceses e dos holandeses votou NÃO.

Há dias (6.3.2010), mais de 93% dos islandeses votaram em referendo contra um leonino acordo de saneamento financeiro imposto pelo RU e pela Holanda e aprovado pelo Parlamento da Islândia.

É preocupante que, em casos tão significativos como estes, os representantes eleitos actuem tão claramente contra a vontade dos seus representados.

21 TJRS – Agravo de instrumento nº 595037557, julgado em 14.06.1995; REsp 852.084/RS, julgado em 17.08. 2006, DJ 31.08.2006, 312.

Também no âmbito dos direitos dos jovens e adolescentes, alguns Tribunais de Justiça do Brasil decidiram que, à luz do disposto na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), o Estado é obrigado a criar, instalar e manter os programas e mecanismos necessários para que os adolescentes infractores em cumprimento de medidas sócio-educativas de internamento possam efectivamente beneficiar de um processo de ressocialização que permita reinseri-los na família, na sociedade e no estado. Nesta matéria, o TJ/RS (Ap. Cível nº 5979097906, julgado em 22.94.1998) defendeu expressamente que "a

Em 2006, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu que "é lícito ao magistrado determinar o **bloqueio de valores em contas públicas** para garantir o custeio de tratamento médico indispensável, como meio de concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à vida e à saúde. Nessas situações, a norma contida no art. 461, § 5º, do Código de Processo Civil deve ser interpretada de acordo com esses princípios e normas constitucionais, sendo permitida, inclusive, a mitigação da impenhorabilidade dos bens públicos".[22]

Um outro aresto do STJ sustenta igualmente que o legislador deixou ao prudente arbítrio do magistrado a escolha das medidas que melhor se adequem às peculiaridades de cada caso, incluindo o recurso à medida coercitiva de **bloqueio em conta do Estado**.[23]

---

discricionariedade, bem como o juízo de conveniência e oportunidade submetem-se à regra da prioridade absoluta insculpida no art. 4º do ECA e no art. 227 da CFB".

Invocando este mesmo argumento da "prioridade absoluta" conferida aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227º da Constituição Federal) o Juiz de primeira instância atrás referido produz, na sentença, estes comentários: "Alegar falta de recursos públicos é uma falácia, para não se utilizar um termo mais pejorativo, pois se a Constituição Federal prevê uma prioridade e em sendo esta absoluta, não deveria haver investimentos em outros setores de uma Administração Pública, antes de se atender a estes ditames. (…) Se aquilo que a nossa Carta Magna reputa como prioridade absoluta o Estado desobedece, o que se dirá das demais legislações e determinações judiciais, que tiram suas competências e eficácias da Constituição Federal, porém com hierarquia inferior a esta? Será isto estado Democrático de Direito? Evidentemente, não". [eu é que sublinho. AN]

Um outro Juiz de uma Vara de Infância e Juventude de Maceió é ainda mais audaz no programa político que defende (Ação Civil Pública, Processo nº 090.08.500162-7, 27.10.2009): "enquanto não existirem creches, escolas, postos de saúde, alimentação, transporte adequado, atividades culturais e esportivas, infantes e jovens afastados da prostituição e do trabalho degradante, enfim, condições dignas de vida para crianças e adolescentes, não se deveria asfaltar ruas, construir praças, viadutos, monumentos artísticos, embelezar avenidas, etc., pois a vida, a saúde e o bem estar desses seres em desenvolvimento, são mais importantes que as obras de concreto, que ficam apenas para demonstrar o poder do governante, enquanto a maioria da população sobrevive na mais absoluta miséria, fazendo-nos lembrar à época dos Faraós, suas construções (pirâmides, etc…) e escravidão". Este é o 'programa político' deste juiz. Mas quem lhe conferiu mandato para o impor aos cidadãos e aos órgãos de governo politicamente legitimados? No caso concreto, será que este juiz ouviu o povo soberano para saber a sua opinião?

22 REsp 832.317/RS, julgado em 19.09.2006, DJ 08.11.2006, 178.

23 AgRg 750.966/RS, julgado em 09.05.2006, DJ 19.05.2006, 203.

Invocando a jurisprudência do STJ, um Juiz de Direito de Maceió (sentença de 6.Dez.2006) sustentou que, "estando cabal e plenamente comprovado o descaso com que o Estado vem tratando as Unidades de Internação da capital, não resta outro direcionamento ao Poder Judiciário, a não ser compelir, através do bloqueio de numerário, o gestor público a cumprir com as obrigações aqui sentenciadas, todas com fundamento na prioridade absoluta constitucional e na proteção integral com as questões afetas aos adolescentes e jovens internos".

Este Juiz definiu um extenso e pormenorizado programa de acção, condenou o Estado a cumpri-lo no prazo de noventa dias e ordenou o bloqueio de um milhão de reais da conta única do Estado – inclusive da sua reserva de contingência, se necessário – e o seu depósito em conta aberta na Caixa Económica Federal, cometendo à Secretária Estadual de Cidadania e Direitos Humanos a competência para gerir esta conta, afecta ao cumprimento do programa de acção imposto pelo Juiz.

No âmbito da liminar concedida em devido tempo, o Estado cumpriu alguns dos pontos do programa de acção definido pelo Juiz. Na decisão da questão de fundo, o Juiz condenou o Estado a cumprir, no prazo de noventa dias, os pontos seguintes, ainda não executados: "satisfação, manutenção e higienização do preparo dos alimentos; assegurar, em cada uma das Unidades, locais adequados e específicos para que os adolescentes possam guardar seus objetos pessoais; elaborar e iniciar projeto de assistência religiosa; solução do problema do abastecimento de água nas Unidades, inclusive com a substituição dos equipamentos danificados; formação de equipe e elaboração de projeto para assegurar aos internos atendimento médico, deontológico, psicológico e de assistência social, inclusive com a construção de estrutura física adequada; aquisição e manutenção de medicamentos indispensáveis aos atendimentos médicos básicos; retorno imediato das atividades curativas de odontologia, com a construção de consultório odontológico; separação dos internos, de acordo com as idades, compleição física e gravidade do ato praticado, em todas as Unidades; separação por estabelecimentos das internas privadas de liberdade e em cumprimento de medida provisoriamente; capacitação dos profissionais das Unidades, com cronograma atual de atividades; elaboração e execução de programa para participação e visita dos pais e familiares e atendimento às famílias dos internos; aquisição de um veículo utilitário adequado e de uma ambulância para as Unidades; regularização e regulamentação do processo de escolarização, integral, com todas as peculiaridades e obedecendo ao grau de alfabetização dos internos; crie e mantenha equipe e local adequados, dentro das Unidades de Internação, para atendimento aos jovens internos que necessitem de tratamentos para dependentes de substâncias toxicómanas; bem como mantenha em funcionamento aqueles deferidos e adimplidos, quais sejam, a manutenção da escola dentro da Unidade; o plano de atendimento individual; as aulas de informática para todos os internos das Unidades; as atividades culturais, esportivas e de lazer, com acompanhamento psico-pedagógico e profissional; o fornecimento de bens indispensáveis à higiene, vestuário e ao uso pessoal dos internos; a manutenção das oficinas de reciclagem de papel, do laboratório de música e do circo; a manutenção das oficinas produtivas; a implantação de programa para controle da documentação de todos os internos, a designação de profissionais nas áreas médicas de clínica geral, pediatria e psiquiatria, nutrição e odontólogos, para atendimento diário das Unidades". (Ação Civil

Em uma acção julgada em 21.08.2008, o STJ decidiu com esta amplitude: "Os direitos fundamentais à vida e à saúde são direitos subjectivos inalienáveis, constitucionalmente consagrados, cujo primado, em um Estado de Direito Democrático como o nosso, que reserva especial protecção à dignidade da pessoa humana, **há de superar quaisquer espécies de restrições legais**".[24] [eu é que sublinho, porque se trata, a meu ver, de uma formulação muito extrema. AN]

A jurisprudência do STJ tem sido sempre, aliás, no sentido de reconhecer o dever do Estado de fornecer gratuitamente os medicamentos de comprovada necessidade **às pessoas que não podem arcar com tal ónus** [sublinhado meu. AN].[25]

10. – Em alguns dos casos submetidos a tribunal, o Executivo tem invocado a falta de recursos públicos para atender a pretensão de quem interpôs acção contra o Estado, trazendo à colação a *teoria da reserva do possível* e o direito do Poder Executivo a decidir sobre a *conveniência* e a *oportunidade* de concretizar determinadas políticas (ou seja, a problemática da separação dos poderes).

Mas o STJ já decidiu que "o império da lei e o seu controle, a cargo do Judiciário, autoriza que se examinem, inclusive, as razões de conveniência e oportunidade do administrador", reconhecendo a legitimidade do Ministério Público para exigir ao Executivo "a execução de política específica, (…) incluindo a tutela específica para que seja *incluída verba no próximo orçamento*, a fim de atender a propostas políticas certas e determinadas".[26]

O próprio STF tem sustentado a tese de que cabe ao Poder Judiciário a missão de garantir o cumprimento das leis vigentes e *a efectivação do direito à saúde e à vida dos cidadãos*, extraindo daqui – como que *silogisticamente* - a conclusão de que estes direitos devem prevalecer sobre qualquer outra norma do ordenamento jurídico, inclusive *acima dos critérios de conveniência e de oportunidade da Administração Pública*.

A decisão que fez 'escola'[27] relaciona-se com o recurso apresentado pelo Estado de Santa Catarina da decisão de um Juiz de primeira instância do interior do Estado, confirmada pelo Tribunal de Justiça do Estado, condenando o Executivo a colocar à disposição do requerente, dentro de 48 horas, 63 mil US dólares, para que ele pudesse tratar-se numa clínica dos EUA, determinando depois, perante o recurso do Estado junto do Tribunal de Justiça, o 'confisco' dessa verba e ordenando ao Banco do Estado de Santa Catarina (que administra a receita do Estado) a entrega imediata do dinheiro ao requerente.

Estes os termos da decisão do STF, mediante despacho do seu Presidente em exercício: "Quando em conflito a obrigação estatal de tornar efetivas as prestações de saúde em favor de cidadãos considerados individualmente e o dever-poder do Estado de gerenciar os escassos recursos disponíveis, tornando efetivas as políticas previstas nas contas públicas, tem decidido este Supremo Tribunal Federal que «entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição (art. 5º, *caput*), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um **interesse financeiro e secundário do Estado** [sublinhado meu. AN], entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica

---

Pública, Proc. nº 2.293/04, 1ª vara de infância e juventude Maceió, sentença de 06.12.2006)

24 AgRg no REsp 1002335/RS, publicado em 22.09.2008.

25 Ver Recurso Ordinário em Mandato de Segurança 2008/0264294-1, julgado em 02.06.2009, DJ 17.06.2009.
A meu ver, há aqui um enviesamento relativamente à filosofia do serviço público de saúde, tal como o encara a Constituição portuguesa e também, se não erro na interpretação, a Constituição Federal brasileira de 1988: o serviço público de saúde deve ser universal, geral e gratuito para todos (quando passar a ser gratuito só para os pobres, passará a ser uma obra de caridade… e perderá rapidamente qualidade).

26 Recurso Especial 2002/0169619-5, julgado em 11.11.2003, DJ 15.03.2004 [Eu é que sublinho. AN]. Outras decisões do STF (e de vários Tribunais de Justiça) vão no mesmo sentido, especialmente para compelir os municípios (ou o Estado, em geral) a inscrever no respectivo orçamento verba necessária para assegurar o funcionamento de programas de tratamento de menores dependentes de álcool e toxicómanos (REsp 493.811-SP, julgado em 11.11.2003; Medida Cautelar 2003/0091 138-3, julgado em 16.09.2003, DJ 20/10/2003).

27 Pode ver-se todo o processo em Ag. Reg. Pet. 1.246-1/SC, em www.stf.gov.br.

impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida»".[28]

O art. 196º da Constituição Federal de 1988 dispõe: "A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e económicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação." A meu ver, o que esta norma constitucional determina é que o direito à saúde é um *direito colectivo*, um *direito de todos* ao acesso *universal* e *igualitário* às prestações dos serviços de saúde; um direito que o estado deve garantir através de **políticas públicas sociais e económicas**, e não apenas através do tratamento na doença e da entrega de medicamentos, mas antes, prioritariamente, através de medidas que visam a redução do risco de doença. Fazendo tábua rasa deste predeito constitucional, o STF parece concebê-lo, porém, como um *direito individual*, cujo cumprimento pode ser exigido directamente através de uma acção judicial. Na expressão de Fernando Scaff, "aprisiona-se o interesse social e concede-se realce ao *direito individual*".[29] Na verdade, o contraste entre o direito individual (o *interesse individual*) e o *direito colectivo* (o *interesse colectivo*) não é um "falso dilema", como alguns querem fazer crer.

11. - O STF tem igualmente decidido no sentido de não considerar ingerência do Judiciário na esfera da administração a imposição judicial ao Executivo de que este satisfaça, nos termos de terminados pelo tribunal, um direito social previsto na Constituição, a requerimento de qualquer cidadão: "Deveras, não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quiçá constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pétrea. (…) Quando a Constituição Federal consagra um direito e a norma infraconstitucional o explicita, **impõe-se ao Judiciário torná-lo realidade**, ainda que para isso resulte **obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária**. Ressoa evidente que toda imposição jurisdicional à Fazenda Pública implica em dispêndio e atuar, sem que isso infrinja a harmonia dos poderes, porquanto no regime democrático e no estado de direito o Estado soberano submete-se à própria justiça que instituiu". [sublinhado meu. AN]

É verdade: o estado democrático é um estado vinculado à Constituição e à lei. Mas esta vincu-

---

28 Invocando a obrigação do Estado de socorrer doentes pobres, o TJRS proclama, com absoluto à vontade, que "em matéria tão relevante como a saúde descabem disputas menores sobre a legislação, muito menos sobre verbas, questão de prioridade" (MS 592140180, em Biblioteca dos Direitos da Criança ABMP, Vol. 01/97). Veremos à frente que não se trata de questões menores, mas de questões essenciais. [sublinhado meu. AN]

Levando até ao limite a absoluta prioridade conferida na Constituição Federal e no ECA aos direitos das crianças e dos adolescentes, o Poder Judiciário é mais incisivo ainda quando se trata do atendimento e do tratamento especializado de crianças e adolescentes dependentes de entorpecentes e drogas. No aresto referido na nota 30, o Juiz determina que o Município em causa, no prazo de trinta dias, crie e mantenha permanentemente em funcionamento um programa com o objectivo expresso no período anterior, condenando ao pagamento de multa o Município (R$ 3.000,00), o Prefeito (R$ 300,00) e o Secretário Municipal de Saúde (R$ 200,00), por cada dia de atraso no cumprimento de um programa levado a grande pormenor.

Este o programa estipulado na sentença: "1 – Capacitação especializada e permanente para todos os profissionais que trabalhem na reabilitação de crianças e adolescentes dependentes de substâncias entorpecentes e drogas afins; 2 – Central de Triagem composta por 01 (um) médico clínico, 01 (um) psiquiatra, 01 (um) psicólogo e 01 (uma) assistente social, para juntos analisarem o tratamento adequado a ser ofertado, bem como disponibilização de auxílio financeiro para o menor e seu responsável, de forma a garantir a continuidade do tratamento; 3 – Atendimento ambulatório adequado, podendo ser realizado através da rede básica de saúde ou pelo CAPS, desde que executado por profissionais especializados no tratamento de pessoas dependentes de entorpecentes e drogas afins; 4 – Oferecer atendimento de qualidade na marcação de consultas e retornos, objetivando o sucesso do tratamento; 5 – Supervisão intensa no atendimento ambulatorial, que poderá ser realizado pelo CAPSAD, que deverão ser devidamente aparelhados, com número adequado de viaturas e profissionais, de modo que permita conhecer a realidade social do paciente e os primeiros sinais de desistência do tratamento; 6 – Internação domiciliar, com criação de programa próprio do Município, com equipe do PSF específica para acompanhantes de tais casos; 7 – Abertura de leitos em hospitais, inclusive UTI, em número adequado para atender às necessidades desta Capital; e 8 – Criação de centros de tratamento com características de clínica médica (e não de comunidade terapêutica), que podem ser os CAUD (Centro de Atendimento ao Usuário de Drogas), com arbitramento, já em implementação em vários Estados, com apoio financeiro do Governo Federal".

29 Cfr. F. SCAFF, "Sentenças Aditivas, Direitos Sociais e Reserva do Possível", em Revista Dialética de Direito Processual, nº 51 (2007), 92.

lação abrange também o Poder Judiciário, que não pode exercer funções e tomar decisões que não cabem nas suas competências constitucionais. A este propósito, importa, aliás, salientar que, sendo o orçamento aprovado por uma *lei do orçamento* do Poder Legislativo, carece de legitimidade o acto de um juiz que se proponha alterar essa *lei*, modificando a afectação das receitas constante da *lei do orçamento*, ou que cometa ao Executivo o *dever* de a alterar para poder cumprir a sentença do juiz. Nem o Poder Judiciário nem o Poder Executivo podem usurpar competência reservada do Poder Legislativo. Aceitar o contrário seria abrir um caminho perigoso do ponto de vista da estrutura do estado democrático.

12. – O Acórdão do STF referido *supra* (nota 26) classifica como **interesse financeiro e secundário do estado** a invocação pelo Executivo da **escassez de recursos** para atender os pretensos direitos subjectivos (de todos e de cada um) a obter os tratamentos ou os medicamentos que poderiam ajudar a recuperar a saúde. Sendo um interesse secundário e menor (talvez até desprezível, porque se trata de dinheiro…), ele não merece ser atendido quando está em causa o direito à saúde, o direito à dignidade humana e o direito à vida, porque a saúde, a dignidade humana e a vida não têm preço, como costuma dizer-se. Este poderá ser um belo discurso moralista (demagógico?), poderá aliviar a nossa (má?) consciência, mas creio que não poderá ser levado a sério.

Porque não podemos fugir a certas verdades estruturantes da vida e do direito.

É verdade que nunca será absolutamente impossível encontrar os recursos necessários para satisfazer uma certa prestação de medicamento ou de tratamento. Mas não é isto que está em causa quando se invoca a escassez de recursos em oposição às decisões de tribunais como as referidas.

O que é verdade e é relevante é que não há – em nenhum país do mundo!- recursos financeiros bastantes para atender, sem limites, *todas* as exigências de *todos* quanto à satisfação plena dos direitos sociais, económicos e culturais. E – é bom lembrar - também quanto à efectiva realização dos clássicos direitos, liberdades e garantias.

Porque a satisfação destes direitos de liberdade também exige do estado a realização de despesas, porventura mais avultadas do que as feitas nas prestações positivas a que obriga a satisfação dos direitos económicos, sociais e culturais. Nas sociedades capitalistas, a defesa do direito de propriedade (dos direitos dos proprietários) exige segurança (dos bens, dos negócios, dos contratos). Esse é o papel do direito, dos tribunais, das polícias e de todos os aparelhos de defesa e segurança. E, em muitos países, o estado gasta muito mais dinheiro em defesa e segurança do que na saúde, na educação, na habitação…

E como os recursos financeiros ao dispor do estado são sempre escassos para satisfazer plenamente *todos os direitos de todos*, é necessário *escolher* qual a parte desses recursos que se destina a cobrir as despesas decorrentes da satisfação dos direitos, liberdades e garantias e qual a parte que vai cobrir as despesas com as prestações do estado para tornar efectivos os direitos económicos, sociais e culturais. E esta é uma **escolha política**. A questão em aberto é, pois, uma questão essencial das sociedades democráticas e do estado democrático, e não uma questão menor. E as escolhas que ela implica não podem ser os tribunais a fazê-las. Elas só podem ser feitas pelos órgãos previstos na Constituição e democraticamente legitimados para tanto pelo sufrágio popular.

Também é verdade que os recursos financeiros afectados à satisfação dos direitos económicos, sociais e culturais hão-de ser distribuídos de modo a atender a cada um destes vários direitos (saúde, educação, trabalho, habitação…). A necessidade de fazer esta distribuição coloca-nos de novo no terreno das **escolhas políticas**, que não cabem na competência dos tribunais.

Se tomarmos apenas o direito à saúde e se aceitarmos que ele só pode efectivar-se através de **políticas públicas adequadas**, facilmente concluiremos que estas políticas não podem reduzir-se – ao contrário do que parece ser o ponto de vista dos tribunais brasileiros – à pres-

tação de serviços médicos e ao fornecimento de meios de diagnóstico, intervenções cirúrgicas e medicamentos, segundo os interesses de cada pessoa que se encontre doente.[30]

Os factores que condicionam a saúde das comunidades humanas são factores económicos, sociais e culturais muito complexos, pelo que as políticas de saúde, que devem atender a todos eles, hão-de ser necessariamente políticas complexas, que passam pela habitação, pela alimentação, pelo fornecimento de água potável, pelo saneamento básico, pela educação, pelo lazer, pela organização de serviços de cuidados primários de saúde, pela vacinação em massa, e que incluem também o funcionamento de hospitais onde se tratam os doentes com recurso aos meios de diagnóstico disponíveis e aos conhecimentos médicos, e a equipamentos tecnologicamente avançados e a medicamentos sofisticados.

Enunciada esta equação, já se vê que também aqui é necessário fazer **escolhas políticas**, porque em nenhum país o estado (a sociedade) dispõe de recursos financeiros bastantes para satisfazer *todas as necessidades de saúde de todas as pessoas*. E não é uma **questão secundária** (relativa ao vil metal…) a questão de saber – especialmente em países pouco desenvolvidos, como é o caso de Portugal e do Brasil – se deve dar-se prioridade às despesas com a *saúde comunitária* (chamemos-lhe assim), no quadro de políticas estruturadas, programadas e geridas com critérios de eficiência e ética, ou se devem privilegiar-se as despesas com meios de diagnóstico, tratamentos e medicamentos que satisfaçam as *necessidades individuais* de determinados doentes (ainda por cima se estes forem apenas a escassa minoria que tem condições para ir a tribunal exigir a sua satisfação).

Mais uma vez, estamos na **esfera da política**: a questão enunciada é uma **questão política**, que exige uma **resposta política**, resposta que não podemos pedir aos tribunais nem estes podem pretender dar, porque tal não cabe nas suas competências enquanto órgãos de soberania. É-me, por isso, muito difícil aceitar a tese da jurisprudência brasileira segundo a qual o Poder Judiciário tem toda a legitimidade para intervir nesta matéria, sempre que o Executivo não dê cumprimento às normas constitucionais a este respeito. Na minha opinião, não cabe ao Poder Judiciário controlar o cumprimento dos programas de governo apresentados pelo Executivo: esta é uma competência do Parlamento. Se o Executivo adopta políticas erradas ou insuficientes, ou se não adopta quaisquer políticas, o juízo sobre o seu comportamento é um **juízo político**, que só pode caber ao Parlamento e ao povo soberano.

13. - À luz do que acabo de dizer, entendo, aliás, que não será fácil, em regra, apurar se estamos ou não perante *incumprimento da Constituição* quando algum doente não encontra nos serviços públicos de saúde o meio de diagnóstico, o tratamento, os equipamentos ou os medicamentos que podem proporcionar-lhe esperança de cura.

Talvez tenhamos de admitir que a própria definição do conteúdo do direito à saúde (e o conteúdo dos direitos sociais em geral) está sempre dependente da equação financeira que consta do orçamento do estado (em sentido amplo), pois é nele que se encontram plasmadas as *opções e as decisões políticas* sobre a afectação dos recursos públicos à prossecução dos diversos fins do estado através de políticas públicas que se traduzem em prestações específicas. E, sendo assim, não se vê como aceitar que os tribunais possam caracterizar como *incumprimento da Constituição* a atitude do Executivo quando este, à luz da lei do orçamento aprovada pelo Poder Legislativo, alega *não dispor de recursos públicos* para atender a pretensão de quem recorre ao tribunal invocando o seu *direito individual à saúde* para pedir a condenação do Executivo (do estado) a satisfazê-lo.

Suponhamos que alguém só pode ter esperança de cura se beneficiar de um transplante (de coração, de fígado, de rim…). Neste, como em outros domínios, a capacidade dos serviços públicos de saúde é limitada. Por isso há listas de espera. Pode um tribunal decidir que o

30 São quase sempre deste tipo, porém, segundo as informações que consegui recolher, os milhares de casos que vêm inundando os tribunais brasileiros, muitos deles subindo até ao STF.

doente que veio perante ele pleitear pela satisfação do seu direito à saúde (e à vida) deve ser atendido com prioridade relativamente aos outros cuja situação o Juiz não conhece?[31] E será justo admitir que, perante dificuldades de resposta do sistema público de saúde, os tribunais possam condenar o estado a pagar as despesas com a deslocação ao estrangeiro, o internamento hospitalar, a cirurgia, o tratamento e os medicamentos em outro país?

Se os problemas (da vida e do direito) se resolvessem através de silogismos, a resposta teria de ser positiva: o direito à saúde, à dignidade e à vida são direitos fundamentais indiscutíveis; as questões de dinheiro são questões menores; logo, pague o estado aquilo que for necessário para recuperar a saúde de alguém que provou em tribunal precisar dessa ajuda. Mas a vida não cabe em silogismos, nem o raciocínio jurídico e a justiça se esgotam neles.

E se um doente (que pode ser sujeito a transplante no seu país) invocar e provar em tribunal que as técnicas utilizadas no transplante são, nesse país, técnicas ultrapassadas à luz do que se faz em outro(s) país(es), requerendo ao juiz, em nome do seu *direito subjectivo* à saúde e do seu direito à vida, que condene o estado a pagar-lhe todas as despesas de tratamento em país estrangeiro onde terá maior probabilidade de cura e de sobrevivência? Poderá o tribunal recorrer ao discurso formal de que os direitos à vida e à saúde são direitos fundamentais *indiscutíveis* (*absolutos*?) garantidos pela Constituição, de que é obrigação do Judiciário torná-los realidade, de que a questão do dinheiro é uma questão menor, para concluir que este doente tem todo a direito a ser tratado num país estrangeiro à custa de dinheiros públicos?

Eu entendo que não. De outro modo, em nome do *princípio da igualdade*, o estado deveria obrigar-se a saber quais os cidadãos que estão nas mesmas condições que este, proporcionando-lhes os mesmos meios para recuperar a sua saúde e salvar a sua vida. Como todos compreenderemos, este tipo de soluções poderia esgotar rapidamente os recursos destinados à protecção e à promoção da saúde de todos, pondo em causa o direito à saúde e o direito à vida de outras (muitas) pessoas, da grande maioria dos mais pobres e indefesos. Antes disso, o serviço público de saúde seria muito seriamente afectado na sua organização, na sua eficiência, na sua racionalidade.

Vamos admitir uma outra situação, porventura mais atendível. Suponhamos que os habitantes de uma certa localidade fazem prova em tribunal de que se justifica – à luz dos melhores critérios técnicos e de justiça social – a criação nessa localidade de um hospital ou que se justifica o apetrechamento do hospital já existente com o equipamento que permita o diagnóstico ou o tratamento de certas doenças e com pessoal médico e outro, ou com a ampliação e melhoria das instalações. O que faz o tribunal? Pode ordenar a construção do hospital ou a ampliação das instalações, ou a compra de novo equipamento, ou a contratação de mais pessoal?

É inequívoco que está aqui em causa o direito à saúde da comunidade que habita naquela localidade. Mas pode o tribunal decidir que se verifica, no caso em apreço, *incumprimento da Constituição* pelo Executivo e deferir o pedido daquela comunidade? Eu entendo que não.

Os tribunais não podem alterar os orçamentos aprovados pelo Legislativo, pelo que também não podem capturar verbas do orçamento da União, de um Estado ou de uma Prefeitura, mandar depositá-las no Banco do Brasil e cometer a uma entidade pública (o próprio Executivo ou outra) o encargo de gastar aquela verba no cumprimento da decisão do tribunal.[32]

---

31 O doente já terá todo o direito de ir a tribunal pedir reparação se puder provar que algum outro doente foi (ou está para ser) beneficiado passando á sua frente, só porque é amigo do administrador do hospital, ou é do partido do Governo, ou é amigo do Prefeito… Mas estas são outras questões.

32 Invocando expressamente a autoridade da jurisprudência do STF, um Juiz de Maceió (Ação Civil Pública, Processo nº 090.08.500162-7, 27.10.2009) decidiu favoravelmente um pedido do Ministério Público, condenando o Município a cumprir integralmente o extenso e complexo programa definido na sentença com o objectivo de retirar de condições de miséria material e moral crianças das zonas lagunares de Maceió. E como a liminar antes concedida não tinha sido integralmente cumprida, o Juiz determinou o bloqueio de um milhão e quinhentos mil reais da rubrica de contingência do Município, mandou depositar essa importância em conta corrente no Banco do Brasil ou na Caixa Económica Federal e confiou a movimentação dessa conta ao Ministério Público Estadual e do Trabalho. Em caso de incumprimento, o Juiz condenou ainda ao pagamento de

Os tribunais não podem também impor ao Executivo a inscrição nos orçamentos de anos vindouros das verbas afectas à prossecução dos objectivos políticos que eles julgam prioritários. Os tribunais não podem fazer **opções políticas**. Como órgãos de soberania, não é esta a sua função. O respeito pelo *princípio da separação de poderes* não autoriza outra solução. Vamos admitir que o Executivo – até para evitar a condenação dos seus titulares pelo crime de desobediência qualificada, ameaça a que os tribunais recorrem sistematicamente – propõe a inscrição dessa verba no orçamento. Mas o legislativo - ao qual cabe a competência para aprovar o – não concorda com a proposta e retira do orçamento aprovado a respectiva rubrica, atribuindo a importância em causa a outra finalidade. Numa situação destas, o que faz o tribunal? Aplica multas aos membros do Legislativo que votaram no sentido acima referido? Condena-os por crime de desobediência qualificada? Ou substitui-se ao Legislativo e manda inscrever no orçamento a rubrica que os deputados recusaram por ser outra a sua opção política?

Vejamos um outro exemplo ainda no âmbito da saúde pública. Suponhamos uma cidade atravessada por um curso de água onde são despejados esgotos e lixos vários, que poluem aquele curso de água, com grave perigo para a saúde pública. Se o MP ou outra entidade com legitimidade processual para tanto requerer em tribunal a condenação da Prefeitura, do Estado e da União a fazer as obras de saneamento básico e todas as demais necessárias à cabal despoluição do ribeiro que atravessa a cidade, o que faz o tribunal?

Está em causa a saúde pública, um direito fundamental que o estado é obrigado a respeitar e a

---

multa diária o Município (R$ 10.000,00), o Prefeito (R$ 300,00) e o Secretário Municipal de Ação Social (R$ 200,00). Caberá nas competências do Ministério Público a gestão de dinheiros públicos retirados do orçamento de um Município?

Vale a pena ler o programa definido pelo Juiz, que, ao elaborá-lo, se substituiu, a meu ver, não só aos órgãos do Executivo, mas até a profissionais de outras áreas (técnicos de saúde, de serviço social, de segurança, etc.):

" 1 – Formar uma comissão multidisciplinar de profissionais do Município, a serem acompanhados pelos autores [o Ministério Público] ou profissionais por eles indicados ou ainda pelo respetivo Conselho Tutelar da região, não componentes da estrutura deste juízo, para realizar um perfil sócio-econômico das crianças e adolescentes da comunidade da Orla Lagunar, no prazo de 90 (noventa) dias, identificando cada criança e adolescente pelo nome, idade, endereço, nome dos pais se possuem registro de nascimento ou qualquer outro documento de identificação, como sobrevivem, se passam fome, se já sofreram violência doméstica, se são vítimas de violência sexual, se estão na escola, se saíram da escola e por quê, se trabalham, se passam o dia na rua, se usam drogas, se seus pais são dependentes químicos, entre outras necessárias à identificação exata da situação de risco em que se encontram; 2 – Oferecer condições adequadas, no prazo de 60 (sessenta) dias, para o funcionamento do Conselho Tutelar das Regiões I e II, dentre as quais: segurança, combustível em quantidade suficiente, computadores em perfeito estado, verba de custeio, pessoal de apoio e número telefónico gratuito (0800) para recebimento de denúncias de abuso, exploração e violência contra crianças e adolescentes, em caráter ininterrupto (24 horas), para que o referido Conselho possa exercer adequadamente suas atividades de proteção das crianças e adolescentes das regiões em que atuam, inclusive na comunidade da Orla Lagunar; 3 – Apresentar um cronograma, em 30 (trinta) dias, para que seja ampliada a rede municipal de proteção à criança e ao adolescente, com a abertura de ABRIGOS para crianças e adolescentes, de ambos os sexos, em situação de risco, com ATÉ 18 ANOS INCOMPLETOS, com capacidade de atendimento das situações emergenciais identificadas no diagnóstico requerido no item 1 e deferido, a funcionar no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias a partir do diagnóstico; 4 – Ofertar creche em horário integral e educação infantil, em quantidade suficiente a atender à população de 0 a 6 anos da referida comunidade, apresentando o Município cronograma de abertura das unidades necessárias e critérios para preenchimento das vagas à medida da abertura, em até 30 (trinta) dias a com prazo estipulado para funcionamento em no máximo 180 (cento e oitenta) dias; 5 – Assegurar as matrículas de todas as crianças e adolescentes em idade escolar de ensino fundamental, que não estejam matriculadas, imediatamente, a partir do levantamento inicial; 6 – Apresentar propostas de políticas públicas a serem implementadas pelo Município com abrangência suficiente e ofertando soluções de curto, médio e longo prazo para a referida população, no prazo de 90 (noventa) dias após o resultado do perfil apresentado; 7 – Incluir no Projeto de Lei Orçamentária de 2008 as verbas necessárias para implementação das políticas públicas a serem executadas no ano, bem como nos anos seguintes, observando-se a s reais necessidades da população infanto-juvenil; 8 - Utilizar a reserva de contingência do Município, caso este não apresente rubrica orçamentária diversa para fazer face às despesas com o cumprimento das medidas liminares ora concedidas; 9 - Implementar ações visando à expedição de registros de nascimento das crianças, adolescentes e pais residentes na região para incluí-los em Programas Sociais e transformá-los em Cidadãos; 10 - Promover campanha permanente de conscientização, por intermédio dos mais diversos meios de comunicação, acerca da proibição do trabalho infantil, inclusive o doméstico, da prostituição infantil e males à saúde causados por drogas e, ainda, a importância do papel da sociedade na denúncia destes temas ao Conselho Tutelar da Região, explicitando que o Conselho Tutelar para cumprir mo seu papel deve encaminhar ao Ministério Público notícia de fato que constitua infração administrativa ou penal contra os direitos da criança e do adolescente, dentre outros, assim considerado o trabalho infantil, nos moldes do art. 136, inciso IV do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8069/90)".

tornar efectivo. E não se diga que são obras muito caras e complexas, que levam tempo a planejar e a executar, alongando-se por alguns anos. A situação é mais complicada do que quando se trata de satisfazer uma pessoa que reivindica o direito a obter do estado, gratuitamente, um determinado remédio ou tratamento médico. Mas a mesma lógica silogística impõe, por maioria de razão, a solução de condenar o estado a fazer as obras. Nem que para tanto seja necessário congelar verbas do orçamento da Prefeitura ou do Estado ou transferir dinheiro do orçamento da União, sendo que – vamos admitir – nenhum destes orçamentos prevê qualquer verba com aquele destino. Creio que não será legítimo invocar, neste como em outros casos facilmente imagináveis, que as questões orçamentais só são questões menores quando se trata de (relativamente) pouco dinheiro. Porque o que verdadeiramente está em causa – repito - é a questão de saber se os tribunais podem alterar as *leis do* orçamento aprovadas pelo Poder Legislativo por proposta do Poder Executivo (ambos **responsáveis politicamente** pelas **opções políticas** que esses orçamentos traduzem). E também a questão de saber se podem os tribunais mandar inscrever em orçamentos de anos subsequentes verbas para prosseguir determinados objectivos políticos, quando estas competências estão constitucionalmente reservadas ao Poder Legislativo.

Em termos gerais, penso que estes não são os caminhos que podem garantir uma **política pública de saúde** ao serviço das populações. Esses caminhos acabarão por desorganizar e decapitalizar qualquer política pública de saúde. O desvio de fundos para tratamentos ou medicamentos por medida (muitas vezes caríssimos) vai necessariamente retirar fundos a outras valências de uma política séria de saúde, que por certo beneficiarão um número de pessoas muito maior e com menores rendimentos. Esses caminhos não conduzirão a maior igualdade no acesso aos cuidados de saúde, nem à melhoria da qualidade dos serviços públicos de saúde, nem a maior justiça social. Antes pelo contrário.[33]

Dir-se-á que esta não é uma argumentação em termos jurídicos. Talvez não o seja inteiramente. Mas talvez faça sentido perguntar: este tipo de actuação ajudará a cumprir a Constituição ou a desrespeitá-la? Eu inclino-me para esta segunda alternativa: ela traduz-se, em boa verdade, na utilização de dinheiros públicos para satisfazer verdadeiros planos de saúde privados.[34]

14. – Foi votado em 17 de Março de 2010 um importante Acórdão do STF sobre as matérias de que aqui me venho ocupando. Trata-se de um extenso e \bem elaborado aresto (de que foi relator o Ministro Presidente Gilmar Mendes), que justifica atenção especial, ainda que menos profunda do que ele merece.

---

33 Vale a pena ter em conta a reflexão e a informação colhidas em F. SCAFF, "Sentenças Aditivas, Direitos Sociais e Reserva do Possível", cit., 94: "Há no Brasil uma avalanche de decisões de todas as instâncias implementando diretamente o direito à saúde previsto no art. 196 da Constituição, através de um sistema de Justiça Constitucional difusa. Confundem-se direitos individuais com direitos sociais. Faz-se de forma individual o que deveria ser implementado através de políticas públicas - o que pressupõe o alcance de uma coletividade de indivíduos através de um conjunto de normas emitidas pelo Poder Legislativo e pelo Poder Executivo.

Com estas decisões, os programas e as políticas públicas de saúde têm sido bastante abaladas financeiramente, e comprometida sua capacidade de implementação. Em alguns Estados, como o do Rio Grande do Sul, notícias da imprensa dão conta que já existem mais de 20 mil ações envolvendo medicamentos e ordens judiciais e o valor passou de US$ 5 milhões em 2005 para US$ 13 milhões em 2006 (o que já corresponde a 25% do orçamento total da Secretaria de Saúde daquele Estado), sendo que desse total cerca de US$ 10 milhões já tramitam através de bloqueio direto de dinheiro na conta corrente do Estado. A notícia informa também alguns tipos de fraudes que vêm ocorrendo neste processo, tal como a obtenção do dinheiro para compra de automóveis, ao invés dos alegados medicamentos".

Numa reunião com os Governadores do Sul do País e do Mato Grosso do Sul, realizada em Curitiba (18.10.2007), o próprio Ministro da Saúde chegou a afirmar que "na verdade, agora o Judiciário está prescrevendo, tirando o lugar do médico, e isso está criando um peso enorme de financiamento do sistema [público de saúde]". Segundo o Ministro, os Estados-membros desembolsam cerca de US$ 250 milhões por ano com decisões judiciais ordenando gastos com medicamentos e tratamentos de saúde não previstos nas normas jurídicas brasileiras. A União, por sua vez, desembolsou, só nos primeiros nove meses de 2007, cerca de US$ 13 milhões no que ele chamou de "judicialização da saúde". (Informação colhida em F. SCAFF, "Os Direitos Sociais na Constituição Brasileira", em F. SCAFF, R. ROMBOLI e M. REVENGA (Coord.), A Eficácia dos Direitos Sociais, Quartier Latin, São Paulo, 37).

34 Cfr. Fernando SCAFF, "Os Direitos Sociais…, cit., 38.

A propósito da resolução da matéria directamente em causa no recurso de agravo interposto pela União, o STF abordou a caracterização do direito à saúde como direito fundamental social à luz do art. 196º da Constituição Federal, analisou a questão das políticas públicas no âmbito da separação dos poderes e o problema da judicialização da política, procurando definir parâmetros dentro dos quais devem os tribunais resolver os casos concretos que envolvem o direito à saúde.

É talvez na esfera do direito à saúde que mais facilmente poderão encontrar-se justificações para a intervenção do Poder Judiciário na tentativa de tornar efectivo um direito social. Ao fim e ao cabo, trata-se de saber se um tribunal pode ou não condenar o estado a fornecer gratuitamente a um dado doente um certo medicamento ou meio de diagnóstico ou determinado tratamento, o que, em termos mais gerais, obriga a responder à questão de saber se, como e em que medida o direito à saúde se traduz num direito subjectivo público a prestações positivas do estado, passível de garantia pela via judicial.

O Acórdão dá conta das principais questões teóricas que se levantam a este propósito, e da sua análise resulta, na minha leitura, que, mesmo para o STF, a intervenção dos tribunais nestas questões sempre decorrerá, do ponto de vista da separação dos poderes, numa linha de fronteira muito difícil de definir, mesmo com os limites que o próprio Acórdão estabelece.

Nos termos da Constituição Federal, **o direito à saúde é garantido mediante políticas públicas, sociais e económicas**. No Brasil está definida e vem sendo executada uma política pública de saúde. Se tal não acontecesse, por não ter sido promulgada a legislação indispensável ou por não ter sido ela levada à prática, o que poderiam fazer os tribunais, nomeadamente o STF? Poderia declarar uma situação de inconstitucionalidade por omissão, mas é claro que não poderia legislar em substituição do Poder Legislativo. Mas poderia **obrigar** os órgãos do estado competentes a legislar, ou a criar e a pôr efectivamente em funcionamento os necessários serviços públicos de saúde? E, havendo legislação, mas não funcionando os serviços (podem nem sequer existir), poderia o STF pô-los a funcionar ou condenar o Executivo a fazê-lo?

Parece claro que uma resposta positiva a estas perguntas implicaria aceitar que os tribunais podem definir e executar políticas públicas. E o STF não vai tão longe. No entanto, só nesta sede, a meu ver, pode actuar-se com êxito no sentido de tornar efectivo este direito social enquanto direito de todos a aceder, em igualdade de condições, aos serviços públicos de saúde. Não há outro caminho, para quem entenda que a garantia deste direito só pode residir na definição e execução de políticas públicas adequadas à obtenção dos objectivos tidos em vista, nomeadamente os definidos na Constituição.

O STF reconhece "a necessidade de se redimensionar a questão da judicialização do direito à saúde no Brasil", e parece aceitar que o Poder Judiciário não pode interferir "na criação e implementação de políticas públicas em matéria de saúde". Nem tal é necessário, porque essas políticas e os serviços para as executarem existem. Aquilo que está em causa é a legitimidade de "determinação judicial para o cumprimento de políticas já estabelecidas", legitimidade que o STF proclama, por entender que, nestes limites, "não se cogita do problema da interferência judicial em âmbitos de livre apreciação ou de ampla discricionariedade de outros Poderes quanto à formulação de políticas públicas".

O Acórdão do STF a que me reporto define ainda certos parâmetros que devem balizar a capacidade de intervenção judicial para garantir o direito à saúde, em decisões tomadas caso a caso, por meio do fornecimento de medicamento ou de tratamento imprescindível para o aumento da sobrevida e a melhoria da qualidade de vida do paciente. Não analisarei aqui, por escassez de tempo e de espaço, estas especificações. Mas o que me parece essencial consta do enunciado no parágrafo anterior.

Uma das limitações que o STF vem agora introduzir à possibilidade de intervenção dos tribunais nas matérias em análise pode sintetizar-se nestes termos. Não é possível obrigar a rede pública a financiar toda e qualquer acção ou prestação de saúde existente, pelo que deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo Sistema Único da Saúde (SUS) em detrimento de opção

diversa escolhida pelo paciente. Mas esta regra não valerá como limitação à intervenção dos tribunais se for *comprovada em juízo a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente*.

Não posso acompanhar o STF. Serão os tribunais a sede própria para se avaliar da eficácia ou adequação da política de saúde? Terão os tribunais capacidade técnica para fazer esta avaliação? Poderão os tribunais decidir se uma dada política de saúde é ou não a mais eficaz e a mais adequada, tendo em conta os meios financeiros (e outros) que os poderes públicos competentes afectaram à política de saúde (nomeadamente através dos recursos financeiros que lhe são afectados nos orçamentos votados pelos órgãos competentes)? Se o tribunal entender que pode analisar estas questões e concluir que a política adoptada não é a mais eficaz ou a mais adequada, é ele que vai decidir qual é a mais eficaz e mais adequada? Para além dos seus aspectos técnicos (que um tribunal não sabe equacionar nem resolver), não será esta uma **decisão política**, vedada aos tribunais? Ou será correcto decidir o tribunal que a política mais eficaz e mais adequada é aquela que a parte interessada fizer passar em juízo como a melhor? É claro que os Protocolos Clínicos e as Diretrizes terapêuticas do SUS não são inquestionáveis, como afirma o Alto Tribunal (nada nem ninguém é inquestionável!). Mas daí a concluir – como faz o STF - que, por esta razão, *é possível a sua contestação judicial* vai uma grande distância, que eu não consigo percorrer.[35]

Outro dos parâmetros definidos pelo STF para a intervenção dos tribunais no sentido de concederem *prestações individuais de saúde* na sequência de acção interposta com este objectivo por um qualquer interessado reside no facto de a decisão favorável do tribunal não comprometer o funcionamento do SUS. Mas logo acrescenta que cabe ao Executivo o ónus de provar e fundamentar de forma clara, em cada caso concreto, que a eventual decisão do tribunal concedendo prestações individuais de saúde compromete o funcionamento do SUS.

É uma exigência muito forte, para a qual não vejo qualquer fundamento. Em coerência com o que digo atrás, qualquer decisão de um tribunal que conceda prestações individuais compromete o funcionamento do SUS. Uma política pública estruturada e racionalmente executada não pode estar sujeita a intromissões frequentes (que podem ser muitas e só não serão milhares se o *princípio da igualdade* for abertamente desrespeitado). A doutrina defendida pelo STF inverte a lógica inerente à natureza das coisas: quem pretende intervir de fora na gestão do SUS, pondo de lado as suas regras de funcionamento e impondo uma outra afectação de recursos, é que deve provar que esta invasão pelos tribunais da esfera própria do Executivo não compromete o funcionamento dos serviços que o Executivo deve criar, organizar e dirigir. E eu penso que esta prova é impossível.

Depois, cabem aqui todos os argumentos contrários já aduzidos, decorrentes da *separação de poderes* e da impossibilidade de os tribunais alterarem as leis do orçamento aprovadas pelo Legislativo, porque os orçamentos reflectem **opções políticas** que os tribunais não podem formular nem julgar (o **julgamento político** cabe, em última instância, ao povo soberano).

E cabem aqui também todas as dificuldades resultantes da consideração da *reserva do possível* ou da *escassez de recursos*. Creio não errar na afirmação de que a garantia de efectivação dos direitos sociais - enquanto direitos dos cidadãos a exigir do estado prestações positivas que têm sempre um custo financeiro directo - está sempre como que *naturalmente* (pela *na-*

---

35 Não domino suficientemente essas matérias, mas, como cidadão preocupado com a vida da cidade, vejo com frequência os especialistas em economia da saúde falarem do grande peso que os medicamentos e os meios sofisticados de diagnóstico e de tratamento têm nos orçamentos da saúde, mais ou menos em todos os países. E muitas as vezes, perante a tendência destes para aumentarem ainda mais o seu peso nas despesas globais com a política de saúde, não falta quem associe esta evolução à pressão das poderosíssimas multinacionais farmacêuticas, interessadíssimas em vender na maior quantidade possível os medicamentos e os equipamentos que produzem. Recentemente, teve bastante eco na Europa a denúncia feita por um deputado alemão ao Parlamento Europeu (médico especialista em epidemiologia e perito em gestão da saúde) dos expedientes (que ele considerou fraudulentos) utilizados pela indústria farmacêutica (com a cumplicidade da OMS) para vender milhões de vacinas contra a gripe H1N1 (que custaram muitos milhares de milhões de euros a vários países da Europa), apesar de não ser séria nem cientificamente fundamentada a previsão de pandemia que assustou o mundo e provocou o desperdício de rios de dinheiro sem vantagem visível.

tureza das coisas) condicionada à *reserva do possível*.

Por outras palavras: a concretização destes direitos está sempre dependente das **escolhas políticas** quanto à afectação dos recursos financeiros ao dispor do estado, recursos que, como já se disse, são sempre escassos. E como essas **escolhas políticas** têm tradução nos **orçamentos** propostos pelo Poder Executivo e aprovados pelo Poder Legislativo, não se vê como podem os tribunais averiguar se há ou não *incumprimento da Constituição*, com base no qual o STF pretende legitimar a intervenção do Poder Judiciário, que se proclama responsável por tornar realidade (todos) os direitos fundamentais consagrados na Constituição.

Na minha óptica, não cabe na competência dos tribunais averiguar se há recursos disponíveis para condenar o Executivo a uma certa prestação de saúde. Sempre haverá, desde que se alterem os orçamentos, i.é, desde que se modifiquem as **prioridades políticas** reflectidas nos orçamentos. Mas esta alteração não pode ser imposta pelos tribunais aos outros Poderes do estado, porque não é aceitável que as **opções políticas** do Legislativo possam ser substituídas pelas **opções políticas de cada Juiz**.

É sempre a barreira imposta pela *separação dos poderes*.

15. - Para confortar a tese que fez vencimento no STF (por voto unânime dos Ministros presentes na sessão), invoca-se a certa altura a lição de Victor ABRAMOVICH e Christian COURTS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2004, 251: " (…) o Poder judicial não tem a incumbência de definir políticas públicas, mas a de confrontar o desenho de políticas assumidas com os padrões jurídicos aplicáveis e – no caso de encontrar divergências – **reenviar** a questão aos poderes competentes para que eles reajam ajustando consequentemente a sua actividade. Quando as normas constitucionais ou legais fixem pautas para a definição de políticas públicas e os poderes respectivos não tiverem adoptado nenhuma medida, caberá ao Poder Judicial **reprovar** essa omissão e **reenviar** a questão aos poderes competentes para que eles elaborem alguma medida. Esta dimensão da actuação judicial pode ser conceptualizada como a participação em um 'diálogo' entre os diferentes Poderes do estado para a concretização do programa jurídico-político estabelecido pela Constituição ou pelos Acordos sobre direitos humanos" [os sublinhados são meus. AN].

Com o devido respeito, parece-me um texto bastante 'moralista', sem grande conteúdo e consistência jurídico-política. O que é isso de o Poder Judicial **reprovar** os outros Poderes do Estado? Alguma Constituição confere aos tribunais esse papel de *autoridade moral*? Podem os tribunais arvorar-se ou ser arvorados em uma espécie de *consciência moral* representativa da sociedade? Se o Poder Legislativo ou o Poder Executivo não publicaram as leis necessárias para se poderem efectivar certas normas da Constituição, o Poder Judicial poderá, se a figura estiver prevista na Constituição, declarar a existência de *inconstitucionalidade por omissão*. Mas considero perigoso colocar o Poder Judicial no papel de **reprovar** os outros Poderes do Estado. Seria empurrar os tribunais para o terreno do debate político e da luta política, o que me parece de evitar em absoluto. De todo o modo, os autores referidos colocam a actuação dos tribunais num plano de **diálogo** com os demais Poderes do Estado. Mas este 'diálogo' que conteúdo e significado tem? Tem base constitucional? Ou é, mais uma vez, a tentação de trazer os tribunais para o terreno da luta ideológica e da luta política?

16. – As questões que venho levantando a propósito do direito à saúde colocam-se em termos idênticos (talvez até mais impressivamente) quando se consideram outros direitos sociais.

Tomemos o direito ao trabalho, que é um direito fundamental estreitamente ligado ao respeito da *dignidade da pessoa humana*, porque só ele garante que o homem-trabalhador ganhe dignamente a sua vida e se realize como pessoa. Um trabalhador desempregado de longa duração, que já perdeu o direito a receber subsídio de desemprego, pode ir a tribunal requerer ao juiz que condene o estado a proporcionar-lhe um **posto de trabalho** que lhe permita uma **vida digna**? Não vejo como poderá o tribunal deferir este pedido, sendo que o *direito ao trabalho*

não é respeitado e concretizado através da atribuição de um subsídio de desemprego ou de um qualquer subsídio destinado a garantir o mínimo de subsistência. A satisfação do direito ao trabalho exige que o trabalhador possa exercer a sua profissão e assim ganhar a sua vida. Se um trabalhador está desempregado contra a sua vontade, há um direito fundamental de uma pessoa que não está a ser garantido. Poderá o tribunal entender que se verifica *incumprimento da Constituição* e condenar o estado adoptar as medidas necessárias para que ela seja cumprida relativamente àquele desempregado? Não sei bem como. E se uma confederação sindical instaurasse uma acção do mesmo tipo, em nome de todos os trabalhadores que se encontrem naquela situação (e que podem ser milhões)? O que faria o tribunal?

Dificuldades do mesmo tipo podem verificar-se se tomarmos, por exemplo, o direito à educação. O que faria um tribunal se uma associação de pais (ou outra entidade com legitimidade processual para tanto) viesse pedir que o juiz condenasse o estado a adoptar **todas as medidas necessárias** para que o serviço público de educação deixe de ser de má (ou até péssima) qualidade e atinja os níveis das escolas privadas frequentadas apenas por aqueles que podem pagar o elevado preço da sua frequência, os mesmos que, em fase posterior, ganham o direito de preencher as vagas oferecidas pelo ensino superior público, inteiramente gratuito, e cuja qualidade é, em regra, muito superior à dos estabelecimentos privados?

Não há dúvida de que oferecer um ensino público de má qualidade é uma forma de *incumprimento* (ou de *imperfeito cumprimento*) *da Constituição* no que concerne à garantia de um direito fundamental. Se o juiz entendesse que o correcto – ao menos para ser coerente com a jurisprudência adoptada em matéria de medicamentos – era deferir o pedido, saberia ele quais as medidas necessárias? E onde iria ele buscar o dinheiro para melhorar milhares de escolas, para as equipar melhor, para pagar melhor aos professores (a fim de atrair para a profissão gente de qualidade), para fornecer aos alunos refeições e livros gratuitos, etc.? E quem iria executar essas medidas?

No recente sismo no Haiti milhares de pessoas morreram porque viviam em barracas, em condições degradantes, em claro desprezo pela dignidade humana dessas pessoas. Se a tragédia tivesse ocorrido no Brasil, os tribunais brasileiros condenariam o estado a pagar indemnizações por danos morais e materiais às famílias daqueles que viram negado o seu direito à vida porque o estado **não cumpriu a Constituição** ou **não deu efectivo cumprimento à política pública de habitação**, que por certo há-de visar garantir o preceito constitucional que consagra o direito das pessoas a uma habitação condigna? E se, antes de morrerem, estas pessoas tivessem vindo requerer ao tribunal que condenasse o estado a entregar-lhes uma casa bem construída, que respeitasse a sua dignidade de pessoas humanas e os direitos dos seus filhos e prevenisse o risco da própria vida? Poderia o tribunal garantir uma casa condigna a cada uma dessas pessoas? E, perante o que agora aconteceu, será correcto pretender que o MP requeira ao tribunal a condenação do estado a entregar imediatamente uma casa condigna aos milhares de pessoas que ficaram sem nada e aos muitos milhares que continuam a viver nas mesmas condições infra-humanas que tanta gente vitimaram por ocasião do sismo?

Um caso extremo, para ilustrar as minhas perplexidades. O que faria um juiz se todos os habitantes de todas as favelas do Rio de Janeiro, invocando o seu direito à habitação, o respeito devido à dignidade humana e os direitos de todas as crianças e adolescentes 'condenadas' a viver em condições infra-humanas (direitos cuja satisfação goza de *prioridade absoluta*), se apresentassem a requerer que fosse entregue a cada família uma habitação condigna? Tenho para mim que o direito à habitação é dos que mais ligação tem com o respeito pela dignidade humana, para além de ser indispensável para garantir o direito à saúde e todos os direitos das crianças a condições de vida que as salvem do analfabetismo, da fome, da mendicidade, da prostituição, da criminalidade, da degradação enquanto pessoas. Assim sendo, mandaria o juiz bloquear o orçamento do Estado do RJ e da Prefeitura do RJ para mandar construir as habitações necessárias? E confiaria a gestão desse dinheiro e a gestão do projecto de construção civil ao Ministério Público?

17. - As dificuldades e as dúvidas que quero exprimir através destes exemplos colocam-se também, a meu ver, quando se trata de garantir a efectividade de *direitos, liberdades e garantias*,

porque também estes, como é sabido, implicam a realização de despesas pelo estado.

Vejamos. O estado deve garantir a segurança de pessoas e bens e esta garantia corresponde à realização de um direito fundamental. Pergunta-se: o que poderá fazer um tribunal se os habitantes de um edifício de muitos pisos, de uma determinada rua ou de um certo bairro, vítimas de acções frequentes de violência (assaltos a habitações, furto de automóveis, violações, assassinatos…), provarem em juízo que tal acontece por falta de policiamento adequado e requererem ao Juiz que mande instalar (ou reforçar em efectivos e equipamentos) uma esquadra de polícia ou mande destacar uma força policial permanente para o local?

O raciocínio que 'legitima' um tribunal a ordenar a entrega do medicamento gratuito deveria levar o tribunal a deferir o requerido neste caso. Suspeito, porém, que será mais difícil encontrar defensores para esta solução. Na minha óptica, a resposta deve ser a mesma, mas diferente da que vem sendo dada pela jurisprudência brasileira para os casos de pedidos de medicamentos ou tratamento médico: esses direitos só podem ser garantidos através de **políticas públicas adequadas** e não cabe aos tribunais defini-las nem executá-las, nem sequer fazer **juízos políticos** sobre a bondade ou o grau de cumprimento delas.

Um outro exemplo. Dada a morosidade da justiça (ao menos em Portugal), o que faria um tribunal se um cidadão lhe viesse requerer a condenação do estado a criar mais uma (ou duas, ou três…) comarcas numa grande cidade, ou a nomeação de mais oficiais de justiça, ou a construção de tribunais mais modernos, melhor equipados e mais funcionais? Certos tribunais já têm condenado estados por prejuízos causados a este ou àquele cidadão em virtude da morosidade da justiça. Mas esta é uma questão diferente.

Tomemos a garantia constitucional da liberdade de imprensa. E suponhamos um país em que todos os meios de comunicação social pertencem a um monopólio privado ou são todos públicos e são geridos de modo a não garantir aquele direito fundamental. O que fará um juiz perante acção intentada pelo sindicato dos jornalistas ou por um partido político pedindo ao tribunal que desmantele o monopólio privado (não havendo lei que o permita expressamente), obrigue o estado a vender parte dos seus jornais, estações de rádio e TV, ou obrigue o monopólio privado e/ou o estado a praticar e respeitar o pluralismo e a liberdade de imprensa?

Creio que a resposta não seria tão fácil como nos casos em que um doente vem pedir a entrega de um medicamento. E, no entanto, em ambas as situações estão em causa direitos fundamentais. E talvez uma resposta positiva a este pedido nem implicasse a obrigação de o estado fazer mais despesas ou despesas não previstas no orçamento. Esta questão – dir-se-á – é uma *questão política* e os tribunais não têm competência nem meios para intervir na esfera da política. Pois não. Mas então deveriam admitir o mesmo quando está em causa o direito à saúde, que, nos termos da Constituição, é **garantido pelo Estado mediante políticas económicas e sociais**, e não mediante decisões avulsas dos tribunais.

18. - As perguntas que formulei e as dúvidas que levantei servem apenas para traduzir a minha enorme dificuldade em acompanhar soluções como as enunciadas atrás, por maior que seja o respeito humano que me merecem aqueles que as tomam.

Como cidadão e como jurista-cidadão, entendo que os direitos sociais, económicos e culturais são *direitos colectivos*, pelo que a sua efectiva satisfação não pode conseguir-se correctamente através de *medidas avulsas* de juízes que decidem, *caso a caso*, se este ou aquele doente tem direito a este remédio ou a esta intervenção cirúrgica (eventualmente no estrangeiro se não puder realizar-se no país), se esta ou aquela pessoa tem direito a uma habitação condigna, condenando o estado a prestar os serviços ou a disponibilizar o dinheiro necessário para tanto. Este tipo de actuação dos tribunais não pode substituir a definição e execução das políticas públicas indispensáveis para garantir e concretizar os direitos envolvidos, nomeadamente os direitos económicos, sociais e culturais. E, em vez de conferir maior eficiência e maior equidade às políticas públicas definidas pelo Executivo, esta actuação dos tribunais só contribui para desorganizar os serviços públicos existentes e para acentuar as desigualdades no acesso a eles.

E sempre fica de pé a questão do acesso à justiça. A grande maioria dos mais necessitados não tem acesso a um tribunal. Neste contexto, o recurso aos tribunais para fazer valer *direitos individuais* (o direito à saúde ou qualquer outro direito social) não só não tornará esses direitos efectivos para *todos*, como acentuará as desigualdades e as injustiças resultantes de variadíssimos factores.

Tomando como exemplo o direito à protecção da saúde, a Constituição portuguesa torna claro que ele é realizado pela *criação de um serviço nacional de saúde universal, geral e (tendencialmente) gratuito*. E creio que é este também o sentido do art. 196º da Constituição Federal brasileira. Como *direito colectivo*, só deste modo pode realizar-se correctamente, *em benefício de todos* e *nas mesmas condições para todos*. Os tribunais (nomeadamente aqueles que devem garantir o respeito pela Constituição) devem velar para que nenhum diploma legal venha destruir ou pôr em causa esse *serviço nacional* ou as suas características de *universalidade*, *generalidade* e *gratuitidade*. A luta para que este e outros direitos constitucionais sejam levados a sério pelos governos deve inserir-se na esfera da acção cívica, sindical e política.

A verdade – creio eu - é que, para muitos direitos fundamentais, não basta a sua consagração nos textos constitucionais. É necessário que se verifiquem determinadas situações através do jogo das forças políticas e sociais que garanta a efectivação desses direitos.

O reconhecimento da **força normativa** das constituições foi um avanço importante do Direito Constitucional contemporâneo. E eu não quero pôr em causa ou minimizar a força normativa dos preceitos que consagram os direitos económicos, sociais e culturais.

Mas gostaria que não se transformassem as constituições numa espécie de deuses que, pelo simples facto de existirem, nos garantem todas as bem-aventuranças, bastando, nos casos-limite, recorrer aos tribunais para que estes, em nome desse *deus-constituição*, nos garantam os frutos que não caíram da árvore do paraíso por si mesmos, tornando efectivos, por simples decisão do Poder Judiciário, todos os direitos fundamentais de todas as pessoas.

Creio que um exemplo bastante realista poderá ajudar-nos a deitar por terra a lógica dos que pretendem tornar efectivo o direito à saúde através de decisões judiciais avulsas.[36] Suponhamos duas doenças que afectam 1,9 milhões de brasileiros (cerca de 1% da população do Brasil): a hepatite viral crónica C e a artrite reumatóide. Segundos os cálculos dos AA, se todos estes doentes exigissem e ganhassem em tribunal o direito a receber do estado os dois medicamentos mais recentes para tratar cada uma destas duas doenças, o cumprimento dessas decisões judiciais exigiria um esforço financeiro de 99,5 bilhões de reais, verba superior ao orçamento disponível (87,5 bilhões de reais) para todas as acções e serviços públicos de saúde (diagnósticos, tratamentos, internamentos, cirurgias, acções de educação em saúde, vigilância sanitária e epidemiológica, entre outras).

Com inteira razão, concluem os Autores: "Uma interpretação do direito à saúde como direito ilimitado ao consumo de tecnologias em saúde, por ser faticamente impossível, pode ser alcançado apenas ao custo da *universalidad*e e, consequentemente, da *equidade* de todo o sistema de saúde. Como não se pode dar *tudo a todos*, dá-se *tudo a alguns* e, necessariamente, *menos*, ou *nada*, a outros".[37]

É sempre bom ter presente, aliás, que nenhum dos direitos fundamentais que as modernas constituições consagram pode ser visto como *direito absoluto*, como direito sem condições ou sem limites. Não creio que seja bastante invocar-se que as pessoas têm esses direitos porque a Constituição os confere a todas e a cada uma das pessoas. É que as Constituições não substituem a vida, nem resolvem os problemas colectivos dos povos, e muito menos fazem revoluções. Só os povos podem fazer a história, só o povo soberano pode fazer as escolhas políticas que quer ver levadas à prática. Mas esse é o papel da política, não é o papel dos tribunais.

36 Este exemplo é retirado de um interessantíssimo artigo que me chegou às mãos já depois de elaborado este texto. Trata-se de um trabalho de Octávio Luiz MOTTA FERRAZ e Fabiola SULPINO VIEIRA: "Direito à saúde, Recursos Escassos e Equidade: Os Riscos da Interpretação Judicial Dominante", em DADOS – Revista de Ciências Sociais, RJ, Vol. 52, nº 1/2009, 223-251.

37 Cfr. MOTTA FERRAZ/SULPINO VIEIRA, ob. cit., 243.

Seria ingenuidade pensar que é com decisões como as que procurei analisar que se resolvem os problemas que elas pretendem resolver. Nem os tribunais nem as Constituições podem ocupar o lugar que pertence à esfera da luta política, à luta dos povos pelos seus direitos, luta que é, em certa perspectiva, a luta de classes.

19. – Antes de concluir, deixem-me partilhar convosco algumas reflexões sobre uma decisão do STF de que tive conhecimento já aqui, em Porto Alegre. São reflexões escritas a quente, pouco antes de apresentar a minha comunicação neste Congresso. Refiro-me ao processo em que o Município de Giruá (RS) foi condenado a gerir o seu hospital integrado no SUS não segundo os princípios de organização e as regras de gestão estabelecidas para os serviços do SUS pelas entidades do Executivo competentes para tanto, mas de acordo com os critérios definidospelo Poder Judiciário, na sequência do recurso extraordinário interposto para o STF (decisão de 18.12.2009, mandada executar pelo Juiz de Santo Ângelo em 13 de Maio de 2010).

Os tribunais envolvidos neste processo aceitaram o Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio Grande do Sul (CREMERS) como parte legítima para interpor acção em que se pedia:

a) que o Município de Giruá fosse condenado a admitir o internamento de doentes no seu hosptal/SUS em quarto individual, pagando o doente a "*diferença de classe*";
b) que o hospital do Município de Giruá fosse obrigado a aceitar o internamento directo de doentes por decisão do seu médico particular, sem terem de se submeter às regras de funcionamento do SUS, nomeadamente o exame prévio do doente em um posto de saúde;
c) que o hospital fosse obrigado a permitir que o médico particular de um doente internado possa acompanhá-lo durante o seu internamento no hospital/SUS, desde que seja o doente a pagar os honorários do médico por si escolhido.

Como disse atrás, é meu entendimento que a intervenção dos tribunais em matéria de direito à saúde, nos termos em que ela se tem configurado, não ajuda a consolidar e a melhorar os serviços prestados pelo SUS e, em geral, todos os serviços públicos de prevenção da saúde e de promoção da saúde das populações. Ao invés, esse 'voluntarismo justiceiro' da generalidade dos juízes só contribui para desorganizar e descapitalizar o SUS, baixando a qualidade dos seus serviços e afectando negativamente a racionalidade e a eficiência da sua gestão, tudo em prejuízo dos mais pobres.

Mas o aresto de que falo agora representa um salto qualitativo preocupante: ele é, a todas as luzes, um ataque frontal ao SUS, aos seus objectivos no âmbito da política pública de saúde e aos seus princípios organizativos.

A meu ver, a questão deveria ter morrido logo à nascença. Porque o CREMERS não tem legitimidade processual para intentar a acção. Os Conselhos de Medicina (tal como a Ordem dos Médicos em Portugal) são organismos que, por delegação do estado e em nome do estado, regulam o exercício da profissão médica enquanto profissão liberal.

Não têm, por isso, qualquer legitimidade para se arrogar a representação dos doentes em geral ou dos utentes dos serviços públicos de saúde em particular. Aos Conselhos de Medicina cabe definir e fazer cumprir por todos os que exercem a profissão médica as regras deontológicas inerentes ao exercício desta profissão. Cabe-lhes também velar por que os actos médicos só possam ser praticados por médicos, bem como garantir que os médicos exercem a sua profissão (ao nível do diagnóstico e da terapêutica) em condições de liberdade e de responsabilidade plenas. Se fizerem bem o seu trabalho, protegem os interesses dos doentes. Mas só neste âmbito o interesse dos doentes é assunto de que devam ocupar-se os Conselhos de Medicina.

Estes Conselhos não são organizações sindicais, pelo que, para além do que acabo de dizer, não é da sua competência a defesa dos interesses dos médicos enquanto trabalhadores da saúde, nomeadamente em matéria de salários, horários de trabalho e, em geral, em matéria de interesses económicos dos médicos.

Estas são razões suficientes para justificar que a petição inicial tivesse logo sido rejeitada, por inepta.

20. - Mas a acção judicial foi admitida e julgada. Vejamos o alcance do que foi decidido.

Em primeiro lugar, o STF reconheceu que qualquer doente tem o direito de ser internado num hospital/SUS em condições especiais (com direito a um quarto individual com banheiro privativo, por exemplo), desde que pague a **diferença de classe**, designação expressiva, porque diz abertamente que se trata de um instrumento de *diferenciação de classes*, deixando claro, provocatoriamente, que os ricos têm direito, no espaço público do SUS, a um *tratamento privilegiado*, que não está ao alcance dos pobres, pela simples razão de que não têm dinheiro para tais luxos.

Ora o SUS é um serviço público que deve assegurar a *todos*, em *igualdade* de condições, o acesso aos serviços de promoção, protecção e recuperação da saúde. Está, por isso, impedido de cobrar quaisquer taxas aos utentes dos seus serviços, o que significa que não pode cobrar quaisquer verbas decorrentes da chamada *diferença de classe*. Se este é o estatuto do SUS, tal como resulta das leis e regulamentos pelos quais se rege, não se vê como podem os tribunais (incluindo o STF) alterar este estatuto, substituindo-se ao Executivo e ao Legislativo (que aprovou, segundo creio, a lei orgânica do SUS). A responsabilidade pela gestão dos serviços públicos cabe por inteiro ao Executivo, não ao Judiciário.

Acresce que a decisão judicial agora em pauta não corrige qualquer inconstitucionalidade do estatuto do SUS. Ao contrário: ela viola grosseiramente o *princípio constitucional da igualdade*, aceitando que, se todos são iguais, uns são mais iguais do que outros, permitindo aos 'mais iguais' um tratamento privilegiado em estabelecimentos públicos.

Se a regra do SUS é a de organizar o espaço hospitalar em quartos para três doentes, é claro que se todos os quartos forem ocupados por um só doente – pertencente à *classe privilegiada*, por ter dinheiro para pagar a *diferença de classe* – isso significa que perdem a possibilidade de serem internados dois doentes por cada quarto, não porque precisem menos de cuidados médicos do que os privilegiados, mas apenas porque pertencem a uma *classe inferior*, que não tem dinheiro para pagar a *diferença de classe*. Numa das peças deste processo afirma-se que "o sistema [público] de saúde no Brasil é uma vergonha". Talvez por isso se queira impedir os pobres de a ele aceder, reservando-os para os ricos, que podem pagar a *diferença de classe*… Estamos, a meu ver, perante uma grave violação das normas constitucionais que regulam o direito à saúde enquanto direito de todos a um igual acesso e tratamento nos serviços públicos de saúde.

Em segundo lugar, a decisão do STF impõe ao hospital/SUS de Giruá a aceitação de doentes mandados internar por prescrição do seu médico particular, sem necessidade de prévia observação num posto de saúde.

Como é óbvio, o SUS tem de funcionar segundo determinadas regras, como acontece em qualquer país onde exista um Serviço Nacional de Saúde. E é perfeitamente compreensível que, salvo os casos de urgência atendidos no respectivo serviço hospitalar, uma pessoa só possa ser internada num hospital mediante prescrição do médico que a acompanha no serviço de proximidade (posto de saúde).

Esta questão, como a anterior, é matéria de gestão, é da responsabilidade do Executivo aos vários níveis. Como pode conceber-se que caiba na competência dos tribunais alterar os regulamentos de gestão dos hospitais públicos? É claro que os tribunais poderiam intervir se, por hipótese, no regulamento do SUS ou de um hospital em concreto se dissesse que os negros não têm direito ao internamento em dado hospital ou que, havendo necessidade de escolher, será dada prioridade aos cidadãos brancos. Nestes casos, perante a violação da Constituição, os tribunais poderão declarar nulas aquelas regras, obrigar o SUS ou o hospital em causa a retirá-las do seu regulamento e obrigar o SUS a eliminar qualquer discriminação com base na cor da pele ou qualquer outra discriminação. Mas não cabe aos tribunais fazer um outro regulamento, que substitua aquele. Os tribunais não podem, porém, intervir quando se trata de definir regras técnicas de organização e de funcionamento dos serviços.

Numa das peças do processo diz-se que a triagem prévia nos postos de saúde é uma "sistemá-

tica cruel", que deve ser abolida porque "a saúde não pode esperar". É muita demagogia (utilizada certamente por quem nunca recorreu aos serviços do SUS) para tentar justificar a intervenção do Judiciário em matérias para as quais, a meu ver, lhe falta competência, à luz da Constituição.

O próprio STF vem defender que "o direito à saúde, como está assegurado no artigo 196 da Constituição, não deve sofrer embaraços impostos por *autoridades administrativas* no sentido de reduzi-lo ou de dificultar o acesso a ele". Não me parece curial que um Alto Tribunal com a responsabilidade do STF se refira com tal sobranceria ao Executivo, chamando-lhe, depreciativamente, autoridades administrativas e qualificando como *embaraços* os regulamentos essenciais ao funcionamento de um serviço público tão complexo como o SUS, que são, evidentemente, da responsabilidade do Executivo.

As autoridades administrativas que gerem o hospital/SUS de Giruá cumprem, certamente, o que dispõe a lei orgânica do SUS (aprovada, segundo creio, por lei do Congresso) e cumprem também os regulamentos emitidos pelo Executivo aos seus vários níveis (a União, o Estado, o Município), no exercício das suas competências constitucionais. Para que os serviços do SUS possam funcionar bem, possam ser bem geridos e possam proporcionar aos seus utentes serviços de qualidade, é imperioso que os seus responsáveis ao nível do Executivo elaborem e façam cumprir princípios de organização e regras de funcionamento, sem os quais seria o caos. Estes princípios e estas regras não podem, pois, ser tratados como coisa menor de autoridades administrativas que só causam embaraços. O que causas embaraços – e muito sérios embaraços! – ao bom funcionamento dos serviços públicos de saúde é a permanente intervenção dos tribunais, prescrevendo medicação, alterando os protocolos estabelecidos, subvertendo os orçamentos aprovados para a saúde.

Não me parece, por outro lado, que caiba nas competências dos tribunais (nomeadamente do STF) o poder de alterar o estatuto legal e as normas regulamentares por que se pauta a actuação dos responsáveis por um qualquer hospital/SUS. Os tribunais não têm competência para impor os seus critérios de gestão, substituindo por estes os definidos pelo Executivo, pois é competência do Executivo a definição e a execução das políticas públicas, quer no que toca à saúde quer no que concerne a outras áreas de intervenção das políticas públicas.

O que reduz ou dificulta o acesso aos serviços públicos de saúde não são os regulamentos aprovados pelo Executivo, mas as decisões judiciais como a que venho analisando. Elas provocam a sua desarticulação e preparam a sua destruição, retirando o direito à saúde aos que não têm dinheiro para pagar seguros privados de saúde e não têm condições para recorrer aos tribunais a solicitar o medicamento, ou o internamento ou a cirurgia de que carecem (e estes são a grande maioria dos brasileiros). Esta decisão, em concreto, entrega o hospital público de Giruá aos médicos que exercem medicina privada, permitindo-lhes internar nele os doentes que atendem nos seus consultórios, sem terem de respeitar as regras de funcionamento impostas pelo SUS; permitindo-lhes, apesar de não terem nenhum vínculo com o hospital, acompanhar os seus doentes lá internados e prescrever os tratamentos que muito bem entenderem, à margem dos protocolos em vigor nos hospitais/SUS e pagos com dinheiros públicos; permitindo-lhes continuar a cobrar dos doentes internados os honorários acordados com eles, sem ao menos entregar ao hospital uma parte desses honorários.

Em boa verdade, trata-se de uma **autêntica privatização** disfarçada. As seguradoras que exploram os seguros de saúde vão certamente pressionar os médicos que trabalham para elas no sentido de internarem os seus segurados no hospital/SUS de Giruá, onde, mediante o pagamento da *diferença de classe* para que possam estar comodamente instalados, tudo o resto é pago pelos dinheiros públicos destinados a garantir a todos o acesso aos cuidados e saúde. Calculo que, pagando elas a *diferença de classe*, as seguradoras ainda ganharão muito dinheiro. Longe de cumprir a Constituição, esta decisão é um atentado contra a Constituição.

Outra questão que vale a pena abordar é a que se prende com o direito agora conferido aos médicos privados (sem qualquer vínculo com o SUS) de fazerem internar os doentes que tratam nos seus consultórios em hospitais integrados no SUS.

Da leitura das peças do processo parece resultar a ideia de que esta possibilidade decorre do *direito dos médicos ao livre exercício da sua profissão*. Ora este direito (que está longe de ser um direito fundamental constitucionalmente garantido) reporta-se à liberdade dos médicos em matéria de diagnóstico e de tratamento, tanto para os que trabalham em hospitais públicos como para os que exercem medicina privada (nos seus consultórios ou em hospitais privados). Ninguém de boa fé poderá defender que o livre exercício da profissão médica implica o direito dos médicos privados a internar os seus doentes, por prescrição sua, nos hospitais públicos.

É claro, por outro lado, que qualquer pessoa tem o direito de escolher o seu médico. Se não quer os médicos que prestam serviço nos hospitais públicos, vai a um consultório particular ou a uma clínica privada. Mas o *direito à saúde*, tal como o consagra a Constituição de 1988, enquanto *direito de todos os brasileiros*, é garantido mediante políticas públicas sociais e económicas que tornem os serviços públicos de saúde *acessíveis a todos*, em *condições de igualdade*. Enquanto direito social constitucionalmente garantido, não inclui o direito do doente a escolher um médico e a levá-lo consigo para um hospital público onde quer ser internado, ainda que seja o doente a pagar os honorários ao médico escolhido.

A imposição feita agora ao hospital/SUS de Giruá não tem, a meu ver, nenhum suporte constitucional, constitui uma violação ostensiva do princípio da separação dos poderes e uma ameaça séria ao funcionamento deste hospital/SUS. Será praticamente impossível garantir um mínimo de coerência e de racionalidade na gestão de um hospital quando médicos que não têm qualquer vínculo laboral com ele (e não estão sujeitos às regras de funcionamento impostas pela Administração do hospital nem ao seu regulamento disciplinar) são autorizados a internar nesse hospital os doentes da sua clínica privada (passarão à frente dos que só utilizam os serviços do SUS?), com a prerrogativa de os tratar segundo os seus critérios, prescrevendo remédios, exames, análises clínicas e cirurgias sem ter em conta os protocolos em vigor a este respeito nos hospitais/SUS, e obrigando o hospital a suportar tudo isso com dinheiros públicos.

Não se trata, aqui, de garantir o direito à saúde tal como a Constituição o consagra, nem de garantir aos médicos o livre exercício da sua profissão. Do que se trata, em verdade, é da **privatização** deste hospital público, que vai ficar às ordens dos membros das *classes privilegiadas* que podem pagar a diferença de classe e dos médicos que os acompanham nos seus consultórios.

Quem quer gozar os benefícios de ser rico pode, é claro, escolher os melhores médicos do mundo e os hospitais privados mais luxuosos. Paga tudo do seu bolso e ponto final. Os ricos podem também, se for essa a sua vontade, ser tratados e internados nos serviços e nos hospitais integrados no SUS. Mas, neste caso, têm de utilizar os serviços que estão à disposição de todos gratuitamente e têm de integrar-se, em condições de igualdade com todos os utentes do SUS, nas regras de funcionamento do serviço público de saúde.

A decisão do STF relativa ao hospital de Giruá faz-me lembrar um golpe de estado (um *golpe de estado palaciano*, claro…): o Tribunal substitui-se ao Executivo, assumindo a capacidade para modificar os regulamentos dos serviços públicos, ao arrepio do princípio da separação dos poderes e dos preceitos constitucionais que consagram o direito à saúde.

21. – É tempo de terminar esta conversa solta, que outra coisa não é este texto sem pretensões teóricas.

Não quero pôr em causa nem um pouco das desgraças que estão por detrás de muitos dos casos submetidos aos tribunais brasileiros. Muito menos quero pôr em causa o saber, a consciência moral e o elevado sentido de cidadania que inspirou estas sentenças judiciais. Como todos os intervenientes nestes casos dramáticos, repudio a exploração que caracteriza as nossas sociedades capitalistas, condenando à *exclusão social* (este mal do nosso tempo que o cineasta brasileiro Walter Salles classificou como a *nadificação do outro*) milhões e milhões de seres humanos. Como os magistrados que intervieram nos casos relatados – aos quais manifesto a minha inteira solidariedade humana -, posso reconhecer que estas acções judiciais e estas decisões dos tribunais só são explicáveis porque os restantes poderes do estado (o Legislativo e o Executivo)

são muitas vezes insensíveis às realidades da vida, à vida dos homens de carne e osso.

Mas não posso subscrever a tese defendida pelo Poder Judiciário brasileiro de que não há, nestes casos, uma invasão da esfera do Executivo por parte dos tribunais. Ao contrário: entendo que se trata de situações claras de *jurisdicionalização da política*, de invasão pelo Poder Judiciário das áreas de competência do Legislativo e do Executivo.

A questão que se coloca é a de saber se este tipo de actuação dos tribunais pode considerar-se juridicamente (constitucionalmente) legítima e, em última instância, a questão de saber se o mundo ganhará em ser 'governado pelos juízes' (que são, é evidente, tão bons e tão maus como qualquer de nós). E a esta questão só posso responder que não.

Não vou discutir aqui – nem para tanto me reconheço competência – todas as implicações do princípio da separação dos poderes. Dir-se-á que se trata de uma invenção do estado burguês. Talvez seja. Mas então só por uma ruptura revolucionária poderão ultrapassar-se as suas eventuais limitações. E ninguém que queira subverter o estado de classe da ordem burguesa-capitalista confiará tal tarefa aos juízes. Eles não constituem a classe revolucionária.

Aliás, em alguns dos arestos que referi, o juiz substituiu não só o Executivo mas também o povo – que não foi consultado - na definição das prioridades das políticas públicas. E a verdade é que o povo elege (bem ou mal) os titulares dos cargos políticos, mas não elege os juízes; pode pedir contas e 'ajustar contas' com os eleitos, mas não pode responsabilizar politicamente os juízes (e ainda bem que não pode).

Dito isto, quero igualmente deixar claro que não ponho minimamente em causa a *legitimidade democrática dos Juízes* para o exercício da sua função, nem a *legitimidade democrática dos Tribunais* enquanto *órgãos de soberania* aos quais cabe, constitucionalmente, a *administração da justiça em nome do povo*.

E é claro que sou um defensor intransigente da *independência* dos juízes. E um defensor da plena capacidade de intervenção dos juízes na defesa da Constituição, porque advogo a possibilidade de apreciação difusa da constitucionalidade das leis, reconhecendo a cada juiz, da mais pequena comarca, o direito de se recusar a aplicar as leis que considerar inconstitucionais.

E defendo também que, enquanto intérpretes e aplicadores da lei, os juízes devem ser verdadeiros *criadores de direito* e não meros exegetas e aplicadores mecânicos da letra da lei. Nem poderia pensar de outro modo quem, na sua primeira tese universitária, procurou mostrar ser possível uma solução que um artigo do Código Civil vedava expressamente, encorajado pela jurisprudência francesa, que trilhara o mesmo caminho perante uma norma idêntica do *Code Napoléon*.

Mas quero também, com toda a humildade, deixar claro que, na minha opinião, aos tribunais não cabe fazer política, substituindo-se aos demais órgãos do estado aos quais cabe essa função. Porque estes são órgãos legitimados pelo sufrágio, respondem politicamente perante os cidadãos eleitores e estão sujeitos ao controlo político por parte do povo soberano. À política o que é da política, aos tribunais o que é dos tribunais. Um *estado democrático* precisa de um Poder Judiciário independente, não de um Poder Judiciário que, em certo sentido, se substitua ao estado democrático, assumindo-se como uma espécie de *estado tecnocrático*, 'governado' por pessoas que, invocando a sua competência técnica e o facto de serem titulares de um órgão de soberania (os tribunais), entendem que podem conhecer e decidir sobre todas as questões que dizem respeito à *vida da cidade*.

Nas sociedades de classes, o estado é um estado de classe. E os tribunais fazem parte deste estado de classe. É perigoso admitir que os tribunais possam substituir o estado democrático, constituindo-se numa espécie de *estado acima das classes*, decidindo sobre as políticas públicas e fazendo justiça em todas as questões da vida. Todas as formas de estado tecnocrático carregam consigo, a meu ver, o perigo de, um dia, quererem acabar com a política, isto é, acabar com as classes e com a luta de classes. O mundo já conheceu uma experiência deste tipo. E creio que não quereremos regressar a ela, nem a nada de parecido com ela.

O CONTROLE DA MAGISTRATURA DE CONTAS SOBRE O MINISTÉRIO PÚBLICO

Reflexões em torno da criação conjunta do CNTC/MPJTC

Michael Richard Reiner
Procurador do Ministério Público de Contas no Estado do Paraná

RESUMO: *O desenvolvimento de órgãos de fiscalização de Carreiras de Estado dotadas de autonomia funcional tem ganhado força, no cenário constitucional brasileiro, como importante marco para o equilíbrio entre as divisões estruturais do Poder e a sociedade. Neste sentido, de igual modo como sucedeu, após a Emenda Constitucional 45/04, com os membros da Magistratura nacional e os membros do Ministério Público comum, passou o legislador constituinte a se debruçar sobre outra importante atividade estatal, também reconhecida por sua plena independência funcional: o Controle Externo (exercido pelos Tribunais de Contas e pelo Ministério Público especializado que oficia junto a estas Cortes). Entretanto, as principais propostas de emenda à Constituição que visam à criação de um Conselho Nacional para estas funções deixaram de melhor considerar a estruturação do Controle Externo no Brasil ao pretenderem reunir, sob a fiscalização de um mesmo órgão, duas Carreiras de Estado de naturezas jurídicas distintas: os Magistrados de Contas (Conselheiros e Ministros) e os membros do Ministério Público de Contas (MPC). Com efeito, assim como o Ministério Público, em gênero, é essencial à função jurisdicional do Estado e não por isso está sob as ordens do Conselho Nacional de Justiça, igual razão aplica-se ao Parquet especial, essencial à função do Controle Externo no Brasil. Pensamento diverso subverteria o desenvolvimento da atividade ministerial ao submeter esses agentes à tutela de membros dos Tribunais de Contas, em contraste com o disposto no artigo 130 da CRFB. É com este fundamento Constitucional, aliado à remançosa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), que se conclui pela necessidade de adequações que preservem as prerrogativas aplicáveis aos membros do MP de Contas como agentes promotores da fiscalização da coisa pública, sem o que fica irremediavelmente deformada a arquitetura constitucional prevista para o Controle Externo. Remarca-se, nesse proceder, breve histórico desta instituição ministerial; o regime jurídico aplicável aos seus membros; o tracejamento de algumas linhas de atuação do MPC; os pressupostos fixados pelo STF para a existência de Conselhos Nacionais e os avanços de integração sistemática do Texto Constitucional já alcançados em decisões judiciais; doutrina e propostas legislativas.*

PALAVRAS-CHAVE: *Controle Externo. Magistrados de Contas. Membros do Ministério Público de Contas. Independência Funcional. Conselho Nacional dos Tribunais de Contas.*

SUMÁRIO: *Introdução; 1. Os Tribunais de Contas: importância e estrutura; 2. O Ministério Público de Contas e seu estatuto jurídico; 3. A plena independência funcional. 4. Hierarquia e subordinação no MP; 5. O desenvolvimento das atividades ministeriais frente aos Tribunais de Contas; 6. A criação do Conselho Nacional dos Tribunais de Contas e a situação do Parquet; 7. Conclusões.*

INTRODUÇÃO

Recentemente, desponta na reflexão daqueles que se ocupam e se preocupam com o Controle Externo a discussão, desencadeada por meio das Propostas de Emenda à Constituição n.º 30/2007 (Senado Federal) e n.º 28/2007 (Câmara dos Deputados), acerca da criação do chamado Conselho Nacional dos Tribunais de Contas e do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas.

A par dos incomensuráveis benefícios que o surgimento de um órgão desta envergadura encerra, conforme, em uníssono, tem clamado a opinião pública (a teor dos já existentes CNJ e CNMP), um olhar crítico acerca da composição e da forma de funcionamento deste Conselho se impõe, no aguardo que lance luzes que estanquem retrocessos, notadamente no que concerne às cauções constitucionais outorgadas aos órgãos de controle para o seu correto e fiel desempenho.

Isto se dá pois referidas garantias, concretizadoras do princípio republicano, representam, em sua centralidade constitucional, os pontos de vitalidade e dinâmica do controle da Administração Pública, estruturantes das Carreiras de Estado nele integradas.

Ou seja, para que se prospecte a formatação de um Conselho Nacional efetivo e que sirva de referência para as respostas que a sociedade brasileira almeja, é necessário colocar em evidência a missão dos agentes estatais envolvidos e suas particularidades, pois serão eles, ao cabo, os responsáveis pelas láureas ou insucessos na fiscalização dos negócios públicos que se pretende superintender: o Tribunal de Contas e o Ministério Público de Contas.

Nada obstante, esses atores possuem histórica diferenciação de funções e estatutos, tal qual a encontrada entre os membros do Poder Judiciário e do Ministério Público como gênero, e que, muitas vezes, passa ao largo da generalidade dos operadores do direito.

Nos Tribunais de Contas, é consabido, convivem para o seu funcionamento os Magistrados de Contas (identificados com os Conselheiros ou Ministros) e os membros do Ministério Público especial (denominados Procuradores). A eles se aplicam, no entanto, para o bem da própria eficiência do controle (com a independência e a eqüidade necessárias), regimes jurídicos não só distintos mas que, precipuamente, não podem se confundir, em obediência aos parâmetros constitucionalmente definidos.

Este é o pano de fundo do presente trabalho, diante do premente surgimento de um Conselho Nacional conjunto ao Ministério Público e aos Tribunais de Contas.

1. OS TRIBUNAIS DE CONTAS: IMPORTÂNCIA E ESTRUTURA

A roupagem atual dos Tribunais de Contas encontra-se descrita nos artigos 71 e seguintes da Carta Cidadã, nos quais estão vincados os traços inalienáveis de sua feição de instituição permanente do estado brasileiro, plasmados no binômio autonomia/independência (a *res publica* pressupõe, ontologicamente, o controle).

Somente a partir destas premissas, pois, é que as importantes competências listadas pela Constituição se tornam factíveis e plenamente realizáveis em face das naturais e eventuais pressões das demais divisões estruturais do Poder fiscalizadas (o que não exclui, entrementes, a sujeição das Cortes de Contas a alguma outra espécie de controle, aos moldes de um Conselho Nacional).

E não é para menos.

Atualmente, ao Controle Externo é reconhecido largo feixe de atuação, não só quanto à análise da legalidade formal dos atos dos administradores, mas, sobretudo, quanto ao controle de mérito conectado às noções de legitimidade e economicidade dos gastos públicos, infiltrando-se, de igual modo, na concretização de direitos fundamentais dos cidadãos; no exame de políticas públicas e na busca de um aparelho estatal pautado na moralidade e eficiência, despontan-

do, por fim, a belíssima missão de poder corrigir trajetórias antes mesmo de se constituírem os pressupostos de lesão autorizadores de uma intervenção judicial.

Não por acaso, a estruturação destes Tribunais Administrativos tem contornos semelhantes ao dos Tribunais Judiciários, na forma do art. 73 c/c art. 96 da CRFB (detendo, igualmente, rica complexidade processual antecedente aos seus pronunciamentos), com destaque para as garantias atinentes aos seus magistrados, cujo regime jurídico é expressamente equiparado, por meio dos §§ 3.º e 4.º do art. 73 da Carta de 1988, ao dos mais altos componentes do Poder Judiciário nacional.[1]

Corroborando este raciocínio, dadas as relevantes matérias de ordem pública sobrepostas em todas as competências do Controle Externo, também junto a estas Cortes oficia o Ministério Público, o que, mais uma vez, aponta para a aproximação do delineamento sistêmico encontrado no Judiciário.

2. O MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS E SEU ESTATUTO JURÍDICO

O Ministério Público que oficia perante as Cortes de Contas, embora permaneça ainda pouco conhecido do público geral (assim como sucede com o funcionamento dos próprios Tribunais de Contas), é instituição centenária, concebida no gérmen do sistema de Controle Externo brasileiro e que, após 1988, ganhou inquestionável assento constitucional (arts. 130 e 73, § 2º, I).

Detendo a vocação de ramo próprio do Ministério Público na seara da fiscalização contábil, financeira, orçamentária e patrimonial da Administração Pública direta e indireta do Estado, o *Parquet* de Contas, já nos primórdios da Nova República, teve a sua especialidade confirmada pelo Supremo Tribunal Federal em relação aos demais braços do MP, embora a sua presença histórica já sustentasse esse *status*, inclusive na legislação e doutrina[2].

Sem que se adentre mais profundamente na reflexão acerca dos traços institucionais do Ministério Público de Contas, certo é que a natural evolução interpretativa da matéria em torno de sua autonomia administrativo-financeira será, mais cedo ou mais tarde, plenamente reconhecida, pois traduz inegável incremento ao Estado brasileiro no que concerne ao tema do Controle (conferindo integridade sistêmica ao Texto Maior), referendando, de uma vez por todas, a já consagrada independência de seus membros, decorrente do artigo 130 da CRFB.[3]

É o que têm defendido inúmeros e renomados juristas de nosso país, dentre os quais destacamos:

Hugo Nigro MAZZILLI:

> *Se foi vontade do legislador constituinte criar um Ministério Público especial – e foi isso o que afirmou o Supremo Tribunal Federal – forçoso seria reconhecer que faltou ao sistema melhor explicitação dos necessários predicamentos de autonomia funcional, administrativa e financeira para essa instituição, assim como já detém os demais Ministérios Públicos ditos comuns. Não o tendo feito por expresso a Constituição de 1988, caberia às Cortes Judiciais, e especialmente à mais alta delas, dentro de uma interpretação sistemática da Lei Maior, reconhecer ao Ministério Público especial os*

1 Aos Conselheiros e Ministros dos Tribunais de Contas convergem, tipicamente, as funções de julgamento, bem como as referentes à emissão de pareceres prévios e de orientação da Administração Pública em expedientes consultivos, porém, sempre, com a imparcialidade própria dos magistrados, na medida em que decidem os rumos administrativos do Estado e de seus cidadãos, declarando as regras de direito aplicáveis.

2 Consultar, quanto a este item, o artigo de Carlos AYRES BRITTO na Revista de Direito Público, n. 69, jan/mar de 1984: Ministério Público da União e do Tribunal de Contas – órgãos distintos.

3 Neste sentido, prestimosa contribuição científica pode ser encontrada na obra "Ministério Público junto ao Tribunal de Contas", da lavra da Procuradora da República Monique CHEKER (Belo Horizonte: Fórum, 2009).

atributos completos de autonomia funcional, administrativa e financeira, sob pena de termos um dos ramos do Ministério Público desfigurado da vocação institucional que a Constituição quis imprimir a essa instituição como um todo.[4]

José Afonso da SILVA:

ser ou não ser órgão de extração constitucional e, por isso mesmo, com configuração jurídico-institucional não é uma questão de mera interpretação subjetiva, É uma questão objetiva, porque está expresso no art. 130. Ao falar, em membros do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas, a norma se inseriu no contexto histórico, reconhecendo uma instituição que já vinha desde o século passado.[5]

Não é fácil conciliar o reconhecimento de que o Ministério Público junto aos Tribunais de Contas é 'órgão de extração constitucional' e tem 'configuração jurídico-institucional' diferente do Ministério Público comum (...) com a afirmativa, em contrário, (...) [de que] aquele Ministério Público 'não dispõe de fisionomia institucional própria'. De duas uma: se não dispõe de fisionomia institucional própria, também não pode ser órgão de extração constitucional com configuração jurídico-institucional. Se se admite que ele é de extração constitucional – e isso é um dado objetivo – e tem configuração jurídico-institucional é porque dispõe de fisionomia institucional própria.[6]

Juarez FREITAS:

A exegese sistemática do art. 130 da CF, em sinapse com o todo constitucional, resulta que, insofismavelmente e sem prejuízo da especialidade 'ratione materiae' do Ministério Público de Contas, seria lesivo às diretrizes hermenêuticas citadas, qualquer intelecção restritiva do alcance e do significado desse dispositivo constitucional que confere direitos.
(...)
deveria estar certo e induvidoso, numa perspectiva tópico-sistemática, que, além de os membros do MP de contas possuírem, individualmente (...) [a prerrogativa da plena independência], o próprio MP de Contas tem como indisponível e irrenunciável a autonomia funcional, da qual emanam direitos, poderes (expressos e implícitos), garantias e vedações.
Nessa altura, com todos os consectários, impõe-se uma exegese conducente à percepção de que já está assegurada, na presente arquitetura constitucional, autonomia ampla à Carreira do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas.[7]

---

*4 MAZZILLI, Hugo Nigro. Os membros do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas. **In:** Licitações e Contratos Administrativos: Uma visão atual à luz dos Tribunais de Contas. Curitiba: Juruá, 2007. pp. 105/111*

*5 SILVA, José Afonso. O Ministério Público junto aos Tribunais de Contas. **In:** Revista Interesse Público. Belo Horizonte: Fórum, vol. 26. Jul/Ago. 2004. p. 255/264.*

6 Idem

7 Referidas conclusões do Prof. Juarez FREITAS tomam em conta um profundo trabalho exegético fornecido à Associação Nacional do Ministério Público de Contas no ano de 2009, em que são analisadas, tópico por tópico, as premissas direcionadoras da boa interpretação constitucional, para concluir pela autonomia do Parquet de Contas, ou seja, aquela que: (i) considera os princípios fundamentais como a base e o ápice do sistema; (ii) sacrifica o mínimo para preservar o máximo dos direitos fundamentais; (iii) promove a maior sinergia possível do Estado, reforçando a autonomia das Carreiras de Estado como condição para o cumprimento dos objetivos da República; (iv) dá a maior otimização ao discurso normativo (eficácia); (v) é imparcial e objetiva; (vi) é contemporânea, atualizada com as melhores possibilidades subjacentes à indeterminação dos conceitos ou categorias e (vii) zela pela vitalidade do sistema. Consulte-se, a este respeito, a obra A Interpretação Sistemática do Direito. São Paulo: Malheiros, 2002 (especialmente o seu capítulo 9).

Carlos AYRES BRITTO:

> *Está implícita no tracejamento de regime jurídico igual no plano subjetivo a outorga de prerrogativas iguais no plano objetivo (que já é de caráter institucional ou colegial). Pois na autonomia administrativa de uma instituição é que as prerrogativas funcionais de cada qual dos seus membros ganham plena possibilidade factual de expressão.*
> *(...)*
> *Ainda um tanto é de se falar em prol deste modo de ver a realidade do Ministério Público e seus agentes, assim no desempenho de uma função essencial à jurisdição como no exercício de um mister igualmente essencial ao controle externo. É que esta interpretação das coisas tem a virtude – assim penso – de resultar da articulada compreensão de outras relevantes normas da Constituição mesma, de sorte a alcançar com estas o desejado patamar da chamada interpretação contextual ou sistemática.*[8]

Marco Aurélio de MELLO:

> *Vejo o Ministério Público em atuação nos tribunais de contas como abrangido no grande conjunto revelado pelo art. 128 da Carta da República. Junto ao Tribunal de Contas da União, ele é apanhado pelo gênero Ministério Público Federal, e, no tocante aos Tribunais de Contas dos Estados, de acordo com a referência do inciso II do aludido artigo, situa-se no âmbito do Ministério Público dos Estados. O texto do artigo 130 não tem, com a devida vênia, o condão de limitar a aplicabilidade da seção do capítulo IV da Carta da República à instituição, que é o Ministério Público, junto ao Tribunal de Contas. Ressalta, tão somente, contarem os membros com direitos e forma de investidura próprios à instituição, o Ministério Público, estando submetidos às mesmas vedações dos que o integram. Atente-se para a relevante função do Órgão a ser exercida perante as cortes de contas. Não se quis, simplesmente, ver agindo uma simples procuradoria. Partiu-se para a inserção, nesse meio, do próprio Ministério Público, objetivando, com isto, a atividade, em tão sensível campo, de órgão que gozasse de autonomia funcional, inerente a tal espécie de atuação, como também de autonomia administrativa. Aliás, não vejo como dissociá-las, quando o que se busca, em última análise, é uma atuação eqüidistante, independente, daqueles que, a rigor, laboram, precipuamente, como fiscais da aplicação irrestrita do que se contém no arcabouço normativo.*[9]

Sem embargo, e aqui não há qualquer variação ou sombra na doutrina e jurisprudência, aos membros do Ministério Público de Contas são assegurados, pelo comando constitucional, os mesmos direitos[10], vedações e forma de investidura constantes no Título IV, Capítulo IV, Seção I, da CRFB, referentes ao Ministério Público como gênero.

Isto significa reconhecer que, para o desempenho das importantes tarefas ministeriais perante as Cortes de Contas, aplica-se aos membros do Ministério Público especial o mesmo regime jurídico incidente a todo e qualquer membro do Ministério Público.

Deste fato decorre uma série de conseqüências, as quais, negadas, invalidam o próprio texto constitucional.

---

8 ADI 2378-1/GO.

9 ADI 160/TO.

10 No voto proferido por ocasião do julgamento da ADI 2378/GO, o Min. Carlos AYRES BRITTO elucida que a palavra 'direitos', aqui, é "empregada no sentido ambivalente de direitos subjetivos e prerrogativas funcionais, como v.g., a da estruturação dos respectivos cargos em carreira."

3. A PLENA INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL

O Supremo Tribunal Federal, em todas as oportunidades em que foi chamado a se pronunciar sobre a matéria, afirmou possuírem os membros do *Parquet* de Contas

> *plena independência de atuação perante os poderes do Estado, a começar pela Corte junto à qual oficiam (Constituição, artigos 130 e 75).* (ADI 160/TO)

A implicação desta garantia constitucional (ou 'cláusula de segurança') marca e influencia diretamente as legislações que pontuam o país acerca da organização do Ministério Público de Contas, as quais têm assegurado a aplicação da Seção I, Capítulo IV, Título IV, da Norma de 1988 quando, por exemplo, enunciam os princípios de unidade, indivisibilidade e independência do órgão; reafirmam a sua função de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis; conferem aos regimentos internos próprios do MP a sua organização; asseguram a escolha dos Procuradores-Gerais somente dentre os integrantes da carreira etc..

Tudo isso demonstra a evidência de um *Regime Jurídico* próprio, constitucionalmente afiançado, inclusive (e principalmente) no que tange aos aspectos de hierarquia e subordinação, ligados, entre outros, aos institutos da correição e do vitaliciamento aplicáveis à carreira:

> *o órgão do Ministério Público Especial não está hierarquicamente subordinado ao Presidente da Corte, pois há de ter faixa de autonomia funcional, em conformidade com a natureza do ofício ministerial em referência, e que, além disso, decorre da sua própria essência como Parquet(ADI 789/DF – excerto do voto do Ministro Néri da SILVEIRA)*

Trata-se, pois, do conteúdo material mínimo e irrenunciável aplicável aos membros do *Parquet* de Contas (MPC), assegurados no art. 130 da Constituição.

4. HIERARQUIA E SUBORDINAÇÃO NO MP

Conforme salientado nas decisões do Supremo Tribunal Federal acima reproduzidas, como corolário do princípio constitucional da plena independência, não há hierarquização ou subordinação entre os membros do Ministério Público de Contas e os membros dos Tribunais de Contas.

É que a base deste raciocínio pressupõe a distinção lógica de que a um e a outro grupo aplicam-se, por força da Constituição Federal, estatutos jurídicos distintos.[11]

Bem observou o constitucionalista Carlos AYRES BRITTO na ADI 2378/GO:

> *o art. 130 da Lei das Leis fala de 'membros' do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas, o que significa a óbvia realidade de que ser membro de um Ministério Público é* ***não ser membro de nenhum outro órgão estatal, aqui embutidas as Cortes de Contas*** *(até porque os 'membros' do Tribunal de Contas da União, por exemplo, já têm sua explícita referência em outro dispositivo constitucional, que é a alínea c do inciso I do art. 102 da Norma Normarum Federal) (grifos do original)*

Havendo, pois, solar distinção de regimes, a garantia de autonomia e independência funcional aplicável a ambas carreiras os faz submeter, tão-só, *aos seus pares*, sob pena de quebra do

11 Enquanto que aos membros das Cortes de Contas há uma extensão das garantias inerentes à magistratura, aos membros do Ministério Público há uma identificação completa de regimes em face da vocação imprimida pela Constituição ao Parquet como instituição una e indivisível.

próprio predicamento constitucional que lhes assiste em razão da função, garantido, no caso do MP, pelo multicitado artigo 130 da Lei Maior.[12]

De acordo com o que foi sedimentado pelo Supremo Tribunal Federal, o "preceito da Lei Fundamental da República submete os integrantes do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas ao **mesmo estatuto jurídico** que rege (...) os membros do Ministério Público comum", pois, continua o Ministro Celso de MELLO, o objetivo da norma é criar "um **sistema de garantias** destinado tanto a **proteger a instituição** quanto **tutelar o membro que a integra**. A atuação independente do **membro do *Parquet*** impõe-se como exigência de respeito aos direitos individuais e coletivos e delineia-se como fator de certeza quanto à efetiva submissão dos Poderes à lei e à ordem jurídica." (ADI 789-1 – grifos nossos).

Neste sentido, Hely Lopes MEIRELLES já havia lançado pá-de-cal sobre o tema:

> *Os membros do Ministério Público **só se sujeitam** ao controle de órgãos superiores e diretivos **da Instituição** (Ministério Público) (...), na sua conduta administrativa ao longo da carreira, ou nos seus atos pessoais que afrontem a probidade e o decoro que se exigem de todo agente público, principalmente dos que desfrutam de alguma parcela da autoridade estatal. No mais, **os membros do Ministério Público atuam com absoluta liberdade funcional**, só submissos à sua consciência e aos seus deveres profissionais, pautados pela **Constituição** e pelas **leis regedoras da Instituição**.*[13]

Também não foi outro o enunciado alcançado por Celestino GOULART e Fernando Augusto MELLO GUIMARÃES que, ao se debruçarem sobre os princípios fundamentais do Ministério Público de Contas, pontuaram:

> *A **autonomia funcional** inerente ao Parquet especial tem como atributo **não só** liberdade de manifestação e organização de suas atividades, mas, **sobretudo**, a **impossibilidade de ingerência ou interferência** de qualquer dos Poderes **e da Corte de Contas** que compartilha a mesma intimidade de jurisdição.(grifos nossos)*[14]

Assim, esse "sistema de garantias", mencionado pelo Ministro Celso de MELLO, possui um conteúdo rígido, irrenunciável e em todo identificado ao Ministério Público comum, tanto sob

---

*12 Conforme destacado pela Ministra do TCU Élvia Lordello CASTELO BRANCO (citada em artigo da lavra de Celestino GOULART e Fernando Augusto MELLO GUIMARÃES) "(...) os Procuradores estão subordinados ao Procurador Geral, que sobre eles exerce poderes de fiscalização e direção e **nenhuma outra autoridade** pode interferir no desempenho de suas funções." E a razão disso é por demais óbvia, pois, conforme destacam GOULART e GUIMARÃES (O Ministério Público Especial e seus Princípios Fundamentais. Disponível em: www.tce.rs.gov.br, 15/02/2010), o MPjTC e o TCE são independentes na "exata medida em que o Ministério Público Especial, utilizando a própria expressão constitucional, com ofício **junto** ao Tribunal de Contas, (...), não pode estar distante do atual estágio evolutivo do próprio Tribunal." (grifos nossos)*

*13 MEIRELES, Hely Lopes. **In:** Justitia, 123:183 (grifos nossos). Apud: MAZZILLI, Hugo Nigro. Regime Jurídico do Ministério Público. 5.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 190.*

*14 Op. Cit**.** Quanto ao malfadado uso do termo "intimidade estrutural" para retirar os traços institucionais do MPjTC, importa acentuar que inexiste parâmetro constitucional para esta conclusão. Conforme acima afirmado, há, tão-só, uma "intimidade de jurisdição", tal qual a encontrada, por exemplo, entre a Justiça do Trabalho e o MP que junto a ela oficia. Não por acaso o Ministro Carlos AYRES BRITTO identificou na utilização desta expressão o "viés autoritário" existente na Constituição de 1967 que fazia o MP em geral gravitar não em seu próprio eixo, "mas na órbita de um outro órgão Público" (ADI 2378). José AFONSO DA SILVA afirma que o Texto Constitucional não permite a interpretação de que o MP de Contas não possui fisionomia própria por estar junto aos Tribunais: "não é isso que o texto constitucional declara. Se fala em Ministério Público junto aos Tribunais de Contas. 'Junto' é um signo lingüístico que indica proximidade, mas fora, e repele, por conseqüência, a idéia de integração íntima. Juridicamente, expressões como funcionar junto de, oficiar junto de significam exercer funções próprias perante ou em face de outro órgão. É assim quando a Lei Complementar n. 75/93, no seu art. 46, declara incumbir ao Procurador-Geral da República exercer as funções do Ministério Público junto ao Supremo Tribunal Federal, ou o Procurador-Geral do Trabalho exercer as funções junto ao Plenário do Tribunal Superior do Trabalho (art. 90), ou os Procuradores de Justiça oficiar junto ao Tribunal de Justiça. Vale dizer, se é para exercer função junto de, é porque, com a devida vênia, não se encontra na intimidade estrutural do órgão junto do qual se oficia." (Op. Cit**.**)*

o aspecto material quanto procedimental (que, ao final, garante a consecução do próprio direito envolvido), nele abarcados não só os tópicos disciplinares, como, também, os referentes à forma de desenvolvimento dos trabalhos ministeriais.[15] Nesta seara, bem lecionou MONIZ DE ARAGÃO que "o juiz ou o tribunal não são senhores de fixar a conveniência ou a intensidade e a profundidade da atuação do Ministério Público. Este é que a mede e desenvolve".[16]

No contexto desta conclusão é que o então Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, Luis Antonio Guimarães MARREY, por ocasião da emissão da Tese 168 do MP/SP (DOE 14/04/2004, p. 53), acerca da independência funcional dos membros do Ministério Público, sentenciou que este direito "significa o cumprimento de suas funções peculiares com liberdade de apreciação dos fatos e de interpretação do Direito, o que confere a seus membros um *status* jurídico singular, livrando-os de todo o embaraço exterior na formação do próprio convencimento. Dela resultam limites externos e internos à revisão dos atos praticados (...). No primeiro caso manifestam-se de modo mais intenso e eliminam a ingerência de terceiros no funcionamento da Instituição, à qual se reconhece ampla liberdade para determinar, concretamente, o modo, o conteúdo e a intensidade de sua atuação em procedimentos e processos."

5. O DESENVOLVIMENTO DAS ATIVIDADES MINISTERIAIS FRENTE AOS TRIBUNAIS DE CONTAS

A plena garantia de independência funcional, nos termos já discorridos, assegura aos membros do Ministério Público não só autogoverno quanto aos aspectos internos de correição e de vitaliciamento, mas, também, no que se refere ao modo, conteúdo e intensidade de sua atuação, somente superintendidos por órgão ligado à própria instituição, quer dizer, que possua idêntico regime jurídico.

Com efeito, porquanto o labor do MP, no que concerne à formulação de pareceres ou recursos nos expedientes submetidos às Cortes de Contas, tenha grande relevância, suas atividades não se encerram ou se resumem a esta função 'passiva', sobre as quais, indistintamente, incidem as premissas assecuratórias acima descritas (de modo diverso, até mesmo a mais cotidiana atribuição, como a recursal, ficaria extremamente atenuada, pois, por essência, contraria e questiona as decisões do Tribunal).

O dilargamento das atribuições ministeriais, particularmente no que se refere ao controle da Administração Pública [17], é matéria por demais reconhecida na Constituição Federal e nas leis que tratam do *Parquet*, pois é dele, no que envolve, especificamente, a atuação perante as Cortes de Contas, que se espera ver desempenhada a *missão de guarda da lei e fiscal de sua execução,*

---

15 Pois se trata de garantia do membro do Ministério Público o processamento destes direitos conforme o estatuto jurídico da carreira, cujo direito material é inerente à prerrogativa da independência funcional. Daí aplicarem-se, ainda que ausentes dispositivos integradores, as leis orgânicas e nacional do MP ao Parquet de Contas.

16 MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. II. 4.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 368.

17 O controle da Administração Pública pelo Ministério Público, à par da provocação judicial, é tema de profícuas teses. Esse crescente reconhecimento, dado à instituição como gênero, vem a referendar não só a possibilidade como a pertinência para que também seja levado a efeito pelo Ministério Público de Contas, cujo chamado constitucional é diretamente afeto à fiscalização da Administração Pública. Consulte-se a lição de Wallace Paiva MARTINS JUNIOR: "Quando se cogita ou se trata de controle da Administração Pública pelo Ministério Público se pensa no meio de atuação que mais o tem notabilizado a partir da Constituição de 1988: a ação civil pública. Porém, escapará (...) ao limite objetivo deste estudo a atividade do Ministério Público no Poder Judiciário, ou seja, como órgão de desencadeamento do controle jurisdicional da Administração Pública porque o controle aí não é desenvolvido pelo Ministério Público, mas pelo Poder Judiciário. Nesta medida será dado destaque aos instrumentos de controle que possui o Ministério Público sem a necessidade de acesso ao Poder Judiciário (...) como o inquérito civil, o compromisso de ajustamento de conduta, as recomendações e sugestões, o poder de requisição de peças, documentos, inquéritos e sindicâncias etc." (Controle da Administração Pública pelo Ministério Público. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p 2).

promovendo a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, com a adoção *das medidas pertinentes* tendentes à preservação da boa administração pública[18].

Por outro lado, é certo que as conclusões do *Parquet* especial que demandem processamento judicial (como, por exemplo, as referentes à matéria criminal) devem ser encaminhadas ao Ministério Público comum para ajuizamento (e, neste ponto, registram-se os diversos termos de cooperação que vêm sendo firmados entre estes ramos do Ministério Público). Entretanto, conforme já destacamos no item 2, são diversas as matizes de atuação perante os Tribunais de Contas, as quais, de modo ainda mais intenso e concomitante, podem solucionar os imbricados embates encontrados na Administração Pública.

Assim é que, aqui e ali, tem o Ministério Público de Contas promovido, isolada ou conjuntamente, investigações para a propositura de representações, emitido recomendações, atuado em forças-tarefas, firmado compromissos de ajustamento, expedido ofícios etc., tudo em vista de suas atribuições perante as Cortes de Contas.[19]

De se consultar o escólio de Adilson Abreu DALLARI, ao comentar a promoção de inquéritos pelo MP:

> *A defesa dos interesses patrimoniais da Administração Pública pelo Ministério Público, entretanto, pode e deve ser feita exatamente junto aos Tribunais de Contas, dentro dos quais a instituição (una e indivisível) tem seus representantes, cuja presença é assegurada pela própria Constituição Federal:* [cita o art. 130 da CRFB].[20]

E não há dúvida que, com isso, há um fortalecimento dos próprios Tribunais, embora sejam instrumentos afetos à atividade do Ministério Público de Contas.

6. A CRIAÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DOS TRIBUNAIS DE CONTAS E A SITUAÇÃO DO PARQUET

Pelo que de tudo já se expôs, resta clara, na sistemática constitucional, a existência de limites muito bem definidos no que tange às atribuições dos membros do Ministério Público especial e dos membros dos Tribunais de Contas. Tais limites buscam, com efeito, a coexistência eqüidistante e independente entre estas funções de estado em face das necessárias e nem sempre coincidentes posturas adotadas, mas que objetivam, sobretudo, a construção de sólidas bases republicanas.

Estas possíveis "divergências", no entanto, antes de acenarem para uma incongruência do sistema, confirmam a dialética almejada pela Constituição Federal para o lídimo funcionamento do Controle Externo, a exemplo da atuação do Ministério Público junto ao Poder Judiciário.

Por este modo, ninguém duvida que um órgão preponderantemente composto por magistrados não deva fixar o ritmo das atividades do Ministério Público e, tampouco, que uma fiscalização de membros do *Parquet* é inadequada para balizar a atuação disciplinar de juízes.

---

18 O conceito do direito à boa administração pública, erigido à categoria de preceito fundamental, é desenvolvido com maestria por Juarez FREITAS em sua obra Discricionariedade Administrativa e o Direito à Boa Administração Pública (2.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009). Ou seja, da administração pública transparente; dialógica; imparcial; proba; respeitadora da legalidade; precavida; eficaz e eficiente.

19 A utilização destes instrumentos, quando não diretamente referidos ao Parquet de Contas, é decorrente dos princípios dos poderes implícitos e da independência funcional. Afinal, quando a Constituição concebe os fins devem estar assegurados os meios (cuja previsão está disponível no ordenamento jurídico ao Parquet como gênero, integrada pela aplicação das cláusulas constitucionais citadas e em face do regime jurídico comum incidente).

*20 DALLARI, Adilson Abreu. Obrigatoriedade de realização de inquérito civil. **In:** Administração Pública: Direito administrativo, financeiro e gestão pública: prática, inovações e polêmicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 18.*

Justamente por isso, não se cogitou de incluir os agentes ministeriais (como gênero) no Conselho Nacional de Justiça (CNJ), mas criou-se o respectivo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), não obstante sejam eles protagonistas indispensáveis para a jurisdição.

Não foi esta, entretanto, a linha adotada pelas Propostas de Emenda à Constituição n.º 30/2007 e n.º 28/2007, que, ao reunirem como sujeitos de sua fiscalização os magistrados de contas e os agentes ministeriais, promoveram uma confusão de estatutos e, assim, uma mútua desnaturação de regimes jurídicos.[21]

Embora a existência, em si, deste Conselho Nacional não deva ser objeto de críticas, nem também a sua composição heterogênea às carreiras fiscalizadas (a teor do que restou acolhido, por maioria, no julgamento da ADI 3367/DF, relativa ao Conselho Nacional de Justiça [22]), é certo que o balizamento da matéria dado pelo Supremo Tribunal Federal, conectado à realidade atinente à extração constitucional do Ministério Público de Contas, fixarão os vetores hermenêuticos acerca do tema.

O Relator da ADI 3367/DF, Ministro Cezar PELUSO, bem ressaltou em seu voto que confirmou a constitucionalidade da EC 45/04, que o "regime republicano é um regime de responsabilidade" e que a criação de um Conselho Nacional com funções de controle "responde a uma imperfeição contingente do Poder".

Longe se está, portanto, de advogar a insubmissão do MP de Contas a um órgão destes moldes.

Não obstante, ao se divisar, no Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o perigo da presença de componentes estranhos à Magistratura no que concerne, especialmente, à sua fiscalização *ético-disciplinar*, o eminente Relator prosseguiu afirmando pela aceitação, com reserva, de tal situação, considerando "que a maioria qualificada de membros do Conselho [três quintos] é formada de juízes e, pois, de pessoas insuspeitas à magistratura (...). Donde é lícito crer que tal maioria constitua o primeiro elemento regulador da retidão e legitimidade do uso do poder de controle atribuído ao órgão. Acresça-se-lhe a circunstância, não menos significativa, de que a função de Ministro-Corregedor é destinada ao Ministro representante do Superior Tribunal de Justiça". Somou-se a isto, por fim, o fato de que o CNJ "se define como órgão interno do Judiciário", dado o aspecto nacional deste Poder.

Neste proceder, não haveria, pois, mal na inclusão de uma *minoria* de "membros laicos" no Conselho (os quais, de todo modo, devem possuir *notável saber jurídico e reputação ilibada*), eis que funcionam até mesmo como *pontes* entre o Judiciário e a sociedade, imprimindo o desejado caráter *democrático* ao órgão de controle.

Portanto, as premissas fixadas para que uma Carreira de Estado com plena independência esteja submetida ao controle de um Conselho Nacional são: a) que a maioria qualificada de seus membros seja desta carreira, compartilhando o mesmo regime jurídico constitucional; b) que a respectiva Corregedoria seja encabeçada por um destes agentes e c) que este Conselho possua "natureza de controle interno" (possível às instituições fiscalizadas que detenham semblante nacional).

Uma meteórica análise das Propostas de Emenda, de seu turno, já dá conta que ao *Parquet* especial não é assegurada qualquer espécie de maioria neste Conselho. Tampouco lhe é garantido encetar a função correicional. A bem da verdade, note-se que ainda que afiançada a *total paridade* neste Conselho, tal *elemento legitimador* não estaria presente e, acaso alcançada a *maioria qualificada*, a inconstitucionalidade incidiria reversamente.[23]

---

21 Da leitura das justificativas da PEC 30/07, bem como do relatório da CCJC do Senado Federal, não se extraem considerações acerca do Regime Jurídico do Ministério Público de Contas (art. 130 da CRFB) ou dos Conselheiros e Ministros que compõem as respectivas Cortes. A inclusão do Parquet neste Conselho seguiu, antes, um critério pragmático, também encampado pela PEC 28/07 da Câmara dos Deputados.

22 Posição que não foi perfilhada pelos Ministros Marco Aurélio, Ellen Gracie, Carlos Velloso e, em parte, por Sepúlveda Pertence.

23 Importa observar que, de acordo com o texto da PEC 30/07 obtido por ocasião da confecção deste artigo, mesmo que somados os membros dos Tribunais de Contas com os do Ministério Público (estes em menor número que aqueles), ainda

Com efeito, em face do que dispõe o artigo 127, *caput*, da CRFB, dada a *unidade* e *indivisibilidade* da atividade ministerial, somente junto ao gênero Ministério Público é que o *Parquet* de Contas pode ser identificado.

E nisto se põe um argumento material indiscutível.

É que do "sistema de garantias" decorrente do artigo 130 da Constituição, ainda que visto sob o aspecto puramente *subjetivo* (o que, com respeito, apresenta-se equivocado), extraem-se iguais *direitos, vedações e forma de investidura* constantes da seção que trata do Ministério Público.

Com a criação do CNMP, por sua vez, incluiu-se no cenário constitucional órgão direcionado a zelar por esses direitos e vedações de forma ampla e uniforme (art. 130-A), encargo particularmente apropriado para uma instituição una e indivisível.[24]

Daí a perplexidade: como poderia, a partir deste único e incindível estatuto, serem criados órgãos de controle distintos e igualmente legitimados a deliberar sobre tema que não comporta divisão? E se não podem assim decidir, qual é a razão da duplicidade? Como se haveria de operar quanto à procedimentalização dos instrumentos de controle especialmente relacionados ao MP (inquéritos, termos de ajustamento, requisições etc.)? Poderia a forma de investidura na carreira ministerial obter tratamento distinto (incluídas as normas referentes ao Concurso Público)? Haveria como se distanciar do que o Conselho próprio do Ministério Público dispõe sem que haja redundância, contradição ou sobejante ilegitimidade?

Ora, consoante já se afirmou, constitui direito do *membro do Ministério Público* o processamento e a intelecção de suas garantias conforme o estatuto jurídico da carreira, cujo direito material é inerente à prerrogativa "subjetiva" de sua independência funcional, não podendo operar-se diferentemente em relação à unidade encontrada nas competências do CNMP.

Em resumo: qual é a margem que o CNTC terá para, de modo autônomo, ditar quais são os direitos, vedações e forma de investidura próprios do Ministério Público sem atentar para o que sobre eles regulamentar o Conselho Nacional do Ministério Público? O modo de processamento destas garantias, enfim, não é o que garante, ao cabo, a própria substância dos direitos envolvidos?

Indubitavelmente, ferem-se de morte os princípios da unidade e indivisibilidade do MP e, por reboque, a sua independência funcional.

Mutatis mutandis, é o que asseverou o Min. Cezar PELUSO (ADI 3367/DF) quanto à existência de órgãos diversos de fiscalização em atuação sobre uma instituição de aspecto nacional (a exemplo do Ministério Público): isto lhe " desfiguraria o regime unitário, ao supor competência de controles díspares da instituição".

A propósito, confira-se o leque das principais competências dadas ao Conselho Nacional dos Tribunais de Contas em relação ao Ministério Público: controlar o cumprimento dos deveres funcionais de seus membros; apreciar a legalidade dos atos praticados pelo *Parquet*, podendo desconstituí-los; *receber e conhecer das reclamações* contra os Procuradores; elaborar relatório,

---

assim não haveria a maioria qualificada em face dos demais representantes do Conselho, alheios a estas carreiras (o que derroga, aliás, o predicamento de "controle interno" deste órgão). Neste ponto em especial, o Acórdão condutor da ADI 3367/DF confirmou a jurisprudência do próprio Supremo Tribunal que entendia inconstitucional a existência de órgão de controle externo ao Judiciário em que a representação dos juízes era "apenas equiparada, quando não inferior ao número de membros advindos doutros setores sociais" (cf. ADI 197; ADI 251; ADI 135; ADI 98; ADI 137).

24 As decisões existentes no CNMP a respeito da sujeição do MP de Contas às suas competências acabaram por redundar no não conhecimento da matéria, em face de não estar esse ramo do Ministério Público representado no conselho (que seguiu o rol constante do art. 128 da CRFB). O necessário reconhecimento da autonomia do Parquet que oficia junto aos Tribunais de Contas, entretanto, deve levar à sua inserção neste órgão, com o assento de um de seus integrantes (a título de exemplo, consigne-se, a propósito, que a Carreira do MPjTC, em nível nacional, supera, em muito, o número de integrantes do Ministério Público junto à Justiça Militar, o que é suficiente para afastar argumentos referentes a sua representatividade e expressão. De outro lado, também deve ficar registrado que nem todos os Tribunais de Contas do país contam com o Parquet de Contas regularmente instaurado). Alternativamente, há a proposta de constituição de um órgão fiscalizador próprio do MPC, preservando um assento para os Tribunais de Contas, conforme a bem elaborada PEC 463/10, de autoria do Deputado Federal Mendes Ribeiro Filho.

propondo as providências que julgar necessárias, sobre a atividade do Conselho e a situação do MP e receber reclamações e denúncias relativas aos membros e órgãos do Ministério Público.

O texto reformador também menciona que a atribuição de receber e conhecer das reclamações contra os membros do MPjTC se dá *sem prejuízo da competência disciplinar e correicional do tribunal*, desconsiderando que as Corregedorias capitaneadas por membros dos Tribunais de Contas não detém este poder.[25] De igual modo, disciplina-se, nesta via transversa, que a Corte pode *desconstituir* os atos praticados pelo *Parquet* que entenda ilegais, interferindo, diretamente, em suas atividades.[26]

Tolhe-lhe, assim, o estatuto jurídico do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas, com a inserção de elementos de subordinação e hierarquia diante dos Magistrados de Contas.

Daí a atualidade da provocação de Hugo Nigro MAZZILLI, em retomada ao que foi abordado no tópico 3 deste trabalho:

> *Como poderia o Ministério Público junto aos Tribunais e Conselhos de Contas desincumbir-se de seus misteres com independência diante do próprio Tribunal de Contas que ele fiscaliza, se não goza de autonomia funcional, administrativa e financeira?*[27]

Há, como visto, uma total subversão de tudo o que já se disse e se pensou em termos da "cláusula de garantia" (cf. Ministro Celso de MELLO – ADI 789/DF) decorrente do artigo 130 da Constituição Federal.

Conforme anotado por Hugo Nigro MAZZILLI, "urge, pois, rever o estatuto jurídico do Ministério Público junto aos Tribunais e Conselhos de Contas, para adequar sua existência e seu funcionamento aos dos demais ramos do Ministério Público nacional"[28], apresentando-se os debates travados no Congresso brasileiro como uma excelente oportunidade para se estancar as produções legislativas que turvam esta realidade Constitucional e, ou, de vez, para que sejam plenamente declarados os contornos próprios desta instituição ministerial, a teor da PEC 27/07, do Senado Federal.[29]

---

25 "Da 'ampla autonomia' (para aludir a feliz expressão empregada no julgamento da ADI 328-3-SC) e do princípio da independência funcional, irrenunciável e indisponível, deriva a manifesta insustentabilidade da submissão dos Procuradores de Contas à Corregedoria do Tribunal de Contas.
Tal subordinação, se encetada, viola dupla vedação: primeiro, representa tentativa de impor cadeia hierárquica incompatível com Carreira de Estado. Segundo, implica desvio funcional por parte da Corregedoria do Tribunal de Contas, algo que contamina todos os atos correicionais praticados.
O membro do MP de Contas não pode estar, a rigor, sujeito à autoridade estranha aos quadros da Carreira." (FREITAS, Juarez. Parecer apresentado à Associação Nacional do Ministério Público de Contas. Porto Alegre, setembro de 2009 - não publicado).

*26 A incompatibilidade destes elementos já era apontada, antes mesmo da Constituição de 1988, como fator de desequilíbrio para o funcionamento do Controle Externo. Neste sentido: CASTELO BRANCO, Élvia Lordello. Um Ministério Público Constitucionalizado e Independente como fator de fortalecimento dos Tribunais de Contas. **In:** Revista do Tribunal de Contas do Distrito Federal, nº 11, p. 13/32, 1981.*

*27 Op. Cit**.** p. 111.*

28 Idem.

29 O valoroso texto de justificação desta PEC, de autoria do Senador Pedro SIMON, conclui nos seguintes termos: "Não pode, obviamente, depender, o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, da boa vontade da Corte perante a qual atua - e em cujo seio fiscaliza o cumprimento da Lei - para que lhe sejam providos os recursos humanos e materiais para seu bom funcionamento. Assim, mister se faz tornar explícito no texto constitucional o que ainda não se depreendeu de forma pacífica da leitura sistemática dos artigos que tratam do Ministério Público e da natureza mesma desta Instituição." Com relação às preocupações de ordem fiscal em face aos demais ramos do Ministério Público, a Associação Nacional do Ministério Público de Contas – AMPCON –, declarou, em Nota Técnica, que "A conquista da autonomia administrativa e financeira pelo Ministério Publico de Contas não deve implicar, em qualquer hipótese, na divisão do limite de despesas com pessoal previsto para o Ministério Público Estadual no artigo 20, inciso II, letra d, da Lei Complementar nº 101/2000.". Conforme acentuou Pedro SIMON "Este árduo caminho rumo à autonomia já foi trilhado também pelo Poder Judiciário e pelo Ministério Público, em gênero, além de, recentemente (conforme o § 2° do art. 134, acrescentado pela E.C. n° 45/2004) tê-lo percorrido com êxito a Defensoria Pública."

7. CONCLUSÕES

a) No sistema de Controle Externo brasileiro funcionam como agentes independentes e eqüidistantes da manifestação estatal os Magistrados de Contas e os membros do Ministério Público de Contas;

b) Estas Carreiras de Estado detém regimes jurídicos não só distintos mas que, precipuamente, não podem se confundir, sob pena de desvirtuamento do controle da Administração Pública por eles promovido;

c) O núcleo destes estatutos está centrado na plena independência funcional;

d) Da garantia desta prerrogativa funcional decorre a impossibilidade de submissão recíproca destes agentes, seja no que concerne à fiscalização ético-disciplinar, seja na forma de desenvolvimento de suas atividades típicas;

e) Porquanto a independência não exclua a possibilidade da existência de um "controle interno" heterogêneo, ao cargo de Conselhos Nacionais, estes órgãos devem deter características legitimadoras para a sua atuação;

f) Estes pressupostos são: i) presença de *maioria qualificada* de seus membros compartilhando a carreira superintendida (mesmo regime jurídico constitucional); ii) *função correicional* titularizada por um destes agentes e iii) que o Conselho possua *natureza de controle interno*;

g) O Conselho Nacional que se pretende criar por meio das Propostas de Emenda à Constituição n.º 30/07 (Senado) e n.º 28/07 (Câmara) não se reveste destes requisitos, contrariando a "cláusula de garantia" decorrente do art. 130 da CRFB;

h) A existência de competências de controle díspares sobre a instituição do Ministério Público (CNMP/CNTC) desfigura o regime unitário a ele aplicável, contrariando os princípios plasmados no Título VI, Capítulo IV, Seção I, da Constituição da República; e

i) Uma interpretação uniforme e adequada da Constituição Federal quanto ao caráter nacional do Ministério Público, de sua independência, unidade e indivisibilidade – especialmente no que se refere ao seu papel junto aos Tribunais e Conselhos de Contas – deve ser elevada como condição de vitalidade do sistema de Controle Externo, atendendo de modo contemporâneo a sociedade brasileira para o aprimoramento da fiscalização da coisa pública.[30]

30 Neste ponto identificada, nas palavras de Eros GRAU, a missão do Supremo Tribunal Federal: "É que esta Corte é um tribunal político. Político, sim, no sentido de que provê a viabilidade da polis. Cumpre-nos compreender a singularidade de cada situação no âmbito da polis, isto é, do Estado. Por isso não estamos aqui para sacrificar a realidade em benefício de doutrinas. Não interpretamos apenas textos normativos, mas também a realidade, de modo que o significado da Constituição é produzido, pelo intérprete, contemporaneamente à realidade." (ADI 3367/DF)

NEOCONSTITUCIONALISMO E CONTROLE DA GESTÃO ADMINISTRATIVA AMBIENTAL PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS BRASILEIROS

Carlos Roberto Galvão Barros
Procurador do Ministério Público junto ao TCE-RN, Professor de Direito Constitucional da Universidade Potiguar e da Faculdade de Natal, Mestre em Direito Constitucional pela UFRN.

RESUMO: *O trabalho analisa o controle da gestão administrativa ambiental pelos tribunais de contas brasileiros sob a ótica do neoconstitucionalismo. Partindo da concepção de que, no moderno direito constitucional, as normas de uma constituição têm verdadeiramente uma força normativa capaz de vincular efetivamente os poderes públicos e privados, examinam-se os princípios constitucionais ambientais de controle da boa gestão administrativa e de que forma os tribunais de contas, em sua função de controle da administração pública, pode contribuir para a implementação desses princípios.*

PALAVRAS-CHAVE: *Neoconstitucionalismo. Controle da gestão administrativa ambiental. Princípios constitucionais ambientais. Tribunais de contas.*

SUMÁRIO: *Introdução; 1. O neoconstitucionalismo; 1.1. As características principais; 1.2. A releitura de alguns dogmas pelo neoconstitucionalismo; 1.2.1. A separação dos poderes e a legitimidade do controle da gestão ambiental; 1.2.2. O princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa ambiental; 1.3. A importância do neoconstitucionalismo e a construção do Estado Constitucional Ecológico; 2. O controle neoconstitucional da gestão administrativa ambiental pelos tribunais de contas; 2.1. Os Tribunais de Contas brasileiros e suas funções de controle da gestão administrativa ambiental; 2.2. Os princípios constitucionais de controle da boa gestão administrativa ambiental; 2.2.1. O princípio da natureza pública da proteção ambiental: o direito/dever fundamental de defesa do meio ambiente; 2.2.2. O princípio da prevenção/precaução; 2.2.3. O princípio do desenvolvimento sustentável; 2.2.4. O princípio do poluidor-pagador; 2.2.5. O princípio da proporcionalidade; 2.3. O (neo)controle da gestão ambiental pelos tribunais de contas; 2.3.1. O controle das omissões estatais; 2.3.2. O controle dos atos e contratos da Administração Pública; 2.3.2.1. O controle preventivo: as auditorias ambientais; 2.3.2.2 O controle concomitante e repressivo; 3. Conclusões.*

INTRODUÇÃO

Na atualidade, a preocupação do direito a respeito do controle da Administração Pública tem sido um tema recorrente no cenário doutrinário e jurisprudencial brasileiro. Isto ocorre não só em razão do próprio descaso dos administradores com o cumprimento das normas legais, mas também, principalmente, face às violações diretas ou veladas da Constituição.

Essa preocupação mais se acentua quando o desrespeito administrativo chega ao ponto de

violar normas constitucionais de intrínseca ligação com a dignidade da pessoa humana, essenciais à qualidade de vida das gerações presentes e futuras, que são as normas pertinentes à defesa e proteção do meio ambiente.[1]

É justamente, por isso, que o presente trabalho pretende discutir o controle da gestão administrativa ambiental pelos tribunais de contas brasileiros sob a ótica do neoconstitucionalismo. Tentará, pois, lançar novas luzes, sob a perspectiva da supremacia da Constituição como diploma jurídico vinculante, sobre o controle das ações ou omissões da Administração Pública que possam acarretar danos ao meio ambiente.

Não pretende, por certo, esgotar toda a matéria e nem formular conceitos estruturalmente novos nessa seara do conhecimento jurídico, mas apenas expor e demonstrar algumas idéias que possam contribuir de forma efetiva para o aperfeiçoamento da boa gestão administrativa ambiental.

Nesse contexto, lança, como perguntas de partida, as seguintes indagações: 1) qual a contribuição do neoconstitucionalismo para o controle da gestão administrativa ambiental?; 2) como os princípios constitucionais de controle da boa gestão ambiental devem ser observados pelos gestores públicos?; 3) de que forma os tribunais de contas podem controlar as ações e omissões administrativas que acarretam danos ao meio ambiente?

A principal hipótese, para a resolução dessas questões, é que somente um controle efetivo, realizado em bases constitucionais, através do manejo adequado dos princípios, poderá solucionar o problema da gestão administrativa ambiental. A segunda hipótese é que o administrador público não é inteiramente livre para decidir sobre os atos e contratos que a Administração pretenda realizar, pois deve seguir as normas constitucionais que o obriga a defender e preservar o meio ambiente.

Assim é que, na primeira parte, far-se-á um estudo sobre o neoconstitucionalismo, apontando a necessidade de uma releitura de certos dogmas sob o prisma desse movimento, demonstrando a sua importância para a boa gestão ambiental, não só sob o prisma de fundamento de legitimidade da função de controle dos tribunais de contas, mas também sob o aspecto das novas concepções que podem ser implementadas, as quais podem, inclusive, contribuir para a construção de um Estado Constitucional Ecológico.

Na segunda parte, abordar-se-á efetivamente o tema do controle da Administração em matéria de meio ambiente. Começando pelas funções de controle de gestão ambiental pelos tribunais de contas, far-se-á, nesse tópico, uma breve amostra de quais são e de como essas funções podem contribuir para esse controle. Após, analisar-se-á os principais princípios constitucionais que devem ser observados pelos administradores públicos nessa matéria e, por último, será feito um estudo sobre como os tribunais de contas podem controlar as ações e omissões administrativas que acarretam danos ao meio ambiente.

1. O NEOCONSTITUCIONALISMO

1.1. AS CARACTERÍSTICAS PRINCIPAIS

Por neoconstitucionalismo, entende-se o movimento que estuda o atual modelo de Estado Constitucional e suas características particulares. Essa expressão, portanto, simboliza o atual estado do constitucionalismo contemporâneo,[2] voltado muito mais para as transformações que

1 Como será melhor analisado no decorrer do trabalho, o direito ao meio ambiente sadio tem intrínseca ligação com a dignidade da pessoa humana por ser uma projeção do próprio direito à vida. Qualquer lesão ambiental acabar por repercutir, direta ou indiretamente, na qualidade de vida dos seres humanos e, consequentemente, afeta a sua dignidade. Aliás, sem um meio ambiente ecologicamente equilibrado nem sequer existe vida.

*2 SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial. **In:** CARBONELL, Miguel (org.). Neoconstitucionalismo (s). Madrid: Editorial Trotta, 2003, p.123.*

ocorrem na sociedade e para as novas necessidades sociais dos cidadãos.

Trata-se de um novo modelo de inspiração filosófica e pós-positivista[3] que busca superar a separação existente entre a sociedade e o Estado, que caracterizava o antigo Estado liberal, e colocar a constituição no centro do debate jurídico, com especial ênfase para efetivação dos direitos fundamentais. Nesse novo modelo, as constituições incorporam efetivamente valores, contidos principalmente nos princípios, e uma série de diretrizes cujos destinatários são, principalmente, o Estado e os cidadãos em suas relações com o poder.

Do ponto de vista histórico, surge na Europa, com as constituições posteriores à 2ª Guerra Mundial, que redefiniram a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas. Assim é que a sua principal referência de destaque é a Lei Fundamental de Bonn de 1949 que, juntamente com a criação do Tribunal Constitucional Federal em 1951, foram responsáveis pela ascensão científica do direito constitucional no âmbito dos países de tradição romano-germânica. Na década de 1970, a redemocratização e a reconstitucionalização de Portugal (1976) e da Espanha (1978) agregaram valor ao debate sobre o novo direito constitucional. No Brasil, o neoconstitucionalismo surgiu com a abertura democrática e a atual Constituição de 1988.[4]

Desde então, as constituições são vistas como a expressão máxima de um ordenamento jurídico voltado para uma reaproximação do Estado com a sociedade e passa a vincular os poderes públicos. De mera proclamação retórica de valores e diretrizes políticas, passa a ser considerada como verdadeira norma jurídica, dotada de cogência e imperatividade.[5] A lei, tida pela Revolução Francesa como expressão máxima da vontade popular representada pelo legislador[6], passa a ter um papel secundário, pois passa a ser submetida à constituição.

Tem, portanto, o neoconstitucionalismo, como uma de suas principais características, a idéia de substituição da supremacia da lei, que florescia na época da Revolução Francesa, pela supremacia da constituição, no sentido, até mesmo, de colocar a função legislativa como submissa à vontade da Lei Maior.[7]

Esse novo modelo recorre a duas grandes correntes constitucionais: a norteamericana, que estabelece uma constituição sem grandes conteúdos normativos, mas cheia de garantias; e a européia, cujas constituições estabelecem um denso conteúdo normativo, mas sem garantias. A conjugação de ambos os modelos traz como consequência um sistema constitucional garantido em última instância pelo controle de constitucionalidade e coloca o Poder Judiciário como o detentor da última palavra em questões controvertidas.[8]

Para LUÍS PRIETO SANCHÍS, a conjugação dos modelos norte-americano e europeu, implica uma constituição transformadora que busca condicionar as decisões da maioria, onde o protagonismo fundamental há de seguir correspondendo ao legislador democrático, mas também onde a última palavra irremediavelmente é dada aos juízes.[9]

Muito embora não se advogue a tese de uma total supremacia do poder judicial, certo é que o neoconstitucionalismo não é um modelo que apenas garante o funcionamento escorreito

---

3 BARROSO, Luís Roberto (org.) Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. ***In:*** *Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 851,1 de nov. de 2005. Disponível em:«http://jus2.uol.com.br/doutrina/Texto.asp?id=7547». Acesso em 08 de abril de 2009, p. 04.*

4 Idem, p. 2-3.

5 BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, 17.

6 E que, na verdade, expressava os interesses da classe burguesa interessada em isolar o Estado da sociedade, pois através desse isolamento encontrava um terreno fértil para os seus interesses econômicos. Nesse sentido, ver BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 203.

7 ARIZA, Santiago Sastre. La Ciencia Jurídica ante al Neoconstitucionalismo. ***In:*** *CARBONELL, Miguel (org.). Neoconstitucionalismo (s). Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 240.*

8 DOMÍNGUES, Andrés Gil. Neoconstitucionalismo e derechos colectivos. Buenos Aires: Ediar. Sociedad Anonima Editora, 2005, p.18.

9 SANCHÍS, Luis Prieto. Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. Madrid: Trotta, 2003, p. 109.

do sistema de participação democrática, mas incorpora ao debate valores essenciais aptos a influenciar diretamente na seara política.

Assim é que as novas constituições passam, em primeiro lugar, a ter a sua condição normativa garantida, o que implica deixar de serem concebidas como conjunto de orientações dirigidas ao legislador para consolidar seu valor normativo e operar como autêntica norma jurídica com eficácia direta e imediata, e, em segundo lugar, a incorporar conteúdos materiais que adotam a forma de direitos, princípios, diretrizes e valores.[10]

Nesse contexto, principalmente após a segunda guerra mundial, que foi palco de graves violações aos direitos humanos, assume especial relevância a dignidade da pessoa humana, como um verdadeiro superprincípio constitucional a orientar o constitucionalismo contemporâneo, dotando-lhe de especial racionalidade, unidade e sentido.[11]

Assim é que, como princípio superior e indisponível, base de todo o sistema, a dignidade da pessoa humana passa a constituir uma obrigação do poder estatal em respeitá-la e protegê-la.[12] Consequência lógica desse entendimento é que também os valores constitucionais que tenham intrínseca ligação com a dignidade humana, como é o caso da proteção ambiental, passam também a gerar uma obrigação do Estado de defesa e proteção.

Em resumo, pode-se colocar, como principais características do neoconstitucionalismo, os seguintes elementos: 1) dignidade da pessoa humana como fundamento de todo o sistema constitucional; 2) supremacia da constituição dentro do sistema de fontes; 3) o caráter vinculante da constituição; 4) eficácia ou aplicação direta de suas normas; 5) garantia judicial de efetivação de sua força normativa; 5) presença de um denso conteúdo normativo formado por princípios, direitos e diretrizes.[13]

1.2. A RELEITURA DE ALGUNS DOGMAS PELO NEOCONSTITUCIONALISMO

1.2.1. A SEPARAÇÃO DOS PODERES E A LEGITIMIDADE DO CONTROLE DA GESTÃO AMBIENTAL

O princípio da separação dos poderes encontra a sua raiz remota na antigüidade greco-romana e tinha como objetivo principal a limitação do poder político. De acordo com essa idéia, o poder político deveria emanar de uma estrutura institucional objetiva e não imediatamente da vontade dos homens.[14] Essa estrutura, por sua vez, deveria atuar de acordo com a lei, sendo ponto de convergências de várias classes sociais, de interesses divergentes.**[15]**

Apesar de ter sido John Locke o primeiro idealizador moderno da separação dos poderes, porquanto foi ele quem construiu uma teoria, baseado na idéia da *rule of law*, onde se fazia uma divisão de funções entre os poderes federativo, legislativo e executivo (este último abrangia o Judiciário), coube a Montesquieu a sua sistematização.[16]

De fato, foi Montesquieu quem, a toda evidência, assinalou a idéia, ainda incipiente, de um sistema de freios e contrapesos e da inclusão do Poder Judiciário como poder autônomo. Partia Montesquieu de uma concepção bastante pessimista no que se refere à relação do homem com o poder. Considerava que o homem tendia a abusar do poder se não encontrasse limites. Assim,

---

10 ARIZA, Santiago Sastre. (La Ciencia Jurídica ante al Neoconstitucionalismo, …, p. 241).

*11 PIOVESAN, Flávia; VIEIRA, Renato Stanziola. A Força Normativa dos Princípios Constitucionais Fundamentais: A Dignidade da Pessoa Humana. **In:** PIOVESAN, Flávia (org.). Temas de Direitos Humanos. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 393.*

12 HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. Trad. de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998, p. 109/111.

13 GIL DOMÍNGUES, Andrés. (Neoconstitucionalismo e derechos coletivos, …, p. 18-19)

14 PIÇARRA, Nuno. A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional. Um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 31-32.

15 Nesse último axioma encontra-se a teoria da Constituição mista ou do governo misto, tida como a melhor por Aristóteles, vez que vários grupos e classes participam do governo. (PIÇARRA, Nuno.A separação …, p. 33).

16 Idem, p. 78

para que a liberdade fosse assegurada deveria existir no Estado uma divisão de poderes com o poder de julgar separado do de legislar e executar.[17]

Vê-se, pois, dessa breve digressão sobre a origem do princípio, que a idéia central que o norteia, desde os tempos mais remotos, sempre foi a da limitação do poder político. Para que o homem não abuse desse poder, este deve encontrar limites.

Entretanto, apesar de adotar essa idéia de limitação do poder, o Estado liberal assumiu outros critérios de referência em relação ao princípio da separação dos poderes.

De fato, no Estado de Direito preconizado pela Revolução Francesa, o princípio da separação dos poderes era exclusivamente chamado para garantir o primado da lei. Além disso, partia-se do princípio de que a lei emanada do Poder Legislativo já continha características, que, por si só, constituíam limites imanentes intransponíveis, que impediam a transmutação em poder arbitrário ou absoluto. **[18]** Havia, portanto, uma supervalorização da lei, como expressão da vontade absoluta do povo, feita através de seus representantes no Parlamento. Nesse contexto, confrontar a lei através de um outro contrapoder dentro do próprio Estado é que seria a porta aberta para a anarquia ou para a arbitrariedade do poder.[19]

Ocorreu, destarte, propositadamente, um verdadeiro equívoco de interpretação e aplicação do princípio da separação dos poderes. Deveras, além da idéia de limitação de um poder por outro não ser respeitada, houve um outro aspecto que revelou a equivocidade do sistema liberal francês: a não obediência à idéia de coordenação entre os poderes, preconizada por Montesquieu mediante um sistema de freios e contrapesos.

Sobre esse aspecto, observa OSVALDO PALU, que Montesquieu deixa apenas seis parágrafos escritos sobre separação e todos os demais setenta e um do Capítulo VI, descreve um sistema de coordenação.[20] Ora, como imaginar que houvesse coordenação quando ocorria uma manifesta preponderância do Poder Legislativo e do Executivo, ambos isentos de controle judicial. Outrossim, como poderia o Judiciário servir como um contrapeso aos demais poderes se encontrava-se plenamente submetido ao império da lei, alheio ao valor normativo da Constituição?

Na Europa continental do século XIX,[21] portanto, o princípio da separação dos poderes teve um caráter meramente formal, vez que um dos poderes (ou o Legislativo ou o Executivo) predominou sobre os demais, sendo o Judiciário "um poder 'cautivo' submetido em todo caso ao Legislativo e dependente do ramo executivo".[22]

Além dessa enorme força outorgada aos demais poderes, atualmente contribui para a não aplicação correta do princípio a postura renitente do Judiciário, principalmente no controle dos atos do Poder Público e nas questões sociais. Ainda hoje, como resquício da antiga concepção, impera a idéia de que o poder judicial não pode invadir os espaços reservados ao poder político, sob pena de violação do princípio da separação dos poderes, sem que nenhuma menção se faça a idéia de coordenação.

Como anota ANDREAS KRELL, a separação dos poderes "está produzindo, com sua grande força simbólica, um efeito paralisante às reivindicações de cunho social e precisa ser submetido a uma nova leitura, para poder continuar a servir ao seu escopo original de garantir Direitos Fundamentais contra o arbítrio e, hoje também, a omissão estatal".[23]

Essa nova leitura passa pela devida atenção a duas premissas básicas do princípio: 1) a idéia

---

17 MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. O Espírito das Leis. Trad. Pedro Mota. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 175 e ss.

18 PIÇARRA, Nuno. (A separação …, p. 149)

19 Idem, p. 151

20 PALU, Oswaldo Luiz. Controle dos atos de governo pela jurisdição. São Paulo: RT, 2004, p. 49.

21 Logicamente com as devidas particularidades de cada um dos países europeus.

22 ASENSIO, Rafael Jimenez. El Constitucionalismo. Madrid: Marcial Pons, 2003, p. 13.

*23 KRELL, Andréas. Controle judicial dos serviços públicos na base dos direitos fundamentais sociais. **In:** KRELL, Andréas (org). A Constituição Concretizada: construindo pontes entre o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, …, p.53)*

de freios e contrapesos, já referida; 2) a idéia de que o princípio da separação dos poderes deve ser encarado como um instrumento, um meio de proteção dos direitos, em especial dos direitos fundamentais.

A primeira assenta-se numa concepção bastante simples, cuja clarividência lógica não necessita maiores digressões. Se um poder não respeita a Constituição, há de ser controlado por um outro, o Judiciário, que adquire legitimidade justamente ao cumprir sua tarefa de zelar pela vontade constitucional. A legitimidade dos juízes assenta-se, portanto, justamente na idéia de freios e contrapesos. Embora não sejam eleitos pelo povo, têm legitimidade na medida em que a própria Constituição confere a eles a tarefa de verificar, controlando, se os demais poderes estão respeitando a vontade do povo expressa na Lei Maior e que não pode ficar ao talante de quem ocasionalmente detém o poder.[24]

A segunda advém da principal característica do movimento constitucionalista francês, que colocou os direitos fundamentais como epicentro do sistema jurídico, com intensa ligação com o princípio da separação dos poderes, que, ao limitar o poder estatal, visava assegurar aqueles direitos.[25]

Assim, sendo a integridade do meio ambiente um direito fundamental,[26] consoante será melhor aprofundado adiante (item 3.2.1), assume especial relevância a sua proteção, de forma que a separação dos poderes, ao invés de ser um obstáculo, deve ser um meio para a real concretização desse direito.

Tem-se, portanto, dessas considerações, que é preciso se fazer uma releitura do referido princípio, de forma a extirpar os antigos resquícios da concepção liberal francesa, para que o princípio da separação de poderes seja um efetivo instrumento de realização dos direitos previstos na Constituição, especialmente os direitos de defesa do meio ambiente.

Forte nessa concepção, têm os juízes dos tribunais de contas, em sua função específica de controle da Administração Pública que lhe é conferida pela Constituição brasileira, legitimidade plena para fiscalizar se os gestores estão efetivamente respeitando o meio ambiente e concretizando efetivamente a sua defesa e proteção.

1.2.2. O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA AMBIENTAL

Como reflexo do princípio da soberania do parlamento, a lei teve grande importância quando do surgimento do Estado liberal. A Administração Pública do século XIX concebia o princípio da legalidade em dois aspectos: 1) o primado da lei, pelo qual não podia praticar qualquer ato que contrariasse o disposto nas normas legais e, *mutatis mutandis*, podia fazer tudo o que não contrariasse as leis; 2) o da reserva da lei, que surgiu posteriormente ao do primado da lei, pelo qual se encontrava impedida de inovar sobre certas matérias e limitava-se a concretizar as leis aprovadas no Parlamento.[27]

Tratava-se, pois, de uma concepção que atendia aos anseios da classe burguesa, devidamente representada no Parlamento, no qual a supervalorização da lei, como fonte única do Direito, impedia a Administração de agir e o Judiciário de controlar a sua legitimidade.

---

24 Nesse sentido, AURY LOPES afirma que a posição dos magistrados dentro do Estado de Direito confere a estes uma legitimidade constitucional e não política. Trata-se de uma legitimidade democrática cujos fundamentos encontram-se na garantia dos direitos fundamentais e da democracia substancial. (LOPES JR, Aury. Introdução crítica ao processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 73).

25 Nesse sentido, a própria Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão acentua esta ligação e empresta enorme relevância aos direitos fundamentais, ao preceituar, em seu artigo 16, que "toda sociedade que não garante os direitos fundamentais e a separação dos poderes não tem uma Constituição".

26 No Brasil, advogam a tese do direito ao meio ambiente como fundamental, entre outros: SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 58-90; SILVA, José Afonso. Direito Constitucional Ambiental. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 58

27 DIAS, José Eduardo Figueiredo; OLIVEIRA, Fernanda Paula. Noções Fundamentais de Direito Administrativo. Coimbra: Almedina, 2005, p. 96-97.

Atualmente, porém, essa idéia não mais vigora. A identificação da lei com o Direito caiu por terra, de forma que passa a ser juridicamente relevante a Constituição, o direito internacional, os princípios gerais da atividade administrativa,[28] bem como, ressalte-se, outras fontes não positivadas do Direito.

Nesse contexto, passa a ter relevância o neoconstitucionalismo, com a sua idéia central de supremacia da Constituição, no sentido, até mesmo, de colocar a função legislativa como submissa à vontade da Lei Maior. Sendo idéia recorrente nos dias atuais a supremacia da Constituição, dela decorre, como conseqüência lógica, que a Administração Pública deve praticar atos que estejam em consonância com as normas constitucionais. Do contrário, mesmo que estejam de acordo com uma lei infraconstitucional, esses atos são inválidos.

E isso tem importância fundamental para o controle da gestão administrativa e das políticas públicas ambientais. Os órgãos controladores passam a poder investigar, até mesmo, se a lei está em consonância com a Carta Magna e, assim, já por esse motivo, passam a ter legitimidade para verificar se as *policies* obedeceram às normas constitucionais ambientais.[29]

Pelos mesmos motivos, a discricionariedade administrativa não pode mais ser concebida como era no século XIX, quando a Administração, nos limites da lei, gozava de uma zona de inteira liberdade e podia adotar amplamente as soluções que julgasse mais convenientes.[30]

O constitucionalismo contemporâneo preocupa-se efetivamente em concretizar a vontade constitucional, consoante a força normativa própria que possuem todas as constituições[31] e, em especial, a Constituição brasileira de 1988, que está impregnada de um espírito geral de priorização de direitos e garantias ante o Poder Público e, como decorrência desse espírito, colocou uma série de parâmetros para a atividade, mesmo discricionária da Administração,[32] tais como a defesa e proteção do meio ambiente.

Assim, nesse novo modelo constitucional, não se pode conceber que o administrador público seja absolutamente livre nas escolhas que são feitas com o dinheiro público e, nem muito menos, que possa lesionar o meio ambiente. Ante o aumento progressivo da demanda por justiça, o Judiciário não pode ficar alheio aos desmandos dos agentes políticos e nem à nova força dos princípios, bem como à propagação dos direitos e garantias fundamentais.[33]

Destarte, os juízes, embora não possam substituir os critérios de conveniência e oportunidade da Administração, podem verificar se os mesmos têm ou não aceitação no sistema constitucional. Como afirma ACKEL FILHO, a "discricionariedade não constitui óbice para a decisão jurisdicional no caso de obrigação de fazer ou não fazer, fundada em interesse do bem comum, porque a definição do que seja este não é exclusiva do Executivo, mas objetivo fundamental da República e seus poderes".[34]

Sobre esse aspecto, em se tratando de proteção ao meio ambiente e obviamente sopesando os demais valores e interesses, o juiz do tribunal de contas, bem como os demais magistrados no âmbito de sua competência, pode também definir o interesse público na situação concreta, não sendo essa função passiva, limitada à análise de normas legais, mas ativa, com responsabilidade não apenas pela avaliação dos fatos, mas para "assegurar um resultado justo e viável".[35]

---

28 Idem, p. 97.

29 Nesse aspecto, interessante a observação de PEDRO GASPAR, quando afirma que a "constitucionalização ambiental, tem sido a responsável maioritária pelo impulso decisivo que a proteção do Ambiente tem conhecido nos diversos Estados".(GASPAR, Pedro Portugal. Estado de Emergência Ambiental. Coimbra:Almedina, 2005, p.24).

30 Idem, p. 102.

31 HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991, p. 14-15.

*32 MEDAUAR, Odete. Parâmetros de Controle da Discricionariedade. **In:** Garcia, Emerson (Coord.). Discricionariedade Administrativa. Rio de Janeiro: Lumen **Juris**, 2005, p. 88.*

33 Idem, p. 89.

34 Idem, p. 89.

35 ACKEL FILHO, Diomar. Discricionariedade Administrativa e Ação Civil Pública. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, nº

Assim, por exemplo, mesmo que um órgão administrativo tenha expedido determinada licença ou autorização para construção de determinada obra, sendo verificado pelos tribunais de contas que essa obra pode acarretar danos ao meio ambiente, pode o juiz de contas determinar a sua sustação.[36]

Essa avaliação jurisdicional, porém, deve ser feita adequadamente, através do manejo adequado dos princípios constitucionais, com especial priorização aos direitos constitucionais ambientas e todos os outros direitos que tenham íntima ligação com a dignidade humana e com a vida de uma forma geral.

Assim, cabem aos tribunais de contas, após a devida análise dos critérios de conveniência e oportunidade, controlar as políticas públicas que estejam em descompasso com as normas constitucionais de proteção ao meio ambiente. Podem e devem, outrossim, como órgãos de controle, invalidar ou suspender os atos da Administração quando a escolha, mesmo sendo realizada nos limites formais da discricionariedade administrativa, atribuídos pela lei, seja contrária à constituição, mormente se essa puder gerar danos ambientais.

1.3. A IMPORTÂNCIA DO NEOCONSTITUCIONALIMO E A CONSTRUÇÃO DO ESTADO CONSTITUCIONAL ECOLÓGICO

Do exposto no presente capítulo, verifica-se inequivocamente a importância do neoconstitucionalismo para o controle da gestão ambiental. Em relação ao princípio da separação dos poderes, os novos paradigmas do novo constitucionalismo, além de remover quaisquer óbices à legitimidade em geral dos juízes (e em especial, o dos juízes dos tribunais de contas), transforma o referido princípio em instrumento para concretização dos direitos fundamentais e, em especial, do direito à integridade do meio ambiente. Quanto à legalidade e discricionariedade administrativa, ao valorizar a supremacia da Constituição, coloca para os administradores a obrigação de substancialmente respeitá-la e, consequentemente, traça novos parâmetros para atividade administrativa, tais como a defesa do meio ambiente.

A importância do neoconstitucionalismo, porém, não se resume a contribuir com as suas idéias para a concretização efetiva das normas constitucionais ambientais pelos gestores públicos. Vai muito mais além, pois postula o reconhecimento efetivo de um verdadeiro Estado Constitucional Ecológico.

Nesse novo tipo de Estado, as normas protetoras do meio ambiente assumem importância relevante, ou mesmo preponderante, no sistema constitucional. Trata-se de fazer com que as constituições, como ocorre com a brasileira, deixem de dar importância apenas acessória ao direito ambiental, tratando-o como um dos muitos outros assuntos relevantes, e passem a colocá-lo em uma posição de destaque em relação aos demais sistemas.**[37]**

Além disso, nesse novo modelo, reconhece-se que o Direito do Ambiente é intrinsicamente comunicativo com os demais sistemas e que o Estado faz parte de um ecossistema planetário, compartilha das preocupações com a sobrevivência da espécie humana e manifesta a sua vinculação solidária aos sistemas que regem a vida na terra.[38]

Outrossim, no Estado Constitucional ecológico, deve haver uma reconstrução da legitimidade ativa nas ações de responsabilidade, de forma que o Estado garanta a reparação de danos à biodiversidade e a descontaminação das áreas poluídas e abra, pelo menos, a possibilidade às associações não-governamentais de defesa do ambiente de agirem a título subsidiário quando o Estado não intervenha ou não atue de forma adequada.[39]

657, p. 58.

36 Idem, p. 67.

37 MILARÉ, Edis. Direito do Ambiente. A Gestão Ambiental em Foco. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 803.

38 Idem, p. 803.

*39 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado Constitucional Ecológico e Democracia Sustentada. **In:**FERREIRA, Heline Sivini; LEITE, José Rubens Morato. Estudos de Direito Ambiental: tendências. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 3-16.*

Forte nessa concepção, tem o Estado, em primeiro lugar, o dever de aparelhar a Administração Pública para que ela possa efetivamente acompanhar o progresso tecnológico, cujo avanço indiscutivelmente potencializa e amplia a opressão do homem sobre a natureza. Sobre esse aspecto, a evolução tecnológica gera sempre novos efeitos sobre o meio ambiente, que na grande maioria das vezes são nocivos e imprevisíveis, gerando, por conseguinte, uma sociedade de risco.[40]

Por conseguinte, em segundo lugar, faz-se necessário não só que a Administração Pública se aparelhe adequadamente de acordo com os avanços tecnológicos, mas também que incorpore em suas decisões a análise do risco.

Assim, principalmente através do uso da técnica, o gestor administrativo deve levar em consideração nos atos e contratos que realiza a possibilidade de risco que se tem para o meio ambiente, de forma a até mesmo deixar de realizá-los ou suspender a eficácia deles quando possam vir a ser lesivos.

Nesse contexto, podem e devem os tribunais de contas controlar a Administração Pública de acordo com a concepção do neoconstitucionalismo e até mesmo consoante os ideais de um Estado Constitucional Ecológico (fruto das idéias do neoconstitucionalismo), que mesmo na Constituição brasileira de 1988 (que atribuiu uma função acessória ao direito ambiental) pode vir a ser construído e efetivado.

A questão que se coloca no momento, e que será discutida no próximo capítulo, é como os tribunais de contas, utilizando do manancial ideológico do neoconstitucionalismo, podem implementar um controle efetivo da gestão ambiental.

2. O CONTROLE NEOCONSTITUCIONAL DA GESTÃO ADMINISTRATIVA AMBIENTAL PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS

2.1. OS TRIBUNAIS DE CONTAS BRASILEIROS E SUAS FUNÇÕES DE CONTROLE DA GESTÃO ADMINISTRATIVA AMBIENTAL

O Tribunal de Contas brasileiro é um órgão constitucional cuja principal função é auxiliar o Poder Legislativo no controle externo da Administração Pública. É quem fiscaliza, portanto, a função administrativa nos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, no Ministério Público e no próprio Tribunal de Contas.

Apesar de ser um órgão auxiliar do Parlamento, detém competências próprias e é dotado de autonomia administrativa e financeira, sem qualquer relação de subordinação com os Poderes Executivo, Judiciário e, nem mesmo, com o Legislativo.[41]

De uma simples leitura do artigo 70 da Constituição brasileira, verifica-se que a Administração Pública direta e indireta sofre a incidência de um controle que analisa a legalidade, legitimidade e economicidade de todos os seus atos e contratos quanto aos aspectos contábeis, financeiros, orçamentários e patrimoniais.[42]

O Tribunal de Contas da União[43] observa, portanto, não só se a aplicação dos recursos pú-

---

40 BECK, Ulrich. La Sociedade del Riesgo. Hacia una nueva modernidad. Trad. Jorge Navarro e outros.Barcelona: Editorial Paidós, 1998, p. 32-40.

41 PASCOAL, Valdecir. Direito Financeiro e Controle Externo. 2 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2002. P. 128.
Nesse mesmo sentido, afirma Odete Medear: "Tendo em vista que a própria Constituição assegura ao Tribunal de Contas as mesmas garantias de independência do Poder Judiciário, impossível considera-lo subordinado ao Legislativo. Se sua função é atuar em auxílio ao Legislativo, sua natureza, em razão das próprias normas da Constituição, é a de órgão independente desvinculado da estrutura dos três Poderes."(MEDAUAR, Odete. Controle da Administração Pública. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1993, p.142).

42 "Art. 70 – A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da Administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicaçãodas subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo,e pelo sistema de controle interno de cada Poder."

43 Em razão do sistema federativo brasileiro e face ao princípio da simetria, no Brasil existem tribunais de contas também nos

blicos ocorreu nos termos do ordenamento jurídico (legalidade), mas também se atendeu ao interesse público e à moralidade administrativa (legitimidade), e, ainda, se a despesa pública se concretizou da forma menos onerosa para a Administração (economicidade).

No particular aspecto da legitimidade, não basta que a Administração siga ao que está previsto em lei. As finanças públicas no atual Estado de Direito, ao contrário do Estado liberal do século passado, não se abre apenas para o exame formal da legalidade, mas exige também o controle de gestão, a análise de resultados, a apreciação da justiça e do custo/benefício.[44]

Pode muito bem acontecer de o gestor seguir corretamente o que está contido na lei infraconstitucional e, mesmo assim, a política ser ilegítima, caso, por exemplo, viole uma norma constitucional ambiental, sendo, portanto, nesse caso, considerada ilegítima.

Neste sentido, SOUSA FRANCO assevera que os tribunais de contas devem avaliar a gestão financeira dos gastos públicos não só numa perspectiva técnica, mas também sob o ângulo econômico-social, apreciando a sua economia, eficácia e eficiência (ou seja, a utilidade social obtida por cada unidade monetária de despesa), bem como a coerência e efetividade das políticas públicas, pressupondo a anterior definição dos objetivos pelos órgãos competentes, através de averiguações, inquéritos, auditorias ou relatórios feitos pelo próprio tribunal ou pelos seus serviços de apoio.[45]

Sobre esse aspecto, é muito importante que as cortes de contas tenham os olhos voltados para a substituição do primado da lei pelo da supremacia da Constituição, posto que, como assevera RICARDO GUASTINI, em um sistema constitucionalizado, deve a Constituição ser extremamente invasora, intrometida, capaz de condicionar tanto a legislação como a jurisprudência e o estilo doutrinário, além da ação dos atores políticos e as relações sociais.[46]

No que tange às funções de controle da gestão administrativa ambiental, a Constituição brasileira de 1988 atribuiu ao Tribunal de Contas da União uma série de competências, que devem ser exercidas de forma autônoma, desvinculada e independente dos demais Poderes. Com relação ao tema do presente estudo, as principais são as seguintes: 1) opinativa; 2) fiscalizatória; 4) julgamento de contas; 5) sancionatória.

A competência opinativa realiza-se através da apreciação, mediante parecer prévio, das contas do Presidente da República (art. 71, I, da Constituição brasileira). É imprescindível que o Tribunal de Contas emita um parecer conclusivo sobre as contas. Tal parecer, entretanto, não é vinculante, embora seja um valioso subsídio, posto que é o Congresso Nacional quem julga as contas do Chefe do Executivo Federal (art. 49, IX).

Em caso de descumprimento de normas relacionadas à proteção do meio ambiente, podem os tribunais de contas, nessa sua função opinativa, levar em consideração esse fato, relacionando-o como prática de ato de gestão ilegal, e, conforme o caso, emitir um parecer no sentido de rejeição das contas.

No que tange à competência fiscalizatória, o inciso IV do artigo 71 da Constituição confere ao Tribunal a incumbência de realizar inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial em qualquer órgão ou entidade administrativa da Administração Direta ou Indireta.

Essas inspeções e auditorias não se atêm apenas ao aspecto legal da despesa; verifica tam-

---

Estados-membros da Federação com competências simétricas, quase idênticas ao do Tribunal de Contas da União, no que tange ao controle da Administração Pública em seus Estados.

44 TORRES, Ricardo Lobo. O Orçamento na Constiuição. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 285.

45 FRANCO, Antônio Luciano de Sousa. Manual de Finanças Públicas e Direito Financeiro. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 1997, p. 467. Vol. I. Nesse sentido, RICARDO TORRES faz uma distinção entre o controle dos objetivos das decisões políticas, que é vedado à Corte de Contas, e o controle das contas dos órgãos políticos ou das premissas constitucionais das decisões políticas, plenamente compatível com a estrutura democrática do país. (TORRES, Ricardo Lobo. O Orçamento na Constiuição. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 287).

46 GUASTINI, Riccardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. ***In:*** *CARBONELL, Miguel (org.). Neoconstitucionalismo (s). Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 49.*

bém a legitimidade e a economicidade dos atos e contratos da Administração. Assim, conforme será examinado (item 3.3.2), se o gestor praticar um ato que lesione o meio ambiente, ao ser constatado este fato em auditoria, poderá o Tribunal, conforme o caso, determinar ao gestor que o corrija ou aplicar sanções em razão desta irregularidade.

Ainda com relação a essa competência, poderá, ainda, o Tribunal de Contas, previamente, expedir recomendações[47] para que a Administração Pública observe os procedimentos constitucionais e legais, bem como sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão ao Congresso Nacional (Art. 71, X, da CF).

Dependendo da gravidade, poderá o Tribunal dar prazo para que sejam supridas as falhas administrativas ou, então, sustar, desde logo, a execução do ato[48], principalmente quando este ato possa (de acordo com o risco) lesionar o meio ambiente.[49]

No âmbito da competência de julgamento, o Tribunal de Contas também tem a incumbência de "julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta (...)" (art. 71, II, da CF). O alcance desse inciso é vasto de forma a alcançar todos os que detenham, de alguma forma, dinheiro público. Alcança, pois, não só as entidades da Administração direta e indireta, mas também qualquer empresa que receba dinheiro público.

No Brasil, portanto, quanto a essa competência, as regras a serem seguidas são: 1) quem recebe dinheiro público é julgado pelos tribunais de contas; 2) esse julgamento não se atém apenas a aspectos formais, mas também aos aspectos substanciais (inclusive nas entidades que não façam parte da Administração Pública), o que implica a verificação do respeito às normas constitucionais.

No que se refere à gestão ambiental, podem os tribunais de contas julgar irregulares as contas dos gerenciadores de dinheiro público, mesmo que estas estejam formalmente corretas e não tenham ocasionado danos ao Erário, quando fique constatado que a aplicação do dinheiro público lesionou um bem ambiental.**[50]**

E, por fim, em relação à competência sancionatória, pode ainda o Tribunal, após o julgamento, "aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário" (art. 71, VIII, da CF).

Verificando, pois, qualquer ilegalidade na efetivação da despesa, o que abrange obviamente a inconstitucionalidade, **[51]** pode a Corte de Contas aplicar, entre outras sanções, uma multa.[52] Se essa ilegalidade causou dano ao erário, pode ser condenado a indenizar o prejuízo causado, além da aplicação de uma multa que incide de forma proporcional ao prejuízo.[53] Nesse aspecto,

---

*47 Essas recomendações têm natureza de um ato externo opinativo, que traduz a posição do Tribunal de Contas sobre determinados atos ou situações que necessitam ser corrigida. Muito embora não tenham força vinculante, a Administração, em princípio, tem o dever de as acatar, só deixando de fazê-lo quando surjam situações excepcionais que justifiquem o não acatamento. Nesse sentido, TAVARES, José F. F. Reflexões sobre o conceito, a natureza e o regime das recomendações. **In:** Estudos de Administração e Finanças Públicas. Coimbra: Almedina, 2004, p.352-356.*

48 OLIVEIRA, Regis Fernandes; HORVATH, Estevão. Manual de Direito Financeiro. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. P. 147.

49 Em se tratando de contratos, o tribunal de contas representa ao Parlamento para que este suspenda a sua execução. Caso este não o faça no prazo de 90 dias, o tribunal de contas decide. (art. 71, § 1º e § 2º, da CF).

50 É que sob o prisma do neoconstitucionalismo, que se funda na premissa de que é a Constituição que legitima todos os atos da administração, não se admite que se lesione injustificadamente os valores constitucionais.

51 No Brasil, o Tribunal de Contas pode, nos casos concretos, apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos da Administração Pública. É o que dispõe expressamente a Súmula nº347 do STF: "O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público".

52 Além da multa, pode o tribunal declarar a inidoneidade da empresa(por cinco anos) para contratar com a Administração Pública e a inabilitação do gestor (de cinco a oito anos) para o exercício de cargo em comissão. (artigos 46 e 60 da Lei nº 8.443/92 – Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União).

53 Essa multa pode incidir na proporção de até 100% do dano causado ao erário (artigo 57 da Lei nº 8.443/92).

obviamente, se existir lesão ao meio ambiente pode o gestor responsável sofrer sanções, inclusive, ser condenado a indenizar o dano ambiental causado.

Sem dúvida alguma, portanto, são muito amplas as funções dos Tribunais de Contas em sua atividade de controle da gestão administrativa ambiental dos poderes da República, pois abrange aspectos relacionados não só com o julgamento e aplicação de sanções, cujo elenco legal é vastíssimo, como também, e principalmente, a atividade fiscalizatória de todos aqueles que gerenciam dinheiro público.

2.2. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DE CONTROLE DA BOA GESTÃO ADMINISTRATIVA AMBIENTAL

Não obstante não ter outorgado ao Direito Ambiental uma posição de destaque com relação às demais normas, a Constituição brasileira de 1998 contém várias regras e princípios em matéria de proteção do meio ambiente que, sob o prisma do neoconstitucionalismo, vinculam incondicionalmente todas as atividades públicas e privadas ao seu efetivo cumprimento.

Evidentemente que em um trabalho de diminuta extensão como esse, não se pode falar de todos os princípios de proteção ao meio ambiente expressos ou implícitos na Constituição de 1988. Assim, elencou-se apenas aqueles que, na opinião do autor, são os mais importantes para controle da boa gestão ambiental.

2.2.1. O PRINCÍPIO DA NATUREZA PÚBLICA DA PROTEÇÃO AMBIENTAL: O DIREITO/DEVER FUNDAMENTAL DE DEFESA DO MEIO AMBIENTE

O princípio da natureza pública da proteção ambiental visa fazer com que o meio ambiente seja um valor assegurado e protegido para uso de todos e, ao mesmo tempo, impor ao Estado e à coletividade a tarefa de defender e proteger o meio ambiente.[54]

Encontra-se previsto expressamente no artigo 225, *caput*, da Constituição brasileira, que após estabelecer que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito de todos e um bem de uso comum do povo essencial à sadia qualidade de vida, impôs ao Poder Público, bem como à coletividade, o dever de preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Do referido artigo se infere, em primeiro lugar, que o caráter jurídico do meio ambiente ecologicamente equilibrado é de um bem de uso comum do povo e, desta forma, a realização individual deste direito está intrinsecamente ligada a sua realização social. Assim, não é possível, em nome deste direito, apropriar-se individualmente de parcelas do meio ambiente para consumo privado.[55]

Por outro lado, a colocação do meio ambiente como um bem de uso comum do povo (sendo, portanto, um bem público), pela Constituição brasileira de 1988, confere à sua tutela não só a qualidade de pública, mas também de indisponível, ou seja, o Estado não pode abdicar do seu dever de proteger o meio ambiente. Há sobre esse aspecto a plena consagração no âmbito do Direito Ambiental do princípio de Direito Administrativo da indisponibilidadade do interesse público.[56]

Do mencionado dispositivo, pode-se inferir ainda que, no Brasil, a proteção do meio ambiente configura um direito fundamental de todos os cidadãos, em virtude de sua ligação intrínseca com a dignidade pessoa humana.[57] De fato, ao considerar o meio ambiente ecologicamente equilibrado como essencial à sadia qualidade de vida, a Constituição brasileira reconhece implicitamente essa ligação.[58]

---

54 MILARÉ, Edis. (Direito do Ambiente, …, p. 764-765) .

55 DERANI, Cristiane. Direito Ambiental Econômico. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 256.

56 PEIXOTO, Paulo Henrique Abujabra; PEIXOTO, Thatiana de Haro Sanches. Resumo Jurídico de Direito Ambiental. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 16.

57 Nesse sentido, colocando a referenciabilidade à dignidade da pessoa humana como critério para considerar um direito como fundamental e, ao mesmo tempo, assumindo que o direito ao meio ambiente tem essa ligação com o referido princípio, sendo, portanto, um direito fundamental, cfr. SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 58-90.

58 Na linha do que já foi reconhecido expressamente pelo princípio 1 da Conferência das Nações Unidas sobre o Ambiente

Trata-se, portanto, de uma projeção do direito à vida, pois neste há de incluir-se a manutenção das condições ambientais que são suportes da própria vida.[59] Nesse sentido, a tutela da qualidade do meio ambiente é um instrumento de realização plena da dignidade da pessoa humana, porquanto o que se protege, através dessa qualidade, é um valor maior: a qualidade de vida dos seres humanos.[60]

Por outro lado, a proteção do meio ambiente, assume, ao mesmo tempo, a forma de um dever fundamental da coletividade e, principalmente, do Poder Público, que detém uma ampla gama de competências. Nesse diapasão, a integridade e a defesa do meio ambiente revestem a natureza de "direitos boomerang", ou seja, "(…) são, por um lado, direitos, e, por outro lado, deveres para o respectivo titular activo, ou seja, direitos que, de algum modo, acabam por se voltar contra os próprios titulares".**[61]**

A importância desse dever é tão grande que assume, na Constituição brasileira de 1998, a forma de um dever intergeracional, pois o Estado tem a obrigação de preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações. Interessante, neste ponto, é a observação de JORGE MIRANDA quando afirma que em relação a quase todos os direitos se pode pensar neles numa perspectiva imediata, como direitos que se esgotam para nós e interesses que se esgotam em nossas vidas; já, com relação ao meio ambiente, não basta atender a estes interesses, mas igualmente aos interesses das pessoas que hão de vir, porque a terra é finita e há recursos não renováveis.[62]

Nesse diapasão, a Administração Pública direta ou indireta, como regra, não pode realizar atividades que prejudiquem o meio ambiente, pois, sendo dever do Estado, a proteção e defesa de sua integridade, e sendo esse dever indisponível, não se concebe que a administração estatal seja a primeira a degradá-lo.

Por outro lado, de acordo com o princípio da natureza pública da proteção ambiental, é plenamente possível a exigência coativa, inclusive pela via judicial, do cumprimento efetivo por parte de todos os entes federativos de suas tarefas na proteção do meio ambiente,[63] cujo elenco constitucional é vastíssimo (artigo 225, § 1º)

Destarte, e de acordo com as premissas do neoconstitucionalismo, que garante a vinculação do Estado ao cumprimento efetivo das normas constitucionais, aos tribunais de contas brasileiros competem verificar se a Administração Pública está cumprindo as suas tarefas constitucionais e, caso negativo, aplicar aos gestores as sanções previstas em lei, determinando, inclusive, se for o caso, a restituição do eventual dano ambiental causado.

2.2.2. O PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO/PRECAUÇÃO

O princípio da prevenção encontra-se previsto expressamente no artigo 225, § 1º, IV, da CF, que exige, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental.[64]

Aplica-se esse princípio quando o perigo é certo e quando se tem elementos seguros para afirmar que uma determinada atividade é efetivamente perigosa.[65] Centra-se na idéia de que os objetivos do Direito ambiental são essencialmente preventivos porquanto, apesar da imposição

---

Humano de 1972.

59 SILVA, José Afonso. Direito Constitucional Ambiental. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 58.

60 Idem, p. 67.

61 NABAIS, José Casalta. O Dever Fundamental de Pagar Impostos – Contributo para a compreensão Constitucional do estado fiscal contemporâneo. Coimbra: Almedina, 1998, p. 168.

*62 MIRANDA, Jorge. A Constituição e o Direito do Ambiente. **In:** Escritos Vários sobre Direitos Fundamentais. Estoril: Principia, 2006, p. 318.*

*63 MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Princípios Fundamentais de Direito Ambiental. **In:** Revista de Direito Ambiental. São Paulo: RT, 1996, nº 2, p. 36.*

64 MILARÉ, Edis. Direito do Ambiente. A Gestão Ambiental em Foco. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 766.

65 Idem, p. 767.

de sanções puder evitar futuros danos, dificilmente compensará os prejuízos que foram causados ao meio ambiente, que muitas vezes são irreparáveis.[66]

Já o princípio da precaução encontra-se previsto no artigo 225, § 1º, V, da CF, que impõe ao poder público "a tarefa de controlar a produção e a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente".[67] É utilizado quando a decisão a ser tomada não dispõe de informações científicas suficientes e há indicações de que possivelmente irão ocorrer efeitos sobre o ambiente. Nesse sentido, a precaução implica cuidados antecipados com elementos desconhecidos.**[68]**

Ambos os princípios, portanto, fundamentam-se na idéia de risco. A diferença entre ambos reside no fato de que na prevenção os riscos são certos ou conhecidos cientificamente, ao passo que na precaução os riscos são ainda desconhecidos.[69]

Reconhecem, portanto, que nas modernas sociedades tecnológicas o perigo espreita a cada esquina e que, à medida que a ação do homem se estende a outros domínios (como, por exemplo, a energia nuclear ou a engenharia genética), esses perigos vão tomando uma magnitude assustadora.[70]

A "sociedade de risco"[71] atual demanda, no mínimo, esforços da Administração Pública no sentido de tentar prever possíveis efeitos de suas ações para "não" degradar o meio ambiente.

Como conseqüências dessa concepção, infere-se que 1) a Administração Pública deve se antecipar à ocorrência de danos e, no momento mesmo, da percepção que existem riscos ao meio ambiente, tomar as medidas cabíveis; 2) deve considerar a variável ambiental, de acordo com a concepção de risco, em todas as decisões e, principalmente, em matéria de políticas públicas; 3) deve haver uma inversão do ônus da prova, no sentido de que, perante o Judiciário e os tribunais de contas, é a Administração Pública quem tem de provar que não degradou o ambiente.

Em relação à primeira conseqüência, ante a ameaça de danos sérios ao ambiente, ainda que não existam provas científicas que estabeleçam um nexo causal entre uma atividade e seus efeitos, devem ser tomadas todas as medidas necessárias para impedir a sua ocorrência. O princípio da precaução impõe, destarte, que se reduza o grau de prova exigível para que uma determinada atuação seja legítima.[72]

Nesse sentido, vislumbrando o risco em determinada atividade administrativa, deve o gestor público imediatamente suspender a execução dessa atividade até que todas as medidas de proteção ao meio ambiente sejam adotadas.

Com relação à segunda conseqüência, cabe à Administração Pública, em primeiro lugar, sopesar os argumentos a favor e contra determinada decisão administrativa ou política pública. Eventuais conflitos entre interesses econômicos e ambientais devem ser resolvidos a favor do meio ambiente segundo o princípio *in dubio pro* ambiente ou *in dubio contra projectum*.[73]

Por último, no que tange à terceira conseqüência, tem o administrador o dever de provar perante os tribunais de contas que sua atuação não apresenta riscos ao meio ambiente.[74] Isso implica dizer que, caso não haja prova suficiente a demonstrar a ausência da ocorrência de risco, encontram-se as cortes de contas legitimamente autorizadas a suspender o ato da Administração.

---

66 MATEO, Ramón Martin. Derecho Ambiental. Madrid: Instituto de Estudios de Administración, 1977, p. 85.

67 MILARÉ, Edis. (Direito do Ambiente, …, p. 766-767)

68 Idem, p. 767.

69 Interessante é a observação de Edis Milaré no sentido de que alguns juristas preferem o termo prevenção e outros preferem o termo precaução. Cfr.: MILARÉ, Edis. (Direito do Ambiente, …, p. 765).

70 ANTUNES, Tiago. O Ambiente entre o Direito e a Técnica. Lisboa: AAFDL, 2003, p. 9.

71 Expressão usada por Ulrich Beck para caracterizar o mundo em que vivemos e os perigos resultantes dos avanços tecnológicos. Cfr. BECK, Ulrich. (La Sociedade del Riesgo …).

72 MARTINS, Ana Gouveia e Freitas. O Princípio da Precaução no Direito do Ambiente. Lisboa: AAFDL, 2002, p.54.

73 Idem, p. 55.

74 Idem, p. 54.

Por tudo isso, tem o princípio da prevenção/precaução um importante papel a desempenhar em relação à gestão administrativa ambiental, servindo, outrossim, de parâmetro para o seu efetivo controle pelos tribunais de contas.

2.2.3. O PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

O princípio do desenvolvimento sustentável tem a sua previsão expressa no artigo 170, VI, que coloca a defesa do meio ambiente como um dos princípios fundamentais da ordem econômica, bem como no artigo 225, *caput*, que impõe ao Poder Público o dever de defender e preservar o meio ambiente.

Busca-se, com esse princípio, um equilíbrio entre o desenvolvimento econômico-social e a preservação do meio ambiente, de forma que as atividades econômicas não podem se desenvolver alheias ao fato de que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é um bem essencial à sadia qualidade da vida humana.

Para GOMES CANOTILHO, o conceito de *good governance*, ou seja, a condução responsável dos assuntos do Estado, tem como um de seus pilares o princípio do desenvolvimento sustentável e equitativo que pressupõe uma gestão transparente e responsável dos recursos humanos, naturais, econômicos e financeiros.[75]

Não se quer dizer, com isso, que as atividades econômicas, em hipótese alguma, possam degradar o meio ambiente, posto que, como é cediço, a própria idéia de desenvolvimento da economia já carrega consigo essa possibilidade. O que o princípio visa é minimizar ao máximo possível os efeitos dessas atividades, na linha de uma convivência harmônica entre economia, que continua regrada pelo princípio da livre iniciativa, e meio ambiente, para que não haja um esgotamento dos recursos naturais hoje existentes e que devem ser preservados também para as futuras gerações.[76]

No Estado Ambiental Ecológico, a que PAULO RANGEL denomina de Estado de Direito Ambiental ou Estado Pós-Social, a proteção ao meio ambiente não pode ceder às pressões de um "fundamentalismo ambientalista" ou de um "totalitarismo ecologista". Os valores ambientais, nesse novo modelo, não são exclusivos ou excludentes e nem necessariamente prevalecentes. As tarefas do Estado devem ser plasmadas em normas constitucionais, mas devem ser integradas num horizonte plural de princípios, segundo um princípio de concordância prática ou harmonização, não compatível com quaisquer formas de reducionismo.[77]

Assim, a Administração Pública estatal deve sempre planejar suas ações dentro dos limites da sustentabilidade, melhorando a qualidade da vida humana dentro dos limites da capacidade dos ecossistemas. Para isso, deve trabalhar predominantemente com elementos técnicos,[78] aptos a apontar a solução mais adequada no sentido de um desenvolvimento pleno, que compatibilize o avanço sócio-econômico com o equilíbrio ecológico.

2.2.4. O PRINCÍPIO DO POLUIDOR-PAGADOR

O princípio do poluidor-pagador encontra-se também expressamente previsto Constituição brasileira no artigo 225, §3º, o qual, após estabelecer que as condutas e atividades lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, preceitua também a obrigação de reparar os danos causados independentemente da aplicação das referidas sanções.

---

75 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. "Brancosos" e Interconstitucionalidade. Itinerários dos Discursos sobre a Historicidade Constitucional. Coimbra: Almedina, 2006, p. 327-329.

76 FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Curso de Direito Ambiental Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 26.

77 RANGEL, Paulo Castro. Concertação, Programação e Direito do Ambiente. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 20-22.

78 Neste sentido, abraçando a tese de TIAGO ANTUNES, a proteção do meio ambiente pode ser feita com o uso efetivo da técnica, bem como de standards ambientais, ou seja, de critérios objetivos que estabeleçam um equilíbrio ou um compromisso entre a atividade administrativa e a proteção da natureza, consagrando limites máximos de tolerabilidade da poluição (ANTUNES, Tiago. O Ambiente entre o Direito e a Técnica. Lisboa: AAFDL, 2003, p. 41).

O princípio em comento tem como finalidade imputar ao poluidor o custo social da poluição por ele gerada, através de mecanismos que possam internalizar de forma efetiva os custos externos decorrentes dos efeitos da poluição sobre toda a natureza.[79] Busca, portanto, fazer o poluidor arcar com o prejuízo causado ao meio ambiente da forma mais ampla possível.[80]

No ordenamento jurídico brasileiro, o princípio implica também a responsabilidade objetiva a todos os que degradarem o meio ambiente. Não é preciso, portanto, provar a culpa ou dolo do poluidor, bastando restar comprovados os três elementos básicos da responsabilidade civil: o ato, o nexo causal e a ocorrência do dano. Assim, não interessa que o poluidor tenha ou não culpa pela degradação ambiental; se houve a poluição, obrigatoriamente tem de pagar.

Por outro lado, como afirma ALEXANDRA ARAGÃO, o princípio do poluidor-pagador não é um simples princípio de responsabilidade civil, porquanto identifica-se com os fins próprios do Direito do Ambiente, com ênfase preventiva e redistributiva. Para a autora, a primeira finalidade do princípio é justamente a prevenção da poluição, que comporta duas vertentes: a precaução, que se aplica quando apenas há a suspeita da atividade provocar danos ao meio ambiente; e a prevenção, que se aplica quando há a certeza do dano provocado e que abrange sobretudo o controle da poluição gradual ou crônica.[81]

Sob essa ótica, pode-se afirmar que todas as pessoas que empreendam atividades potencialmente poluidoras são responsáveis pelas medidas de precaução e prevenção dos impactos ambientais. Se essas medidas não forem tomadas, consequentemente, podem essas pessoas sofrer sanções administrativas, pela não adoção das providências cabíveis para a prevenção de futuros danos ambientais.[82]

No que tange à Administração Pública, todas as suas atividades devem levar em consideração esse princípio, de forma que: 1) deve sempre indenizar objetivamente os danos causados à sociedade (artigo 225, §3º, e artigo 37, §6º, da CF; 2) deve, sempre em primeira linha, tomar todas as medidas possíveis para evitar a ocorrência de danos, inclusive, aparelhando-se adequadamente de acordo com a evolução tecnológica; 3) caso não tome as medidas adequadas à precaução ou prevenção, deve o gestor responsável pelo órgão administrativo sofrer sanções administrativas.

Assim, podem os tribunais de contas, na linha de um controle neoconstitucional, condenar quaisquer dos entes federativos (União, Estados e Municípios) a reparar os danos causados, independentemente de restar comprovada a culpa, aplicando-se, outrossim, aos gestores responsáveis pela degradação,[83] ou pela ausência de medidas adequadas para evitar danos ambientais, multas, em razão da ilegalidade de sua atividade.

2.2.5. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

De acordo com o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, permite-se a invalidação de atos legislativos ou administrativos quando não haja adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado (adequação); a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo menos gravoso para chegar ao mesmo resultado (necessidade ou vedação de excesso); o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha (proporcionalidade em sentido estrito).[84]

Nesse sentido, todas as decisões da Administração Pública devem ter em conta esses três

---

79 PRIEUR, Michel. Droit de l´environnement. 5ª ed. Paris: 2004, p. 145.

80 SIRVINSKAS, Luís Paulo. Manual de Direito Ambiental. 2º ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 36.

81 ARAGÃO, Maria Alexandra Sousa. O Princípio do Poluidor-Pagador – Pedra Angular da Política Comunitária do Ambiente. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 21-118.

*82 Advogando a tese da responsabilização civil por riscos ambientais, cfr.: CARVALHO, Délton Winter de. A Teoria do Dano Ambiental Futuro: A Responsabilização Civil por Riscos Ambientais. **In:** Direito e Ambiente. Lisboa: Universidade Lusíada, 2008, ano 1, nº 1, out/dez 08, p. 71-105.*

83 Se restar comprovada a culpa do gestor responsável pelo órgão na lesão ao meio ambiente, este também é condenado solidariamente a reparar os danos ecológicos.

84 BARROSO, Luís Roberto. (A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios … , p. 373).

elementos, sendo inválidos os atos que desrespeitem qualquer um deles. Assim, por exemplo, se houver uma medida que menos degrade o meio ambiente em comparação com outra mais prejudicial, deve o gestor optar pela primeira, sob pena, inclusive, de sofrer sanções por parte dos tribunais de contas.

O princípio permite também que o juiz gradue o peso da norma, em uma determinada incidência, de modo a não permitir que ela produza um resultado indesejado pelo sistema, assim fazendo a justiça do caso concreto.[85]

Trata-se, nessa sua outra função, de servir de parâmetro para a ponderação de bens e interesses. Havendo colisões de bens (como, por exemplo, desenvolvimento econômico e meio ambiente), deve-se tentar uma concordância prática ou uma harmonização desses. Nessa tarefa de ponderação é que incide o princípio da proporcionalidade, reduzindo o âmbito de incidência de cada um de forma a tentar uma compatibilização.

Nessa última vertente, o princípio da proporcionalidade é estruturante da decisão do risco, que é uma condicionante externa de decisão, a qual vai merecer uma ponderação conjunta com as condicionantes externas da mesma, que são os interesses em jogo. Assim, no que toca às decisões sobre questões do meio ambiente, a Administração Pública é obrigada a ponderar as probabilidades de ocorrência do risco (sua extensão e lesividade) com o valor do bem jurídico a salvaguardar, juntamente com o grau de ingerência que a medida vai constituir para uma posição jurídica subjetiva.**[86]**

Nesse juízo de ponderação, deve, via de regra, esgotar os conhecimentos técnico-científico sobre a matéria, de forma que o saber técnico-científico seja, em princípio e dependendo do caso concreto,[87] um dos componentes da decisão.

No âmbito da atividade de controle da gestão ambiental, os tribunais de contas são obrigados a levar em consideração o princípio da proporcionalidade em várias hipóteses, entre elas: 1) na verificação se os atos da administração foram proporcionais; 2) no exame se o juízo de ponderação do gestor levou em conta a componente do risco e tentou esgotar os conhecimentos técnico-científicos sobre a matéria; 3) na aplicação das sanções, que tem de ser proporcionais às irregularidades cometidas.

2.3. O (NEO)CONTROLE DA GESTÃO AMBIENTAL PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS

2.3.1. O CONTROLE DAS OMISSÕES ESTATAIS

Um dos principais aspectos que deve ser considerado em relação ao controle da gestão administrativa ambiental por parte dos tribunais de contas diz respeito às omissões administrativas, ou seja, quando há uma norma que determina que a Administração Pública aja e ela quedase inerte ou faz de forma insuficiente.[88]

Consoante visto anteriormente, de acordo com o neoconstitucionalismo, as normas da Constituição assumem caráter vinculante, obrigando as entidades públicas e privadas a seu cumprimento, de forma a gerar até mesmo, a depender do caso, uma aplicação direta, sem necessidade de uma interposição do legislador para lhe dar concreção.

Essa força vinculante aumenta à medida que a norma tem uma ligação mais intensa com o princípio da dignidade da pessoa humana, que assume a condição de fundamento da Constituição que, por sua vez, confere unidade de sentido, valor e concordância prática ao sistema de

85 BARROSO, Luís Roberto. (A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios … , p. 373).

86 GOMES, Carla Amado. Subsídios para um quadro principiológico dos procedimentos de avaliação e gestão do risco ambiental. ***In:*** *Textos Dispersos do Direito do Ambiente. Lisboa: aafdl, 2008, p. 241-242.*

87 Idem, p. 242.

88 Refletindo sobre as omissões constitucionais, JORGE MIRANDA afirma que esta se verifica sempre que, mandando a norma reguladora de certa relação ou situação praticar certo ato, o destinatário não o faz ou não o faz nos termos exigidos ou em tempo útil. Assevera, ainda, o autor que a esse comportamento se ligam conseqüências mais ou menos adequadas. (MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. 3ª ed. Coimbra; Coimbra Editora, 1996, t. I, p. 507).

direitos fundamentais.

Como afirma ANA PAULA BARCELLOS, as normas-princípios sobre a dignidade da pessoa humana são as de maior grau de fundamentalidade no ordenamento jurídico e a elas devem corresponder as modalidades de eficácia jurídica mais consistentes.[89]

Nesse contexto, a dignidade da pessoa humana, concebida como um princípio que faz da pessoa fundamento da sociedade e do Estado, passa a ser diretamente uma fonte de ética dos direitos, liberdade e garantias pessoais e dos direitos econômicos, sociais e culturais,[90] obrigando o Poder Público a seu cumprimento.

Consoante também já afirmado, é inconteste a ligação intrínseca que existe entre a dignidade da pessoa humana com o meio ambiente, vez que inexiste dignidade do ser humano sem qualidade de vida, o que só é possível com a preservação do ambiente. Nem sequer se pode falar na existência de vida humana, se o ambiente não for adequadamente preservado, de forma que as violações ao meio ambiente, regra geral, constituem ataques diretos ao próprio núcleo essencial da dignidade da pessoa humana.

Destarte, não há como se conceber que justamente em relação a um dos princípios essenciais à qualidade de vida das presentes e futuras gerações, cuja densidade normativa o coloca no centro do núcleo essencial da dignidade da pessoa humana, a Administração Pública assuma uma posição inerte no que tange a sua efetiva concretização.

Nesse aspecto, a omissão administrativa na gestão ambiental pode ocorrer através de duas formas: 1) ausência de fiscalização do Estado no que tange à fiscalização de atividades privadas que degradem o meio ambiente; 2) ausência no cumprimento de suas tarefas constitucionais ou de políticas públicas estatais no que se refere à proteção do meio ambiente.

A primeira hipótese encontra previsão expressa no artigo 225, *caput*, da Constituição Federal que impõe ao Poder Público o dever de defender e preservar o meio ambiente. Trata-se, pois, de uma tarefa constitucional que obriga o Estado a agir, no sentido de fiscalizar a preservação do meio ambiente. O não cumprimento desse dever, por conseguinte, importa no descumprimento da própria Constituição, o que, consoante o neoconstitucionalismo, é inconcebível atualmente.

Trata-se de um descumprimento de uma norma constitucional específica que, embora não prescreva as formas de atuação, impõe ao Poder Público uma obrigação, cuja não realização configura uma das mais graves ilicitudes do ordenamento jurídico, a transgressão de normas constitucionais que tenham íntima ligação com o princípio da dignidade da pessoa humana, que são as normas referentes à proteção do meio ambiente.

De acordo com CAROLINA FAHEL, a atividade fiscalizatória da Administração Pública deve ser atuante, comprometida e rotineira, sendo a prevenção a base da consciência nas escolhas realizadas pelos órgãos administrativos competentes. Nesse contexto, a fiscalização omissa, inexistente ou mal prestada, formula para o administrado o direito à prestação jurisdicional que proteja o interesse ao meio ambiente ecologicamente equilibrado contra lesão ou ameaça de lesão.[91]

No contexto dessas premissas, devem os órgãos administrativos competentes atuar preventiva e diuturnamente. Com relação ao meio ambiente não se pode tolerar falhas e, muito menos, omissão, pelo que, caso configurada a ilicitude, deve o Estado, bem como os gestores responsáveis (de forma solidária) sofrer sanções, seja através de imposição de multas, seja através da condenação na reparação dos danos causados ao meio ambiente por terceiros, que podem também ser condenados solidariamente com o Estado.

Abraçando esse entendimento, o Superior Tribunal de Justiça condenou, no recurso especial

---

89 BARCELLOS, Ana Paula de. A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O Princípio da dignidade da Pessoa Humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 202-203.

90 Idem, p. 197.

*91 LÔBO, Maria Carolina Fahel. A Tutela Inibitória contra a Administração Pública na Defesa do Meio Ambiente. **In:** KRELL, Andreas J. (Org.). A Aplicação do Direito Ambiental no Estado Federativo. Rio de Janeiro: Lumen **Juris**, 2005, p. 28.*

nº 647493/SC,[92] a União à reparação dos danos ambientais em face do não cumprimento do dever de fiscalizar as atividades concernentes à extração mineral, solidariamente com as empresas responsáveis pelos danos causados. Em outra decisão, ainda mais contundente, o Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 604725/PR, condenou os três entes federativos (no caso, a União, o Estado do Paraná e o Município de Foz de Iguaçu), fixando a responsabilidade objetiva em face da omissão estatal, a repararem os danos causados ao meio ambiente em face da ausência de fiscalização, em especial, quanto ao Estado do Paraná, por não ter requerido o Estudo de Impacto Ambiental.[93]

Não há dúvidas, portanto, que, em se tratando de ausência ou insuficiência de fiscalização, pode o Estado ser condenado a reparar os danos causados ao meio ambiente se, preventivamente, deixou de tomar as medidas necessárias para suprimir ou reduzir os riscos das atividades potencialmente causadoras de danos no setor privado.

Com muito mais razão, em se tratando de ausência no cumprimento de suas tarefas constitucionais[94] ou de políticas públicas estatais de proteção do meio ambiente, o Estado deve ser condenado com mais vigor ainda, seja através de reparação de danos ou, preferencialmente, através de tutela específica no sentido de recuperar diretamente o dano causado ou, ainda, prever políticas públicas, contemplando verba no orçamento.

Como já ressaltado no presente trabalho, a Constituição brasileira colocou expressamente o princípio da prevenção como um dos princípios norteadores da ordem constitucional ambiental. Ora, se inexistem políticas públicas em matéria de proteção ao meio ambiente significa dizer que o Poder Público está a lesionar diretamente esse princípio, pois nem sequer está a planejar medidas de proteção ao meio ambiente. E o que é pior: significa explicitamente que não está dando a mínima atenção à matéria ambiental.

Outrossim, de acordo com o neoconstitucionalismo, a Administração Pública não é inteiramente livre para decidir se atua ou não. Em se tratando de políticas públicas, a atuação da Administração Pública tem a sua margem de atuação restrita à inclusão ou satisfação de interesses relevantes, quando não excluída pela determinação desses interesses.[95]

Havendo, pois, norma constitucional específica que determine a atuação, é o Poder Público obrigado a cumpri-la. Consoante já visto no item 2.2.2 desse estudo, a discricionariedade administrativa ambiental é limitada aos parâmetros constitucionais. É a Constituição quem define se o gestor deve ou não agir, bem como quando agir.

Nesse sentido, ao comentar algumas constituições que a exemplo da brasileira proclamam a defesa do ambiente como tarefa ou fim do Estado, GOMES CANOTILHO afirma que a consideração do ambiente como tarefa ou fim normativo-constitucionalmente consagrado implica autênticos deveres jurídicos. Estes deveres subtraem à disponibilidade do poder público a decisão sobre a proteção ou não proteção do ambiente, o que implica dizer, por outras palavras, que não cabe ao poder estatal decidir se o ambiente deve ou não ser protegidos ou defendidos, porquanto a imposição constitucional é clara: devem.[96]

---

92 RESP 647493/SC. Rel.: Min. João Otávio Noronha. Segunda Turma. Data do Julgamento: 22/05/2007. Data da Publicação/Fonte: DJ 22/10/2007, p. 233. Nesse acórdão, ficou consignado ainda a imprescritibilidade da reparação/recuperação ambiental

93 RESP 604725/PR. Rel. Min. Castro Meira. Segunda Turma. Data do Julgamento: 21/06/2005. Data da Publicação/Fonte: DJ 22/08/2005, p. 202.

*94 MIRRA fornece uma série de exemplos em que se consubstancia a omissão administrativa de seu dever de preservar e proteger o meio ambiente, tais como: falta de tratamento prévio de efluentes e esgoto, gerando a poluição de rios; despreocupação do tratamento do solo, pela utilização de lixo urbano; abandono do patrimônio cultural. (MIRRA, Alvaro Luiz Valery. O Problema do Controle Judicial das Omissões Estatais Lesivas ao Meio Ambiente. **In:** Revista de Direito Ambiental. São Paulo. RT, 1999, nº 15, p. 67 e ss.).*

*95 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. **In:** Milaré, Edis (coord.). Ação Civil Pública: Lei n. 7.347/85 – 15 anos. São Paulo: Revista do Tribunais, ano 87, vol. 747, p. 726.*

*96 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Direito ao Ambiente como Direito Subjetivo. **In:** Estudos sobre Direitos Fundamen-*

Sobre esse aspecto, portanto, convém frisar, de acordo com os princípios constitucionais que regem o Direito Ambiental, não há "liberdade efetiva do administrador na escolha do momento mais conveniente e oportuno para a adoção de medidas específicas de preservação".[97]

Nesse diapasão, o Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 429570/GO,[98] após estabelecer que a Administração Pública está submetida ao império da lei, inclusive em relação aos critérios de conveniência ou oportunidade, outorgou tutela específica no sentido de condená-la a destinar no orçamento verba própria para a realização de obras de recuperação do solo.

Assim, também de forma inquestionável, pode o Estado ser condenado se não contemplou em seu orçamento verbas específicas para a proteção do meio ambiente ou não fez o devido planejamento de políticas públicas protetivas, o que inclui, obviamente, a fiscalização. Nesse contexto, a Administração não pode escusar-se de seus deveres de proteção e defesa do meio ambiente, alegando a indisponibilidade orçamentária ou mesmo a questão da conveniência e oportunidade de sua atuação dentro da margem de liberdade.[99]

Sendo o Tribunal de Contas o órgão controlador por excelência da Administração Pública, tem o dever de tomar as providências adequadas para que esta cumpra a sua obrigação constitucional de proteção do meio ambiente.

Assim, já por ocasião do exame dos orçamentos dos entes federativos, no âmbito de sua competência, deve verificar se existe previsão orçamentária específica para a proteção do meio ambiente. Em não existindo, deverá expedir recomendações no sentido de inclusão da mencionada verba e, caso o gestor não o faça, aplicar sanções administrativas.

Da mesma forma, cabe ao Tribunal de Contas, ao constatar a ausência de fiscalização, expedir recomendações para que o Poder Público cumpra o seu dever constitucional de fiscalizar o meio ambiente, sujeitando o administrador recalcitrante também a sanções, tais como multa e reparação de danos ao Erário, caso haja a comprovação de que a omissão administrativa causou um dano ambiental.

2.3.2. O CONTROLE DOS ATOS E CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Consoante já reiteradamente afirmado, o constitucionalismo contemporâneo, que proclama a existência, inclusive, de um Estado Constitucional Ecológico, preocupa-se efetivamente com a concretização das normas constitucionais e, especialmente, com aquelas ligadas à promoção da dignidade humana, como é o caso das normas ambientais.

Assim, toda a gestão administrativa deve obedecer às balizas e parâmetros existentes na constituição, de forma que todos os atos ou contratos da Administração obrigatoriamente têm de estar em consonância com os princípios e regras constitucionais de proteção ao meio ambiente.

Nesse contexto, o tribunal de contas pode exercer dois tipos de controle: o preventivo, que ocorre antes da prática do ato ou contrato da Administração; e o repressivo, que ocorre após realização do ato ou contrato, caso em que o tribunal suspende a sua eficácia.

2.3.2.1. O CONTROLE PREVENTIVO: AS AUDITORIAS AMBIENTAIS

O controle preventivo dos atos e contratos da administração é a mais importante forma de controle dos tribunais de contas. Nele se podem corrigir falhas e vícios antes mesmo de sua realização, o que também sob o aspecto econômico e político é extremamente importante.[100]

Sob o prisma da gestão ambiental, a importância do controle preventivo ainda mais se acen-

---

tais. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 181.

97 MIRRA, Alvaro Luiz Valery. (O Problema do Controle Judicial, …, p.73).

98 RESP 429570/GO. Rel. Min. Eliana Calmon. Segunda Turma. Data do Julgamento: 11/11/2003. Data da Publicação/Fonte: 22/03/2004, p. 277.

99 MIRRA, Alvaro Luiz Valery. (O Problema do Controle Judicial, …, p.74).

100 Em relação ao aspecto econômico, evitam-se gastos desnecessários a serem efetuados na recomposição ou restauração do ambiente; no que tange ao político, evita-se o desprestígio da Administração em razão dos erros cometidos.

tua, em virtude do princípio da precaução/prevenção. É muito melhor evitar um dano ao meio ambiente, do que poluir e depois recuperar, posto que esses quase sempre irreversíveis. Assim, como regra, a administração somente deve atuar quando não haja riscos à degradação ambiental ou quando todas as medidas necessárias tenham sido tomadas para para evitá-los.

Sobre esse aspecto, alerta CARLA AMADO que a concepção maximalista do princípio da precaução pode efetivamente conduzir à inércia administrativa, porquanto levaria a que todas as atuações, com um grau de possibilidade mínima de risco, tivessem de ser evitadas, salvo havendo certeza quase absoluta de sua inocuidade.[101]

Isso levaria inevitavelmente o gestor a se confrontar com o seguinte dilema: 1) avançar com a sua atividade, ignorando os riscos; 2) ou paralisar a sua atuação, tomando as medidas necessárias; 3) ou, ainda, tentar uma compatibilização, assumindo por sua conta (o que pode levar posteriormente a uma responsabilização) os riscos de uma degradação.

Neste ponto é que sobressai a importância do tribunal de contas. Como órgão de controle que conta com um pessoal de apoio especializado, pode o tribunal efetivamente nesses casos manter um diálogo com os gestores públicos e com a sociedade, a fim de encontrar o ponto ótimo de uma solução, que seja fundada na idéia de um risco aceitável pela coletividade.[102]

Assim, pode e deve o tribunal de contas, mantendo e aprimorando esse diálogo, agir preventivamente, de maneira a não só orientar a Administração Pública a agir desta ou daquela forma, como também a, se necessário, expedir recomendações para que o gestor não aja de determinado modo.

Nesse diapasão, o princípio da separação dos poderes e o argumento da discricionariedade administrativa, consoante já visto, não constituem óbices à atuação do tribunal de contas. O primeiro, porque não pode ser concebido como um obstáculo à realização dos direitos fundamentais, mas sim como instrumento de sua efetivação; o segundo, porque o administrador continua livre para determinar o conteúdo de suas decisões, o que ele não pode é tomar decisões que violem a Constituição ou ultrapasse as suas balizas.

Além das recomendações, existe outro importante instrumento de atuação dos tribunais de contas nessa sua missão constitucional: as auditorias ambientais.

Trata-se de um procedimento de exame e avaliação periódica ou ocasional do comportamento de uma entidade em relação ao meio ambiente.[103]Pode ser realizada pelo Poder Público (auditoria pública) ou pela própria empresa (auditoria privada)[104] e tem como principal finalidade procurar, preventivamente, encontrar alternativas para se evitar danos ao meio meio ambiente em vez de se sujeitar à multas administrativas ou à ação civil pública.[105]

Sua importância e vantagens[106] foram expressamente reconhecidas na II Conferência Mundial da Indústria sobre a Gestão do Meio Ambiente realizada em Paris no ano de 1991. Nessa Conferência foi elaborado um documento chamado de "Carta Empresarial" onde se reconheceu, em um de seus princípios, que a empresa deverá "aferir o desempenho de suas ações sobre o ambiente, proceder regularmente às auditorias ambientais e avaliar o cumprimento das exigências internas da empresa, dos requisitos legais e desses princípios, fornecendo periodicamente,

---

101 GOMES, Carla Amado. A Prevenção à Prova no Direito do Ambiente. Em Especial, os Actos Autorizativos Ambientais. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p.

102 Afirma CHARBONNEAU que toda a prevenção é fundada na idéia de um risco aceitável, que é definido pelo Consenso que se gera entre os técnicos da Administração e os da indústria, cuja formação é a mesma. Cfr.: CHARBONNEAU, S. La nature du droit de la prévention des risques techniques. ***In:*** *Revue Française du Droit Administratif. Paris, 1988, nº 3, p. 542.*

103 MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 229.

104 Nesse caso, a empresa contrata uma empresa de auditoria especializada em meio ambiente.

105 SIRVINSKAS, Luís Paulo.(Manual de Direito Ambiental. …, p. 85).

106 Entre as vantagens da auditoria ambiental, elenca EMILIO LA ROVERE: a) identificação e registro das conformidades ou não conformidades com a legislação; b) prevenção de acidentes ambientais; c) melhorimagem da empresa junto ao público, à comunidade e ao setor público; d) avaliação, controle e reduçãodo impacto ambiental da atividade; e) minimização dos resíduos gerados e dos recursos usados pela empresa. Cfr.: ROVERE, Emilio Lèbre La. Manual de Auditoria Ambiental. Rio de Janeiro: Qualitymark,2000, p. 15-16).

as informações pertinentes ao Conselho da Administração, aos acionistas, ao pessoal, às autoridades e ao público".[107]

No âmbito da gestão administrativa ambiental, o tribunal de contas, em sua missão de controle da Administração Pública e das entidades que gerenciam dinheiro público, pode realizar duas espécies de auditorias: as auditorias de conformidade e as de natureza operacional.

A primeira, de pouco utilização e de espectro bem mais reduzido, destina-se a avaliar o cumprimento das metas definidas pela entidade ou órgão auditado, ou seja, busca-se apurar a conformação entre o que foi planejado em abstrato e o que foi colocado em prática no mundo dos fatos.[108] O seu principal defeito é que a mera verificação do cumprimento de metas faz com que não se tenha uma exata noção do conteúdo da política que vem sendo adotada pelo ente auditado.

Além disso, enquadra-se muito mais como um instrumento de controle repressivo porquanto, de acordo com o resultado da auditoria, é que o tribunal pode aplicar sanções ou representar ao órgão competente. Não obstante, tem também um papel de prevenção, porquanto, de acordo, com os resultados obtidos, o Tribunal de Contas pode também orientar a Administração, alertando-a, outrossim, sobre a sua não verificação.

A segunda é que tem maior importância e utilização no âmbito controle de gestão ambiental, pois se destina a avaliar a própria eficácia das providências adotadas pelo ente auditado para, principalmente, prevenir a ocorrência de futuros danos. Objetiva, pois, extrair um pronunciamento conclusivo sobre o binômio custo/benefício, ou seja, se o dispêndio de recursos públicos para realizar determinado empreendimento é suplantado pelas vantagens decorrentes de sua concretização.

Comentando as referidas auditorias, FERNANDO GONÇALVES coloca que, a partir dos trabalhos de fiscalização, pode o Tribunal de Contas da União recomendar a alteração de políticas ambientais para torná-las mais eficientes, eficazes e/ou econômicas, ou compatibilizá-las entre si ou ainda adequá-las a um conjunto maior de políticas públicas.[109]

Nesse contexto, o Tribunal de Contas da União, após auditoria no próprio órgão brasileiro de fiscalização ambiental, o IBAMA, no Processo nº 574/99,[110] decidiu que, apesar de ser desnecessário autuar e apenar, a referida autarquia deveria adotar as seguintes providências: 1) priorizar ações de orientação e esclarecimento da sociedade, ao invés de adotar uma política de repressão; 2) estimular os convênios com as polícias estaduais, porquanto, nos Estados em que firmou convênio com a Polícia Militar registrou-se um reforço significativo na fiscalização ambiental, com aumento nos valores apreendidos, nos valores concernentes às autuações e nos valores arrecadados.

Tem-se, pois, que é muito importante o papel preventivo dos tribunais de contas no que se refere ao controle dos atos e contratos da Administração. Seja através das recomendações, seja através das auditorias, pode-se alterar determinados comportamentos inúteis ou desnecessários, adequando-os aos preceitos constitucionais.

2.3.2.2. O CONTROLE CONCOMITANTE E REPRESSIVO

Em relação ao controle repressivo, a atividade controladora do Tribunal de Contas é também de especial importância. Nesse caso, o tribunal, pode adotar as seguintes providências: 1) verificada a irregularidade, pode expedir recomendações no sentido de fazer com que a Administração adeque a prática de determinado ato ou contrato, bem como de outros que possam ser praticados no futuro; 2) sustar a prática do ato ou, em caso de contratos, representar ao Poder Legislativo para que o faça.

---

107 MACHADO, Paulo Affonso Leme.(Direito Ambiental Brasileiro. …, p. 231).

108 GOMES, Fernando Cleber de Araujo. O Tribunal de Contas e a defesa do Patrimônio Ambiental. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, P. 142.

*109 GONÇALVES, Fernando. Papel e Responsabilidade do TCU na Auditoria do Meio Ambiente. **In:** Revista do Tribunal de Contas da União. Brasília: TCU, 1995, vol. 26, p. 32.*

*110 Decisão Plenária nº 574, 25.08.1999, Rel. Min. José Antônio Barreto de Macedo. **In:** Revista do Tribunal de Contas da União. Brasília: TCU, 1999, vol. 83, p. 221.*

Em relação à primeira, o Tribunal de Contas pode verificar, em primeiro plano, se o ato ou contrato é compatível com a Constituição. Nesse caso, muito embora a escolha dos meios necessários para a efetivação das metas constitucionais seja da incumbência do Poder Público, pode o tribunal eliminar as possibilidades de escolha que comprovadamente sejam ineficientes para a realização dessas metas,[111]pois, além do desperdício de dinheiro público, a prática de uma atividade ineficiente (e com muito maior razão, uma atividade contrária a uma norma constitucional) é uma verdadeira fraude às disposições constitucionais.

Assim, por exemplo, se uma determinada rodovia pode ser construída sem que haja lesão ao meio ambiente, pode o tribunal recomendar que assim seja feito (ou, pelo menos, ponderando-se os bens e interesses, que a lesão seja significativamente reduzida), mesmo que o gasto público seja significativamente maior. Trata-se, evidentemente, nesse exemplo hipotético, de corrigir a atividade administrativa, eliminando a prática de um ato ou contrato violador das normas constitucionais de proteção do meio ambiente, adequando-o à força vinculativa das normas constitucionais.

Nesse ponto, ao contrário do que afirma CARLA AMADO, os juízes não devem se limitar a exercer um controle de plausibilidade, não podendo controlar o âmago da decisão administrativa.[112] Pode e deve controlar o conteúdo do atos da administração quando violem disposições constitucionais ou sejam ineficientes, vez que não existe nenhum poder discricionário da Administração para apreciar à vontade a presença e o alcance de um conceito legal em uma situação, mas simplesmente o privilégio posicional de decisão prévia, que arranca uma presunção puramente formal de legalidade (…), quando o erro ou a arbitrariedade puderem ser positivamente demonstrados, poderão ser controlados pelo juiz.[113]

Por isso, pode e deve o tribunal de contas, na área de proteção ambiental e na defesa dos bens de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, sindicar os atos (mais ou menos) discricionários dos órgãos administrativos, para verificar se os interesses difusos e os valores constitucionais subjacentes estão sendo realizados de forma adequada.[114]

Outro ponto que pode ser explorado com o uso de recomendações tem a ver com a promoção de ações afirmativas de respeito ao meio ambiente por parte do Poder Público. Nesse caso, pode o Tribunal de Contas, por exemplo, estimular a inclusão nos certames licitatórios de itens referentes ao meio ambiente, no sentido de habilitar ou classificar as empresas que adotem uma metodologia de gerenciamento que o proteja, tais como o certificado ISO série 14000.[115]

Em segundo plano, ainda em relação às recomendações, pode o Tribunal de Contas verificar o cumprimento da legislação ambiental, como, por exemplo, a exigência de licença pelos órgãos competentes para as atividades potencialmente poluidoras (Resolução nº 237 do CONAMA). Um exemplo concreto ocorreu no Acórdão nº 1660/2006, em que o Tribunal de Contas da União (TCU) recomendou ao INCRA (Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária) que fizesse mudanças nos procedimentos de desapropriação de imóveis rurais para fins de reforma agrária. Segundo o TCU, o decreto presidencial determinando a desapropriação da terra só deve ser publicado após a expedição de licença ambiental relativa ao assentamento, pois pode haver casos em que a licença não pode ser emitida ou outros em que só pode ser emitida com condicionantes.[116]

Sendo a lesão ao meio ambiente de especial gravidade ou não sendo atendida a recomendação, pode o Tribunal de Contas sustar diretamente a prática do ato ou, em caso de contratos,

---

111 BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle de Políticas Públicas. ***In:*** *Revista Diálogo Jurídico. Salvador: IDP, 2007, vol. 15, p. 23-24.*

112 GOMES, Carla Amado. Risco e Modificação do Acto Autorizativo Concretizador de Deveres de Protecção do Ambiente. Coimbra: Coimbra Editora: 2007, p. 398.

113 ENTERRÍA, Eduardo García. Democracia, Jueces y Control de La Administración. 5ª ed. Madrid: Thomson Civitas, 2000, p. 148.

114 KRELL, Andreas J. (Discricionariedade Administrativa e Proteção Ambiental. …, p. 80).

115 D´ISEP, Clarissa Ferreira Macedo. Direito Ambiental Econômico e a ISO 14000: análise jurídica do modelo de gestão ambiental e certificação ISO 14001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 163.

116 MS 26503/DF – STF – Rel. Min. Marco Aurélio. DJ: 02/05/2007. Data da Publicação/Fonte: 16/05/2007, DJU p. 00035.

representar ao Poder Legislativo para que o faça. Nessa hipótese, há uma verdadeira suspensão da eficácia do ato ou do contrato, de forma que estes têm os seus efeitos suspensos pela decisão do tribunal.

Em relação às licitações para a celebração de contratos, argumenta FERNANDO GOMES que, mesmo sendo respeitada a isonomia entre os licitantes e sendo acolhida a proposta mais vantajosa, deve o tribunal de contas exercer a sua função corretiva sobre o Poder Público, porquanto, o que em exame perfunctório aparenta sem eiva, pode revelar-se extremamente oneroso ao Erário, que terá de efetuar gastos futuros para remediar danos ambientais resultantes de um empreendimento feito sem as devidas preucações.[117]

Ante o exposto, embora seja preferível uma atividade preventiva, é muito amplo também o leque de possibilidades para o Tribunal de Contas no que tange ao controle repressivo, de forma que, se utilizado de acordo com os parâmetros do constitucionalismo contemporâneo, pode contribuir bastante para a proteção do meio ambiente e para a gestão responsável e equilibrada dos assuntos do Estado (*good governance*). Como afirma GOMES CANOTILHO, nesse novo milênio, "a Constituição deve ser considerada como lei regulatória em que a *good governance* assume uma dimensão básica não apenas de "Estado administrativo" mas de um verdadeiro Estado Constitucional".[118]

3. CONCLUSÕES

De acordo com o que foi exposto, o trabalho chegou às seguintes conclusões finais:

O neoconstitucionalismo é essencial para o controle da gestão administrativa do meio ambiente. Em primeiro, ao impor a releitura de certos dogmas conforme a visão constitucional, remove os principais obstáculos em relação à legitimidade e efetividade do controle dos tribunais de contas, que são: o princípio da separação dos poderes, a alegada falta de legitimidade dos juízes, a legalidade e a discricionariedade administrativa. Em segundo lugar, ao estabelecer a supremacia das normas constitucionais e ressaltar a sua força vinculante, obriga a Administração Pública a cumprir o seu dever constitucional de defesa e proteção do meio ambientem sendo importante, outrossim, para a construção de um verdadeiro Estado Constitucional Ecológico.

Têm os tribunais de contas importantes funções de controle da gestão administrativa, que são a função opinativa, fiscalizatória, de julgamento e de aplicação de contas. Trata-se de um verdadeiro arsenal, que se bem utilizado pode contribuir bastante para o controle da gestão administrativa ambiental.

Nesse diapasão, a Administração Pública deve seguir, sob a ótica do neoconstitucionalismo, os princípios constitucionais ambientais, expressos e implícitos na Carta Magna, de forma a só se considerar legítimas as políticas públicas, bem como os atos e contratos administrativos, se estiverem em consonância com a Constituição. Sobre esse aspecto, deve incorporar em suas decisões a análise dos riscos que sua atuação pode acarretar ao meio ambiente.

Por fim, concretamente, os tribunais de contas podem e devem controlar as omissões administrativas; bem como os atos e contratos da Administração, de forma preventiva ou repressivamente, através do manejo adequado dos princípios constitucionais e procurando dialogar com os gestores públicos no sentido de encontrar uma solução ótima, que compatibilize o desenvolvimento sócio-econômico e a integridade dos valores ambientais.

Expostas as principais idéias conclusivas, tem-se como respondidas as três perguntas iniciais do presente trabalho. A primeira (contribuição do neoconstitucionalismo), acabou de ser exposta nessa conclusão. A segunda (como os princípios devem ser observados pelos gestores

117 GOMES, Fernando Cleber de Araujo. O Tribunal de Contas e a defesa do Patrimônio Ambiental. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

118 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. ("Brancosos" e Interconstitucionalidade, …, p. 326).

públicos), é no sentido de sua máxima realização, de forma a balizar a atuação dos gestores de acordo com a concepção de evitar a ocorrência dos riscos ambientais. A terceira (de que forma os tribunais de contas podem controlar a gestão ambiental), decorrente da segunda, é no sentido de concretizar efetivamente as ações de controle através da utilização adequada desses princípios, com ênfase na prevenção e no desenvolvimento sustentável.

Nesse mesmo diapasão, tem-se também como confirmadas as hipóteses de trabalho. Verdadeiramente, somente um controle efetivo, realizado em bases constitucionais, através do manejo adequado dos princípios, poderá solucionar o problema da gestão administrativa ambiental. Da mesma forma, o administrador público não é inteiramente livre para decidir sobre os atos e contratos que a Administração pretenda realizar, pois deve seguir as normas constitucionais que o obriga a defender e preservar o meio ambiente.

No novo constitucionalismo, cabe aos agentes públicos, na qualidade de gestores do rico patrimônio ambiental brasileiro, o dever funcional de aplicar a legislação ambiental em consonância com os requisitos do desenvolvimento sustentável e o princípio da legalidade (considerado em sua acepção ampla de constitucionalidade), do qual emanam todos os demais princípios constitucionais norteadores das atividades da Administração Pública Ambiental, sob pena de nulidade de seus atos. Somente dessa forma é que se garantirá o ótimo atendimento do interesse público, que é a qualidade de vida em harmonia com a natureza, assegurada para as gerações de hoje e as do futuro.[119]

REFERÊNCIAS

ACKEL FILHO, Diomar. *Discricionariedade Administrativa e Ação Civil Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, nº 657.

ANTUNES, Tiago. *O Ambiente entre o Direito e a Técnica.* Lisboa: AAFDL, 2003.

ARAGÃO, Maria Alexandra Sousa. *O Princípio do Poluidor-Pagador – Pedra Angular da Política Comunitária do Ambiente.* Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

ARIZA, Santiago Sastre. *La Ciencia Jurídica ante al Neoconstitucionalismo.* ***In:*** CARBONELL, Miguel (org.). Neoconstitucionalismo (s). Madrid: Editorial Trotta, 2003.

ASENSIO, Rafael Jimenez. *El Constitucionalismo*. Madrid: Marcial Pons, 2003,

BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O Princípio da dignidade da Pessoa Humana.* Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle de Políticas Públicas.* ***In:*** Revista Diálogo Jurídico. Salvador: IDP, 2007, vol. 15.

BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro.* ***In:*** BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição.* São Paulo, 2004.

BARROSO, Luís Roberto (org.) *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil.* ***In:***Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 851,1 de nov. de 2005. Disponível em:«http://jus2.uol.com.br/doutrina/Texto.asp?id=7547». Acesso em 08 de abril de 2009.

BECK, Ulrich. *La Sociedade del Riesgo. Hacia una nueva modernidad.* Trad. Jorge Navarro e outros. Barcelona: Editorial Paidós, 1998,

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização.* Rio de Janeiro: Renovar, 2006, 17.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *"Brancosos" e Interconstitucionalidade. Itinerários dos Discursos sobre a Historicidade Constitucional.* Coimbra: Almedina, 2006.

_____, José Joaquim Gomes. *Estado Constitucional Ecológico e Democracia Sustentada.* ***In:*** FERREIRA, Heline Sivini; LEITE, José Rubens Morato. *Estudos de Direito Ambiental: tendências.* Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____, José Joaquim Gomes. *O Direito ao Ambiente como Direito Subjetivo.* ***In:*** *Estudos sobre Direitos Fundamentais.* 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

CARVALHO, Délton Winter de. *A Teoria do Dano Ambiental Futuro: A Responsabilização Civil por Riscos Ambientais.* ***In:*** *Direito e Ambiente.* Lisboa: Universidade Lusíada, 2008, ano 1, nº 1, out/dez 08.

119 MILARÉ, Edis. (Direito do Ambiente. A Gestão Ambiental em Foco …, p. 764-765) .

CHARBONNEAU, S. *La nature du droit de la prévention des risques techniques.* **In:** *Revue Française du Droit Administratif.* Paris, 1988, nº 3.

DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico.* São Paulo: Max Limonad, 1997.

DIAS, José Eduardo Figueiredo; OLIVEIRA, Fernanda Paula. *Noções Fundamentais de Direito Administrativo.* Coimbra: Almedina, 2005.

D´ISEP, Clarissa Ferreira Macedo. *Direito Ambiental Econômico e a ISO 14000: análise jurídica do modelo de gestão ambiental e certificação ISO 14001.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

DOMÍNGUES, Andrés Gil. *Neoconstitucionalismo e derechos colectivos.* Buenos Aires: Ediar. Sociedad Anonima Editora, 2005.

ENTERRÍA, Eduardo García. *Democracia, Jueces y Control de La Administración.* 5ª ed. Madrid: Thomson Civitas, 2000.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro.* São Paulo: Saraiva, 2002.

FRANCO, Antônio Luciano de Sousa. *Manual de Finanças Públicas e Direito Financeiro.* 4ª ed. Coimbra: Almedina, 1997, Vol I

GASPAR, Pedro Portugal. *Estado de Emergência Ambiental.* Coimbra:Almedina, 2005.

GOMES, Carla Amado. *A Prevenção à Prova no Direito do Ambiente. Em Especial, os Actos Autorizativos Ambientais.* Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

_____, Carla Amado. *Risco e Modificação do Acto Autorizativo Concretizador de Deveres de Protecção do Ambiente.* Coimbra: Coimbra Editora: 2007.

_____, Carla Amado. *Subsídios para um quadro principiológico dos procedimentos de avaliação e gestão do risco ambiental.* ***In:*** *Textos Dispersos do Direito do Ambiente.* Lisboa: aafdl, 2008.

GOMES, Fernando Cleber de Araujo. *O Tribunal de Contas e a defesa do Patrimônio Ambiental.* Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008,

GONÇALVES, Fernando. *Papel e Responsabilidade do TCU na Auditoria do Meio Ambiente.* **In:** *Revista do Tribunal de Contas da União.* Brasília: TCU, 1995, vol. 26..

GUASTINI, Riccardo. *La constitucionalización del ordenamimiento jurídico: el caso italiano.* **In:** CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo (s).* Madrid: Editorial Trotta, 2003.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição.* Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

_____, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha.* Trad. de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.

KRELL, Andréas. *Controle judicial dos serviços públicos na base dos direitos fundamentais sociais.* **In:** KRELL, Andréas (org). *A Constituição Concretizada: construindo pontes entre o público e o privado.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____, Andreas J. *Discricionariedade Administrativa e Proteção Ambiental. O Controle dos Conceitos Jurídicos Indeterminados e a Competência dos Órgãos Ambientais.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

LÔBO, Maria Carolina Fahel. *A Tutela Inibitória contra a Administração Pública na Defesa do Meio Ambiente.* **In:** KRELL, Andreas J. (Org.). *A Aplicação do Direito Ambiental no Estado Federativo.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

LOPES JR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal.* Rio de Janeiro: Lumen ***Juris***, 2004.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro.* São Paulo: Malheiros, 1998.

MARTINS, Ana Gouveia e Freitas. *O Princípio da Precaução no Direito do Ambiente.* Lisboa: AAFDL, 2002.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas.* **In:** Milaré, Edis (coord.). Ação Civil Pública: *Lei n. 7.347/85 – 15 anos.* São Paulo: Revista do Tribunais, ano 87, vol. 747.

MATEO, Ramón Martin. *Derecho Ambiental.* Madrid: Instituto de Estudios de Administración, 1977.

MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente. A Gestão Ambiental em Foco.* 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública.* São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1993,

MEDAUAR, Odete. *Parâmetros de Controle da Discricionariedade.* **In:** Garcia, Emerson (Coord.). *Discricionariedade Administrativa.* Rio de Janeiro: Lumen ***Juris***, 2005.
MIRANDA, Jorge. *A Constituição e o Direito do Ambiente.* **In:** *Escritos Vários sobre Direitos Fundamentais.* Estoril: Principia, 2006.

_____.*Manual de Direito Constitucional.* 3ª ed. Coimbra; Coimbra Editora, 1996, vol. I.

MIRRA, Alvaro Luiz Valery. *O Problema do Controle Judicial das Omissões Estatais Lesivas ao Meio Ambiente.* **In:** *Revista de Direito Ambiental.* São Paulo. RT, 1999, nº 15.

_____, Álvaro Luiz Valery. *Princípios Fundamentais de Direito Ambiental.* **In:** *Revista de Direito Ambiental.* São Paulo: RT, 1996, nº 2.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *O Espírito das Leis.* Trad. Pedro Mota. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

NABAIS, José Casalta. *O Dever Fundamental de Pagar Impostos – Contributo para a compreensão Constitucional do estado fiscal contemporâneo.* Coimbra: Almedina, 1998.

OLIVEIRA, Regis Fernandes; HORVATH, Estevão. *Manual de Direito Financeiro.* 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PALU, Oswaldo Luiz. *Controle dos atos de governo pela jurisdição.* São Paulo: RT, 2004.

PASCOAL, Valdecir. *Direito Financeiro e Controle Externo.* 2 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2002.

PEIXOTO, Paulo Henrique Abujabra; PEIXOTO, Thatiana de Haro Sanches. *Resumo Jurídico de Direito Ambiental.* 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 16.

PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional. Um contributo para o estudo das suas origens e evolução.* Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

PIOVESAN, Flávia; VIEIRA, Renato Stanziola. *A Força Normativa dos Princípios Constitucionais Fundamentais: A Dignidade da Pessoa Humana.* **In:** PIOVESAN, Flávia (org.). *Temas de Direitos Humanos.* São Paulo: Max Limonad, 2003.

PRIEUR, Michel. *Droit de l´environnement.* 5ª ed. Paris: 2004.

RANGEL, Paulo Castro. *Concertação, Programação e Direito do Ambiente.* Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

ROVERE, Emilio Lèbre La. *Manual de Auditoria Ambiental.* Rio de Janeiro: Qualitymark, 2000.

SANCHÍS, Luis Prieto. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales.* Madrid: Trotta, 2003.

SANCHÍS, Luis Prieto. *Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial.* **In:** CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo (s).* Madrid: Editorial Trotta, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais.* 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SILVA, José Afonso. *Direito Constitucional Ambiental.* 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000,

SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de Direito Ambiental.* 2º ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

TAVARES, José F. F. *Reflexões sobre o conceito, a natureza e o regime das recomendações.* **In:** *Estudos de Administração e Finanças Públicas.* Coimbra: Almedina, 2004.

TORRES, Ricardo Lobo. *O Orçamento na Constiuição.* Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

SEGURANÇA JURÍDICA E TRIBUNAIS DE CONTAS

Considerações sobre a incidência do prazo decadencial do art. 54 da lei nº 9.784/99 nos exames de legalidade de aposentadorias, reformas e pensões

Francisco Eduardo Falconi de Andrade
Auditor de Contas Públicas do Tribunal de Contas do Estado da Paraíba. Pós-Graduação em Direito Constitucional pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL). Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB).

RESUMO: *No moderno Direito Administrativo, os princípios da boa-fé, da segurança jurídica e da proteção à confiança impedem que a Administração Pública, a qualquer tempo, reveja a legalidade de seus atos. Contudo, a aplicação desses princípios nas atividades de controle externo exercidas pelos Tribunais de Contas sobre Administração Pública é tema controvertido, sendo caracterizado por diversos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais. Assim, a finalidade do presente estudo é investigar a incidência do prazo qüinqüenal de decadência, previsto no art. 54 da Lei nº 9.784/99, no contexto da atribuição constitucional dos Tribunais de Contas de examinar a legalidade dos atos concessórios de aposentadoria, reforma e pensão (art. 71, III, da CF).*

PALAVRAS-CHAVE: *Tribunais de Contas. Segurança Jurídica. Decadência. Aposentadorias. Reformas e Pensões.*

SUMÁRIO: *Introdução; 1. Os princípios da boa-fé, da segurança jurídica e da proteção à confiança; 1.1 Sentido e alcance; 1.2 Segurança jurídica e proteção à confiança na Lei nº 9.784/99; 1.3 Aplicação da Lei nº 9.784/99 na esfera estadual, distrital e municipal; 2 O exame de legalidade de atos de concessórios de aposentadorias, reformas e pensões nos Tribunais de Contas; 2.1 Descrição geral da competência; 2.2 Natureza jurídica da apreciação; 2.3. Efeitos; 3. Conseqüências do decurso do prazo de 05 anos no controle de legalidade de aposentadorias, reformas e pensões pelos Tribunais de Contas; 3.1 A Jurisprudência do STF; 3.2 A Jurisprudência de outros tribunais ; 4. Conclusões; Referências.*

INTRODUÇÃO

Atualmente, o Direito Administrativo caracteriza-se, sobretudo, pela valorização dos princípios da boa-fé, da segurança jurídica e da proteção à confiança. À luz dessa ordem de valores, o entendimento de que a Administração Pública dispõe de tempo ilimitado para rever atos eivados de ilegalidade mostra-se superado, sendo objeto de severas críticas doutrinárias e de rejeição em decisões recentes dos Tribunais Superiores.

Contudo, a aplicação de tais princípios no âmbito das atividades de controle externo exercidas pelos Tribunais de Contas sobre a Administração Pública tem trazido profunda inquietação. Particularmente, o tema mostra-se extremamente polêmico quando vem à baila a atribuição constitucional das Cortes de Contas de examinar, para fins de registro, a legalidade de atos de concessórios de aposentadorias, reformas e pensões (art. 71, III, da Constituição Federal).

A finalidade do presente estudo consiste em investigar as diferentes correntes teóricas e jurisprudenciais ligadas à incidência do prazo decadencial no contexto do controle externo de tais atos de gestão de pessoal.

Para tanto, seguiremos os seguintes passos. Inicialmente, serão examinados o sentido e o alcance dos princípios jurídicos da boa-fé, da segurança jurídica e da proteção à confiança, bem como as disposições a eles pertinentes na Lei nº 9.754/99; em seguida, descrever-se-ão os meandros da competência constitucional das Cortes de Contas de apreciar a legalidade dos atos de concessórios de aposentadorias, reformas e pensões. Por fim, será concretizado o objetivo específico deste trabalho, que é o estudo da aplicação da decadência no contexto do controle externo das aposentadorias, reformas e pensões.

1. OS PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ, DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA

1.1 SENTIDO E ALCANCE

No moderno Direito Administrativo, três princípios possuem uma relevante missão na ordem jurídica: assegurar às pessoas físicas e jurídicas a tranqüilidade necessária para conduzir e planificar a vida sem surpresas. Trata-se dos princípios da boa-fé, da segurança jurídica e da proteção à confiança, os quais são derivações normativo-valorativas do Estado de Direito, conforme ensina o constitucionalista português Gomes Canotilho:

> *O homem necessita de **segurança** para conduzir, planificar e conformar autónoma e responsavelmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideram os **princípios da segurança jurídica** e da **protecção à confiança** como elementos constitutivos do Estado de direito.*[1]

Diversos autores não vêem diferenças entre os princípios da boa-fé, da segurança jurídica e da proteção à confiança. Contudo, a melhor doutrina aponta a existência de diferenças entre eles, ainda que tênues e sutis.

Segundo Almiro do Couto e Silva, o princípio da boa-fé, embora tenha se desenvolvido no âmbito das relações de Direito Privado, é plenamente aplicável na seara das relações administrativas.[2] [3]

Em seu sentido geral, a boa-fé impõe às pessoas, em suas relações contratuais e familiares, o dever de agir com lealdade, transparência e coerência, observando a palavra empenhada. No âmbito do Direito Público, o princípio da boa-fé impõe ao Poder Público os deveres de agir com certa previsibilidade e de respeitar às situações constituídas pelas normas por ele editadas e reconhecidas, de modo a trazer estabilidade e coerência em seu comportamento.[4]

Assim, tanto no âmbito das relações privadas como nas relações jurídicas com o Estado, incide um dos mais importantes deveres decorrentes da boa-fé: o *venire contra factum proprium*, que é a vedação do comportamento contraditório. Assim, não pode uma pessoa, durante certo período de tempo, gerar expectativas na outra e, subitamente, agir de forma oposta, criando uma contradição.

Por sua vez, o princípio da segurança jurídica está intimamente ligado à certeza do direito,

---

1 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 236.

2 SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99). Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 2, n. 6, p. 7-59, jul./set.. 2004, p. 08.

3 idem, ibidem, p. 09.

4 Idem, ibidem, p. 09.

possuindo uma dimensão objetiva e uma dimensão subjetiva.

O aspecto objetivo da segurança jurídica relaciona-se com a estabilidade das relações jurídicas, por meio da intangibilidade do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, matéria que é tratada no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal. Observa a doutrina que, enquanto em muitos países, a proteção a essas situações jurídicas é meramente legal, no Brasil, cuida-se de matéria estritamente constitucional[5], dotada de fundamentalidade formal e material.

O aspecto subjetivo da segurança jurídica diz respeito à proteção à confiança. Segundo Maria Sylvia, "a proteção à confiança leva em conta a boa-fé do cidadão, que acredita e espera que os atos praticados pelo Poder Público sejam lícitos e, nessa qualidade, serão mantidos e respeitados pela própria Administração e por terceiros."[6] Na prática, esse princípio assegura às pessoas o direito de usufruir benefícios patrimoniais, mesmo quando derivado de atos ilegais ou leis inconstitucionais, exatamente em virtude da consolidação de expectativas derivadas do decurso do tempo.

Na atualidade, o aspecto subjetivo da segurança jurídica ("proteção à confiança") é visto no direito alemão e no direito comunitário europeu como um princípio autônomo. Assim, cada vez mais, a segurança jurídica tende a se restringir ao campo objetivo do respeito aos direitos adquiridos, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, ao passo que a proteção à confiança relaciona-se com componentes de ordem subjetiva e pessoal dos administrados, tal como assevera Canotilho:

> *Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexionada com elementos objetivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto proteção da confiança se prende mais com as componentes subjetivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos atos.*[7]

É importante ressaltar que os princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança não possuem previsão expressa e literal no texto da Constituição Federal. A doutrina e jurisprudência extraem-nos da própria noção de Estado de Direito. Como bem ressalta Gilmar Mendes, "o tema da segurança jurídica tem assento constitucional (princípio do Estado de Direito)".[8] Em igual sentido, colhe-se o autorizado magistério de Celso Antônio Bandeira de Mello:

> *Este princípio não pode ser radicado em qualquer dispositivo constitucional específico. É, porém, da essência do próprio Direito, notadamente de um Estado Democrático de Direito, de tal sorte que faz parte do sistema constitucional como um todo.*[9]

Igualmente na República Federal da Alemanha o princípio da segurança jurídica não foi objeto de previsão explícita na Lei Fundamental de 1949. Particularmente, a dimensão subjetiva desse princípio (proteção à confiança) é produto da jurisprudência dos Tribunais Administrativos na condição de limite à anulação de atos inválidos, tal como explica Almiro do Couto e Silva:

> *Na Alemanha, onde o princípio da proteção à confiança nasceu, por construção jurisprudencial, pode-se dizer que este princípio prende-se predominantemente à questão da preservação dos atos inválidos, mesmo nulos de pleno direito, por ilegais ou incons-*

---

5 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 464.

6 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 85-86.

7 CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. cit.,, p. 236.

8 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, op. cit., p. 489.

9 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 25. ed. Malheiros: São Paulo, 2008, p. 123.

titucionais, ou, pelo menos, dos efeitos desses atos, quando indiscutível a boa fé.[10]

Informa o referido doutrinador que, em 1976, foi publicada lei regendo o processo administrativo no âmbito da República Federal da Alemanha, diploma esse que positivou a proteção à confiança no direito tedesco[11] . No Brasil, em 29 de janeiro de 1999, viria a ser promulgada a Lei do processo administrativo no âmbito federal (Lei nº 9.784/99), a qual igualmente previu dispositivos que concretizam os princípios em estudo.

1.2 SEGURANÇA JURÍDICA E PROTEÇÃO À CONFIANÇA NA LEI Nº 9.784/99

Na tradição jurídica brasileira, os aspectos objetivos da segurança jurídica (direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada) foram objeto de densos estudos doutrinários e de paradigmáticas decisões judiciais; porém, somente após o advento da Lei nº 9.784/99, o princípio da proteção à confiança passou a ser objeto de estudos específicos aprofundados.

Na realidade, a Lei nº 9.784/99 confere importância ímpar à segurança jurídica e à proteção à confiança dos administrados.

Prima facie, o aludido diploma legal, em seu art. 2º, *caput*, estabelece que a Administração Pública federal obedecerá a diversos princípios, entre os quais a segurança jurídica. Por sua vez, o inciso VIII, do parágrafo único, do art. 2º dessa mesma lei exorta os administradores públicos federais a observarem a interpretação que melhor garanta o atendimento do fim público, "vedada aplicação retroativa de nova interpretação".

Após tais disposições gerais de inegável valor normativo, consagram-se, no art. 54 da Lei nº 9.784/99, limites ao princípio da autotutela (poder de a Administração anular atos ilegais), em dispositivo dotado do seguinte teor:

> *Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em 5 (cinco) anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.*
> *1o No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento.*
> *§ 2o Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato.*

É fácil perceber que a vedação às interpretações retroativas (art. 2º, parágrafo único, II) e a fixação de prazo qüinqüenal para o exercício do direito à desconstituição de atos nulos (art. 54) são concretizações do princípio da proteção à confiança. Ambas as disposições se relacionam com a idéia de estabilidade das situações jurídicas, valor essencial de um Estado de Direito.

Note-se que, ao impor a vedação às interpretações retroativas, a lei não impede que a Administração Pública realize novas leituras da legislação, algo essencial para que o direito se adapte às incessantes transformações sociais.

O que se proíbe é fazer retroagir o novo sentido atribuído à lei, de modo a revisar, anular ou prejudicar situações decididas "com base na interpretação anterior, considerada válida diante das circunstâncias do momento em que foi adotada".[12] Particularmente, a vedação da aplicação retroativa de novos entendimentos é expressão do *venire contra factum proprium* (vedação do comportamento contraditório).

Em relação ao limite temporal ao exercício do direito de a Administração Pública anular seus próprios atos, alguns aspectos devem ser ressaltados.

Com efeito, a aplicação do art. 54 da Lei nº 9.784/99 exige a observância cumulativa de dois re-

10 SILVA, Almiro do Couto e, op. cit.,, p. 12.

11 Idem, ibidem, p. 14

12 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, op. cit.,, p. 85.

quisitos: a) decurso do prazo de cinco anos, contado da edição do ato; b) ausência de má-fé do destinatário do ato. Ademais, como o direito de anular tem caráter potestativo, o prazo a que se refere o dispositivo em estudo é de natureza decadencial, razão pela qual não se interrompe ou suspende.[13]

Note-se que o prazo qüinqüenal contido na lei do processo administrativo federal deve ser observado nas situações em que os beneficiários do ato nulo encontram-se de boa-fé, acreditando que a situação jurídica por elas vivida é regular. A lei, porém, não faz qualquer referência aos casos em que os destinatários do ato nulo agiram de má-fé, por meio da fraude ou dolo. Nesses casos, haveria prazo decadencial ilimitado?

A resposta é negativa. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, "como a lei não indica o prazo em caso de comprovada má-fé, a solução terá de ser buscada na regra geral do art.205 do Código Civil, o qual prevê prazo de 10 anos".[14]

1.3 APLICAÇÃO DA LEI Nº 9.784/99 NA ESFERA ESTADUAL, DISTRITAL E MUNICIPAL

Do exposto, percebe-se que a Lei nº 9.784/99 é típica lei federal, pois sua eficácia limita-se aos processos administrativos da União e das pessoas jurídicas da Administração Indireta federal. Não se trata, portanto, de lei nacional (a exemplo da Lei nº 8.666/93), cujas disposições, por representarem a vontade da Federação, se irradiam por todos os entes políticos que integram o Estado-nação.[15]

Segundo o magistério de Couto e Silva, os entes da federação podem legislar sobre a decadência do direito de anular seus próprios atos administrativos. Argumenta-se que os prazos de decadência podem ser fixados até mesmo pela via contratual, não havendo impedimento que leis estaduais ou municipais os estipulem.[16] O que é vedado é a legislação regional ou local versar sobre prescrição, tema que integra o universo do direito civil, pertencendo, assim, ao plexo de competências privativas da União (art. 21, I, da CF).

A título de exemplo, o Estado do Rio de Janeiro editou a Lei nº 3.870/2002, que, em seu art. 2º, assim, dispõe: "O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis aos seus destinatários servidores públicos decai em 05 (cinco anos), contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé".[17]

Observe-se que a lei carioca seguiu as linhas gerais da Lei federal nº 9.784/99. Contudo, nada impede que se fixe prazo decadencial superior a cinco anos, observada a razoabilidade. No Estado de São Paulo, o art. 10, I, da Lei Estadual nº 10.177, de 30 de dezembro de 1998, estabelece que a Administração anulará seus atos inválidos, de ofício ou por provocação de pessoa interessada, salvo quando ultrapassado o prazo de 10 (dez) anos contado de sua produção.

Atualmente, a maior parte dos Estados e dos Municípios não editou qualquer tipo de lei disciplinando o limite temporal ao exercício da autotutela. Evidentemente, essa omissão não lhes outorga a possibilidade de desconstituir, a qualquer momento, os atos caracterizados pela pecha da nulidade. Nos casos de inércia ou omissão legislativa, deve ser observado o prazo decadencial do art. 54 da Lei nº 9.784/99, tal como tem decidido o Superior Tribunal de Justiça:

> *ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL. DECADÊNCIA. ARTIGO 54 DA LEI Nº 9.784/99 APLICAÇÃO RETROATIVA. IMPOSSIBILIDADE.*
> *1. A contagem do prazo decadencial previsto no art. 54 da Lei 9.784/99 se iniciou a partir de sua entrada em vigor, ou seja, na data de sua publicação, uma vez que não seria possível retroagir a norma para limitar a Administração em*

13 SILVA, Almiro do Couto e, op. cit., p. 31.

14 MELLO, Celso Antônio Bandeira de, op. cit., p. 474.

15 NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 4ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 536.

16 SILVA, Almiro do Couto e, op. cit.,, p. 55-56.

17 DEIAB, Felipe R. Algumas reflexões sobre a prescrição e a decadência no âmbito da atuação dos tribunais de contas. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 2, n. 4, p. 121-148, jan./mar.. 2004, p. 126.

relação ao passado.Precedentes da Corte Especial.
2. ***Ausente lei local específica, a Lei 9.784/99 pode ser aplicada de forma subsidiária no âmbito dos demais Estados-Membros***.[18]

Portanto, a Administração Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e Municípios não dispõe de prazo indeterminado para desconstituir seus atos quando eivados de nulidade. Na ausência de regra específica, o decurso do prazo de cinco anos, salvo nos casos de má-fé, faz cessar a possibilidade de anular o ato ilegal. Há uma relativização do princípio da autotutela, tudo em homenagem aos princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança.

2. O EXAME DE LEGALIDADE DE ATOS DE CONCESSÓRIOS DE APOSENTADORIAS, REFORMAS E PENSÕES NOS TRIBUNAIS DE CONTAS.

2.1 DESCRIÇÃO GERAL DA COMPETÊNCIA

O art. 71, III, da Constituição Federal estabelece uma série de competências ao Tribunal de Contas da União – TCU no tocante à fiscalização de atos de gestão de pessoal. Eis o teor desse dispositivo:

> *Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: (...)*
> *III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissã de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;*

Do exposto, vê-se que cabe ao TCU apreciar, para fins de registro: a) atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público; b) a legalidade de atos iniciais de concessão de aposentadorias, reformas e pensões; c) as revisões (melhorias posteriores) decorrentes da alteração do fundamento legal do ato concessório.

Por sua vez, não serão apreciados para fins de registro os seguintes atos de gestão de pessoal: a) as nomeações para cargo de provimento em comissão; b) as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório de aposentadorias, reformas e pensões.

De acordo com o art. 75 da Constituição Federal, esse modelo de competências constitucionais do Tribunal de Contas da União deve ser observado obrigatoriamente na organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios.

Sob o ângulo doutrinário, esse modelo de competências e de organização do TCU é um princípio constitucional extensível, eis que deve ser observado compulsoriamente pelos demais entes da federação na formatação de suas Cortes de Contas. Assim, é um poder-dever dos Tribunais de Contas dos Estados examinar a legalidade dos atos de concessão de aposentadorias, reformas e pensões referentes aos servidores públicos pertencentes aos órgãos e entidades sujeitas ao seu controle.

É importante perceber que as Cortes de Contas apenas examinarão os benefícios concedidos a servidores estatutários ocupantes de cargos efetivos e aos militares. Não lhes cabe apreciar, para fins de registro, os benefícios previdenciários dos servidores celetistas, temporários ou exclusivamente ocupantes de cargos comissionados, os quais são vinculados ao regime geral, administrado pelo INSS.

Perceba-se que, enquanto a atribuição conferida aos Tribunais de Contas para o exame de legalidade de atos de admissão foi uma inovação da Constituição Federal de 1988, a possibilida-

18 STJ, AgRg no REsp 1081139/DF, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 21/05/2009, DJe 03/08/2009.

de de as Cortes de Contas examinarem atos de aposentadoria, reforma e pensão é antiga, tendo surgido com a Constituição de 1946. Segundo art. 77, III, da quarta Constituição republicana do Brasil, competia aos tribunais de contas "julgar a legalidade de contratos e das aposentadorias, reformas e pensões".

Essa relevante competência constitucional dos Tribunais de Contas tem uma razão de ser. Historicamente, as concessões de aposentadorias, reformas e pensões têm dado margem a fraudes e ilegalidades por parte de gestores e servidores públicos. Não são raros os casos de utilização de documentos inverídicos para se fazerem indevidas averbações de tempo de serviço/contribuição; igualmente, não é incomum a concessão de vantagens sem base legal ou em desacordo com a lei ou com a Constituição. O constituinte, já em 1946, percebera essa realidade e a nova Lei Maior, seguindo essa tradição, manteve o exame de legalidade de atos de pessoal, exatamente para garantir a primazia da moralidade na gestão de pessoas na esfera pública.

2.2 NATUREZA JURÍDICA DA APRECIAÇÃO

Tema dos mais controvertidos diz respeito à natureza jurídica do ato concessório de aposentadoria, de reforma ou de pensão em face da decisão emitida pela Corte de Contas quando da apreciação da legalidade da concessão.

Com efeito, após ser concedida aposentadoria a servidor público ocupante de cargo efetivo, reforma a militar ou pensão por morte aos seus dependentes, os respectivos processos devem ser remetidos ao Tribunal de Contas para fins de exame de legalidade.

Nesse procedimento, constada a legalidade do benefício, o Tribunal declará-lo-á válido, concedendo registro ao ato concessório. Contudo, verificada a ilegalidade da concessão, o tribunal negar-lhe-á registro, fixando prazo para que a autoridade que o emitiu suste-o. Como bem ressaltou José Luiz Levy:

> *A apreciação de ato concessório de aposentadoria consiste, pois, em um julgamento administrativo, em uma verificação da sua legalidade de ato de Administração. Decidindo que o ato está conforme o Direito, o Tribunal de Contas efetuará o seu registro; caso contrário, o denegará.*[19]

Até aqui os doutrinadores não divergem entre si. O problema consiste em saber se essas manifestações dos tribunais de contas tornam a concessão da aposentadoria, reforma ou pensão um ato administrativo complexo.

Ato complexo é o que resulta da conjugação de vontade de órgãos diferentes.[20] Assim, na concessão de aposentadoria a um servidor, haveria a conjugação de vontade do órgão concessor e do órgão de controle externo, razão pela qual somente após a manifestação deste último o ato se torna perfeito e acabado. É certo que, na prática, uma vez concedida a aposentadoria, o servidor já passa para a inatividade, gozando dos proventos. Contudo, para a teoria do ato complexo, cuida-se de uma situação precária que somente se estabilizará com o registro do Tribunal de Contas.

Para a teoria do ato simples, a concessão da aposentadoria, por si só, já é um ato perfeito e acabado. Assim, o ato de registro pela Corte de Contas "é uma forma de controle de legalidade e não uma nova manifestação de vontade, necessária a formação do ato".[21]

A aplicação de uma ou outra teoria tem profundas conseqüências práticas, conforme será visto no item 3 deste estudo.

---

19 LEVY, José Luiz Levy. O tribunal de contas e as aposentadorias. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, nº 217, p. 135-150, jul./set. 1999, p. 139.

20 MELLO, Celso Antônio Bandeira de, op. cit., p. 419.

21 DEIAB, Felipe R. Algumas reflexões sobre a prescrição e a decadência no âmbito da atuação dos tribunais de contas, op. cit., p. 134.

2.3 EFEITOS

Independentemente da teoria adotada, caso um ato concessório seja considerado regular pelo Tribunal de Contas, importantes efeitos surgem no mundo jurídico. Baseando-se no magistério de Luiz Henrique Lima, podem ser citados os seguintes efeitos:

a) intangibilidade do ato concessório pelo órgão emitente. Isso significa que o órgão de origem pode até emitir um ato de anulação da concessão, porém essa desconstituição somente terá efeitos, se o Tribunal de Contas concordar. Esse entendimento tem a chancela da súmula 6 do STF: "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."
b) garantia da eficácia do ato concessório, o qual somente pode ser sustado por decisão judicial ou pela própria Corte de Contas, mediante recurso de revisão;
c) regularidade da despesa pública referente ao ato concessório.[22]

Caso o ato concessório seja reputado irregular, cabe ao órgão de controle denegar-lhe registro, ordenando que cesse o pagamento e, se for o caso, que outro ato concessório seja emitido, desta feita, sem os vícios anteriores que o acoimavam.

3. CONSEQÜÊNCIAS DO DECURSO DO PRAZO DE 05 ANOS NO CONTROLE DE LEGALIDADE DE APOSENTADORIAS, REFORMAS E PENSÕES PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS

No âmbito dos procedimentos de controle externo, é inegável a aplicabilidade de prazos decadenciais, os quais impossibilitam as Cortes de Contas de examinar, a qualquer tempo, a legalidade de atos concessórios de aposentadorias, reformas e pensões. Contudo, o momento de fluência do prazo é um tema especialmente controvertido.

Para os partidários da teoria do ato complexo, o prazo decadencial somente se inicia com o registro da concessão pela Corte de Contas; para os defensores da teoria do ato simples, é do momento da publicação do ato de concessão pelo órgão de origem que começa a fluir a contagem do prazo de decadência.

3.1 A *JURIS*PRUDÊNCIA DO STF

Em seus últimos julgados, o Plenário do Supremo Tribunal Federal tem se mostrado firme no sentido de que a concessão de aposentadoria, reforma ou pensão configura ato complexo, razão por que ela somente se aperfeiçoa com o registro das Cortes de Contas.

Assim, o princípio da segurança jurídica sofre uma mitigação, pois, por mais que demore o exame do ato no âmbito do Tribunal de Contas, não há a estabilização da aposentadoria sem a manifestação final desse órgão de controle externo. Logo, não há que se falar em decadência do poder-dever das cortes de contas em proceder ou negar registro às concessões iniciais de aposentadorias, reformas e pensões. Nesse sentido, vejam-se os seguintes julgados do STF:

> *O Supremo Tribunal Federal pacificou entendimento de que, sendo a aposentadoria ato complexo, que só se aperfeiçoa com o registro no Tribunal de Contas da União, o prazo decadencial da Lei n. 9.784/99 tem início a partir de sua publicação. Aposentadoria do Impetrante não registrada: inocorrência da decadência administrativa. 4. A redução de proventos de aposentadoria, quando concedida em desacordo com a lei, não ofende o princípio*

22 LIMA, Luiz Henrique. Controle Externo. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 311.

da irredutibilidade de vencimentos. Precedentes. 5. Segurança denegada.[23]
O ato de aposentadoria consubstancia ato administrativo complexo, aperfeiçoando-se somente com o registro perante o Tribunal de Contas. Submetido a condição resolutiva, não se operam os efeitos da decadência antes da vontade final da Administração.[24]
CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PENSÃO. T.C.U.: JULGAMENTO DA LEGALIDADE: CONTRADITÓRIO. PENSÃO: DEPENDÊNCIA ECONÔMICA.
I. - O Tribunal de Contas, no julgamento da legalidade de concessão de aposentadoria ou pensão, exercita o controle externo que lhe atribui a Constituição Federal, art. 71, III, no qual não está jungindo a um processo contraditório ou contestatório. Precedentes do STF.
II. - Inaplicabilidade, no caso, da decadência do art. 54 da Lei 9.784/99.
III. - Concessão da pensão julgada ilegal pelo TCU, por isso que, à data do óbito do instituidor, a impetrante não era sua dependente econômica.
IV. - M.S. indeferido.[25]

Na realidade, para a Suprema Corte, o decurso do prazo de 05 anos, na seara do controle externo de aposentadorias e pensões, traz outro efeito. Evidentemente, não se materializa convalidação do ato irregular, mas apenas a obrigatoriedade de convocação do interessado para apresentar defesa no âmbito do Tribunal de Contas. Nesse caso, deve ser lembrado que, nos termos da súmula vinculante nº 3, *in fine*, o exame das concessões iniciais de aposentadoria, reforma ou pensão não enseja a observância do contraditório e da ampla defesa por parte do interessado; porém, o decurso do prazo qüinqüenal faz surgir esse direito. Trata-se de uma mitigação ao conteúdo da referida súmula vinculante. Nesse sentido, o seguinte julgado:

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 qüinqüenal, 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.[26]

Uma vez considerado regular o ato de aposentadoria, reforma ou pensão, o Tribunal de Contas, de ofício ou mediante recurso de revisão, poderá revê-lo no prazo de 05 anos contado do registro. Contudo, após esse prazo, não se pode anular o ato, sob pretexto algum:

SERVIDOR PÚBLICO. Funcionário. Aposentadoria. Cumulação de gratificações. Anulação pelo Tribunal de Contas da União - TCU. Inadmissibilidade. Ato julgado legal pelo TCU há mais de cinco (5) anos. Anulação do julgamento. Inadmissibilidade. Decadência administrativa. Consumação reconhecida. Ofensa a direito líquido e certo. Respeito ao princípio da confiança e segurança jurídica. Cassação do acórdão. Segurança concedida para esse fim. Aplicação do art. 5º, inc. LV, da CF, e art. 54 da Lei federal

23 STF, MS 25552 / DF, Relatora: Min. Cármen Lúcia, Julgamento: 07/04/2008, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Publicação: DJe-097 DIVULG 29-05-2008.

24 STF, MS 25072, Relator p/ Acórdão: Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 07/02/2007, PUBLIC 27-04-2007 DJ 27-04-2007, p. 62.

25 STF, MS 24859, Relator: Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgado em 04/08/2004, DJ 27-08-2004, p. 52.

26 STF, MS 24448, Relator: Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, julgado em 27/09/2007, DJ 14-11-2007, p. 42

nº 9.784/99. Não pode o Tribunal de Contas da União, sob fundamento ou pretexto algum, anular aposentadoria que julgou legal há mais de 5 (cinco) anos.[27]

Após essa exposição da jurisprudência da Suprema Corte, cabe aqui uma ressalva em relação aos atos de admissão de pessoal, os quais não podem ser confundidos com os de concessão de aposentadorias, reformas e pensões.

Em relação aos atos de admissão, o STF entende que o prazo decadencial para a Administração anulá-los é de 05 anos e se inicia com a publicação do ato, independentemente do registro pelo Tribunal de Contas. Nesse sentido, podem ser verificados inúmeros acórdãos do STF que reconheceram a legalidade, por força do decurso do prazo de ascensões funcionais de empregados públicos dos Correios:

> *SERVIDOR PÚBLICO. Funcionário (s) da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT. Cargo. Ascensão funcional sem concurso público. Anulação pelo Tribunal de Contas da União - TCU. Inadmissibilidade. Ato aprovado pelo TCU há mais de cinco (5) anos. Inobservância do contraditório e da ampla defesa. Consumação, ademais, da decadência administrativa após o qüinqüênio legal. Ofensa a direito líquido e certo. Cassação dos acórdãos. Segurança concedida para esse fim. Aplicação do art. 5º, inc. LV, da CF, e art. 54 da Lei federal nº 9.784/99. Não pode o Tribunal de Contas da União, sob fundamento ou pretexto algum, anular ascensão funcional de servidor operada e aprovada há mais de 5 (cinco) anos, sobretudo em procedimento que lhe não assegura o contraditório e a ampla defesa.*[28]

O entendimento contido nesses acórdãos, referentes aos casos de ascensão funcional indevida de empregados dos Correios, é, de certa forma, contraditório. Com efeito, a atribuição constitucional para examinar os atos de admissão de pessoal brota do art. 71, III, da CF, que é a mesma fonte da qual emana a atribuição para o exame de atos de concessão de aposentadoria, reforma e pensão. Contudo, no caso dos atos de admissão, o STF adota a teoria do ato simples e para o exame de aposentadorias, reformas e pensões, a teoria do ato complexo.

3.2 A *JURIS*PRUDÊNCIA DE OUTROS TRIBUNAIS

Para outra corrente, a solução que vem sendo adotada pelo STF, no tocante aos efeitos da demora no exame de aposentadorias pelo TCU, não traduz o moderno Direito Administrativo, baseado nos princípios constitucionais da segurança jurídica e da proteção à confiança. Assim, precedentes recentes da Quinta Turma do STJ são no sentido de que o prazo decadencial de 5 anos inicia-se com a concessão da aposentadoria, independentemente do registro pelo Tribunal de Contas:

> *ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. APOSENTADORIA. CONTAGEM DE TEMPO. IRREGULARIDADE APURADA PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. REVISÃO DO ATO. PRAZO DECADENCIAL. ART. 54 DA LEI N. 9.784/99. TERMO INICIAL.*
>
> *1. A aposentadoria de servidor público não é ato complexo, pois não se conjugam as vontades da Administração e do Tribunal de Contas para concede-la. São atos distintos e praticados no manejo de competências igualmente diversas, na medida em que a primeira concede e o segundo controla sua legalidade.*
>
> *2. O art. 54 da Lei n. 9.784/99 vem a consolidar o princípio da segurança jurídica dentro do processo administrativo, tendo por precípua finalidade a obtenção de um estado de coisas que enseje estabilidade e previsibilidade dos atos.*

---

27 STF, MS 25963, Relator: Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 23/10/2008, DJe-222.

28 STF, MS 26628, Relator: Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2007, DJe-031.

3. Não é viável a afirmativa de que o termo inicial para a incidência do art. 54 da Lei n. 9.784/99 é a conclusão do ato de aposentadoria, após a manifestação do Tribunal de Contas, pois o período que permeia a primeira concessão pela Administração e a conclusão do controle de legalidade deve observar os princípios constitucionais da Eficiência e da Proteção da Confiança Legítima, bem como a garantia de duração razoável do processo.

4. Recurso especial improvido.[29]

Outras Cortes do Poder Judiciário também já seguem esse entendimento, a exemplo do Tribunal Regional Federal da 5ª Região:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. DECADÊNCIA CONTRA A ADMINISTRAÇÃO. OPÇÃO DE FUNÇÃO DE DAS-2. ATO DE APOSENTADORIA. PRAZO DECADENCIAL. INÍCIO A PARTIR DOS SEUS EFEITOS.

- "O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé". (Art. 54, caput, da Lei nº 9.784/99).

- A aposentadoria tem eficácia plena e imediata e independe de condição ou ato futuro para ter repercussão no mundo jurídico. O registro do ato no TCU tem natureza meramente homologatória ou suspensiva; o caráter concessivo do ato está reservado ao órgão a que pertence o servidor.

- O prazo decadencial para a Administração rever a aposentadoria do servidor tem início a partir do respectivo ato, quando operam os efeitos concretos e específicos, e não da data do respectivo registro no TCU.

- Se a prescrição para o servidor rever o ato de aposentadoria contasse da data em que o respectivo ato produziu seus efeitos concretos, não há razão para considerar o início do prazo decadencial contra a Administração a data do registro do ato pelo TCU, sob pena de ofensa ao princípio da igualdade.

- Servidor aposentado em 06.02.1997, com a vantagem da opção DAS-2. Revisão do ato pela Administração em fevereiro de 2004. Decadência consumada. Apelação e remessa improvidas.[30]

Finalmente, no STF, já podem ser encontradas decisões monocráticas em que relatores de certos processos têm concedido liminares para suspender acórdãos do TCU, com base no entendimento de que o prazo de 05 anos para o exame de legalidade de aposentadorias, reformas e pensões começa com a própria publicação do ato concessório respectivo. Nesse sentido, pode ser citada a recente decisão liminar do Ministro Cezar Peluzo:

O caso é de deferimento do pedido liminar. A aposentadoria do impetrante foi concedida em 09.12.1997 (DOU de 15.12.1997), 10 (dez) anos antes da apreciação da legalidade do ato, em 17.07.2009, pelo Tribunal de Contas da União, sem audiência prévia do interessado. Daí se tiram, logo, neste juízo prévio e sumário, ao menos duas coisas que vêm sendo reiteradas pela Corte. A primeira – e esta só razão bastaria para o deferimento da liminar -, que ao impetrante se negou, como colho dos autos, observância do devido processo legal, na medida em que lhe não foi assegurado o contraditório e a ampla defesa, como cumpre também no processo administrativo (cf. RE nº 158.543, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJ de 06/10/95; MS nº 24.268, Pleno, Rel. Min. ELLEN GRACIE, Rel. p/ ac. Min.

29 STJ, REsp 1047524/SC, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Tuma, julgado em 16/06/2009, DJe 03/08/2009

30 TRF 5ª Região, Apelação em Mandado de Segurança nº 95.199-CE, Relator: Desembargador Federal Ridalvo Costa, julgado em 26 de outubro de 2006, por unanimidade.

GILMAR MENDES, DJ de17/09/2004; e MS nº 20.999, Pleno, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ de 21/03/90). A segunda é que, a par da impossibilidade de aplicação retroativa do art. 54 da Lei nº 9784/99, quanto à decadência dos atos da Administração, no prazo de 5 (cinco) anos, dado que a aposentadoria do impetrante foi concedida em 1997, data anterior ao início de vigência desse diploma legal, merece, no mínimo, especial atenção o fato de já terem decorrido, entre tal ato e a Decisão nº 3.880/2009 do TCU que mandou cessar o pagamento do benefício, ***quase de 11 anos***.[31]

Decisões monocráticas como essa, porém, não podem ser consideradas a jurisprudência da Suprema Corte sobre o tema, eis que necessitam da confirmação do colegiado respectivo. Cuida-se, na realidade, de provimentos feitos com base em exame superficial do processo (cognição sumária). Se elas representam a semente de uma futura mudança de entendimento, isso só o tempo dirá.

Assim, é correto afirma, na trilha dos precedentes do Plenário do Supremo Tribunal Federal, que os atos concessórios de aposentadorias, reformas e pensões qualificam-se como complexos, razão pela qual só se aperfeiçoam com o registro no Tribunal de Contas.

4. CONCLUSÕES

Em desfecho, é lícito enumerar, a título de síntese, as principais considerações teóricas desenvolvidas e as conclusões a que se chegou ao longo deste estudo.

1. Derivados do Estado de Direito, os princípios da segurança jurídica, da proteção à confiança e da boa-fé visam assegurar às pessoas físicas e jurídicas a necessária tranqüilidade para conduzir e planificar a vida sem surpresas. Tais princípios possuem conteúdos jurídicos inconfundíveis.

2. O princípio da boa-fé impõe ao Estado a obrigação de agir com certa previsibilidade e de respeitar às situações constituídas pelas normas por ele editadas e reconhecidas, de modo a trazer estabilidade e coerência em seu comportamento. Veda-se, assim, o comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*).

3. O princípio da segurança jurídica relaciona-se com aspectos objetivos da ordem jurídica, tais como estabilidade das relações jurídicas, por meio da intangibilidade do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada.

4. O princípio da proteção à confiança prende-se ao plano subjetivo, valorizando a boa-fé do cidadão, o qual ordinariamente acredita que os atos administrativos que o beneficiam são lícitos. Na prática, assegura-se aos administrados o direito de usufruir benefícios patrimoniais, mesmo quando derivado de atos ilegais ou leis inconstitucionais, exatamente em virtude da consolidação de expectativas derivadas do decurso do tempo.

5. No Direito positivo pátrio, a Lei nº 9.784/99, que trata do processo administrativo no âmbito federal, confere importância ímpar à segurança jurídica e à proteção à confiança. Ao vedar as interpretações retroativas (art. 2º, parágrafo único, II) e ao fixar prazo qüinqüenal para o exercício do direito à desconstituição de atos nulos (art. 54), a referida lei busca dar estabilidade às situações jurídicas, valor essencial de um Estado de Direito.

6. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispõem de competência legislativa para fixar prazo limitando o exercício do poder de desconstituir atos nulos. Contudo, caso seus respectivos ordenamentos sejam omissos, deve ser observado o prazo decadencial qüinqüenal previsto no art. 54 da Lei nº 9.784/99.

7. Na concessão de aposentadoria a servidor público ocupante de cargo efetivo, de reforma a um militar ou de pensão a algum dependente, há a conjugação de duas vontades: a do órgão concessor e a do Tribunal de Contas respectivo. Assim, o ato concessório tem natureza complexa,

31 STF, MS 28415/DF- Liminar, Relator: Ministro Cezar Peluzo, Data: 13/11/2009.

razão pela qual somente após a manifestação da Corte de Contas torna-se perfeito e acabado.

8. Por mais que demore o exame de um ato de aposentadoria, reforma ou pensão no âmbito do Tribunal de Contas, não há a estabilização da concessão sem a manifestação final desse órgão de controle externo. Assim, o decurso do prazo qüinqüenal previsto no art. 54 da Lei nº 9.784/99 inicia-se não com a publicação do ato pelo órgão de origem, mas com o seu registro no Tribunal de Contas.

9. Para o Supremo Tribunal Federal, o decurso do prazo de cinco anos, na seara do controle externo de aposentadorias, reformas e pensões, não materializa a convalidação do ato, mas apenas a obrigatoriedade de convocação de seu beneficiário para apresentar defesa no âmbito da Corte de Contas.

10. O Superior Tribunal de Justiça, em julgados de sua Quinta Turma, entendeu que a jurisprudência do STF, no tocante a incidência da decadência no exame de benefícios sujeitos a registro nos Tribunais de Contas, não traduz o moderno Direito Administrativo, baseado nos princípios constitucionais da segurança jurídica e da proteção à confiança. Assim, os precedentes desse órgão jurisdicional são no sentido de que o prazo decadencial de cinco anos do art. 54 da Lei nº 9.784/99 tem início com a publicação do ato de concessão da aposentadoria, reforma ou pensão.

REFERÊNCIAS

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.

DEIAB, Felipe R. *Algumas reflexões sobre a prescrição e a decadência no âmbito da atuação dos tribunais de contas. Revista Brasileira de Direito Público* – RBDP. Belo Horizonte, ano 2, n. 4, p. 121-148, jan./mar.. 2004.

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

LEVY, José Luiz Levy. *O tribunal de contas e as aposentadorias.* Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, nº 217, p. 135-150, jul./set. 1999

LIMA, Luiz Henrique. *Controle Externo.* 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional.* 4ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2010

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo.* 25. ed. Malheiros: São Paulo, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional.* 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SILVA, Almiro do Couto e. *O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99). Revista Brasileira de Direito Público* – RBDP, Belo Horizonte, ano 2, n. 6, p. 7-59, jul./set.. 2004.

O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE JUDICIAL DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA*

Karoline da Silva Costa
Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Paraíba.

RESUMO: *Cuida-se de um estudo acerca do controle judicial da atividade discricionária, através do princípio constitucional implícito da proporcionalidade, como mais um dos elementos balizadores da discricionariedade administrativa. A concepção pós-positivista do Direito, como marco filosófico do neoconstitucionalismo, associada à constitucionalização da Administração Pública provoca alterações na conduta do administrador, que passa a dever estar em consonância não apenas com a lei, mas também, e principalmente, com a Constituição e com os princípios implícitos e explícitos que a inspiram. A todo esse arcabouço de elementos que respaldam a confecção de uma conduta administrativa legítima deu-se o nome de princípio da juridicidade ou princípio da legalidade em sentido amplo. Como decorrência desse amplo tratamento dispensado à legalidade, que traça os contornos não só do atuar da Administração Pública, mas do ordenamento jurídico como um todo, urge destacar o Princípio da Proporcionalidade como elemento limitador da conduta dos agentes públicos, sobretudo na aferição da compatibilidade dessa atividade com os ditames normativos e principiológicos que a autorizaram. De envergadura constitucional, embora de previsão implícita, o princípio da proporcionalidade não é senão uma faceta do princípio da razoabilidade, surgindo como instrumento promovedor da contenção da arbitrariedade no exercício dos poderes-deveres administrativos. Diante de tal panorama, referido princípio ganha relevância na efetivação e concretização do Estado Democrático de Direito, quando dita que a atividade administrativa deve atuar o direito no caso concreto, de modo a custear às partes os menores sacrifícios possíveis. Assim, as competências administrativas só serão válidas se realizadas na extensão e intensidade proporcionais ao que seja realmente demandado para o cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas. Nesse diapasão, é no âmbito do exercício da atividade administrativa discricionária que esse importante princípio tem sua maior participação, servindo tanto como elemento inspirador na confecção do ato administrativo, ou seja, no auxílio da fixação da sua exata medida, quanto para o Judiciário, e para própria Administração, na aferição da legitimidade e compatibilidade do ato administrativo discricionário com todo o ordenamento jurídico.*

PALAVRAS-CHAVE: *Estado Democrático de Direito. Controle Judicial da Administração Pública. Princípio da Juridicidade. Princípio da Proporcionalidade. Discricionariedade Administrativa.*

SUMÁRIO: *Introdução; 1. O Papel do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito; 1.1 A Consagração do Estado Democrático de Direito; 1.1.1 A Construção*

** O presente texto obteve o 1º lugar na edição 2010 do Prêmio Tarcísio de Miranda Burity para artigos relacionados à Administração Pública e ao controle externo dos atos do Poder Público, organizado pelo Tribunal de Contas da Paraíba.*

do Estado de Direito; 1.1.1.1 Estado de Direito Liberal; 1.1.1.2 Estado Social de Direito; 1.1.1.3 Estado Democrático de Direito e sua Consagração Na CF de 1988; 1.2 O Papel do Judiciário na Atual Quadra Histórica; 1.2.1 A Função Jurisdicional ante o Princípio da Separação dos Poderes; 1.2.2 O Controle Judicial como Fator Legitimador das Condutas Públicas; 1.2.2.2 Objeções à Ampliação do Papel do Judiciário; 2. Discricionariedade Administrativa; 2.1 A Nova Atuação da Administração Pública: Uma Mudança de Paradigma; 2.2 O Dever-Poder Discricionário no Regime Jurídico-Administrativo; 2.3 Vinculação e Discricionariedade; 2.4 Conceito de Discricionariedade; 2.5 O Mérito Administrativo; 2.6 Relativização da Discricionariedade; 2.7 Discricionariedade no Comando da Norma: Dever de Adotar a Melhor Solução; 3. O Princípio da Proporcionalidade como Mecanismo para o Controle Jurisdicional da Discricionariedade Administrativa; 3.1 O Controle Jurisdicional da Administração Pública; 3.2 O Controle Jurisdicional da Discricionariedade Administrativa; 3.3 O Princípio da Proporcionalidade; 3.3.1 Linhas Evolutivas; 3.3.2 Os Sub-Princípios Estruturantes do Princípio da Proporcionalidade; 3.4 O Princípio da Proporcionalidade no Controle Judicial da Discricionariedade Administrativa; 3.4.1 Operatividade do Princípio da Proporcionalidade no Controle Judicial da Discricionariedade Administrativa; 4. Conclusões; Referências.

INTRODUÇÃO

O atual momento histórico, do neoconstitucionalismo pós-positivista, suscita uma série de discussões e debates acerca das transformações ocorridas nos fenômenos jurídico e político do Estado contemporâneo. Dentre estas, destaca-se a controvérsia acerca da dimensão contemporânea da tripartição das funções típicas do Estado, na qual, discute-se a ampliação do papel atribuído ao Poder Judiciário na concretização das finalidades constitucionais.

A partir de então, a legitimidade dos juízes passa a ser questionada, pelo fato de não serem eleitos pelo voto popular, e ainda assim, procederem ao controle e invalidação dos atos do Poder Legislativo e do Poder Executivo, com fulcro na efetivação dos comandos constitucionais. Dessa forma, propõe-se uma releitura da separação dos poderes para que sua utilização sirva de instrumento para a garantia dos direitos fundamentais contra o despotismo daqueles que detêm e exercem suas competências em detrimento da maioria popular, verdadeira detentora da titularidade desse poder.

Com a superioridade, a imperatividade e a centralidade da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico, apregoada por ditames, não apenas formais, mas também substanciais, percebe-se uma mudança do eixo de submissão à lei para uma visão mais alargada de observância aos princípios, sobretudo aos princípios constitucionais, albergadores de valores supremos, plasmados no Texto Maior, que exigem a sua plena realização.

Dessa forma, dentre os fatores responsáveis pelo crescimento do papel desempenhado pelo Poder Judiciário, destaca-se, em especial, a formulação de um extenso catálogo de direitos fundamentais, que constituem o elemento central ou a alma das Constituições dos Estados Democráticos. E é para efetivação desses direitos que se confiou à justiça constitucional a sua proteção, resultando no desenvolvimento de um efetivo e decisivo papel no controle dos abusos – por atos comissivos ou omissivos – dos outros Poderes, exercendo, com isso, criativa atividade de interpretação e realização dos direitos fundamentais.

Nesse contexto, sobretudo diante da constitucionalização do Direito Administrativo, constata-se que a conduta do administrador público deve estar em consonância, não apenas com a lei, mas também, e principalmente, com a Constituição e com os princípios implícitos e explícitos que a inspiram, possibilitando dessa forma uma postura mais profunda por parte do Poder Judiciário na controlabilidade dos atos estatais.

É nesse trilhar que ganha relevante importância o controle judicial efetuado sobre a discricionariedade administrativa, sobretudo diante do aumento da sua margem de vinculação

não somente à lei, mas à juridicidade. Dessa forma, como decorrência desse amplo tratamento dispensado à legalidade, que traça os contornos não só do atuar da Administração Pública, mas do ordenamento jurídico como um todo, urge destacar o Princípio da Proporcionalidade como elemento limitador da conduta dos agentes públicos, sobretudo daquela exercida com competência discricionária.

Nesse contexto, exsurgem as seguintes indagações: será possível ao Judiciário utilizar-se do princípio da proporcionalidade como mecanismo jurídico para o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa? Se positiva a resposta, em que aspectos e em que medidas deve recair tal atuação?

Dessa forma, este trabalho monográfico tem por objetivo traçar um estudo acerca da questão do papel desempenhado pelo Poder Judiciário no controle da discricionariedade administrativa, por intermédio do princípio da proporcionalidade – sobretudo diante da dimensão contemporânea da tripartição das funções típicas do Estado e do neoconstitucionalismo vigente –, na medida em que, hodiernamente, a conduta administrativa discricionária tem sua sindicabilidade ampliada por parte desse órgão judicante, mormente diante da incidência direta dos princípios e normas constitucionais sobre as condutas administrativas.

1. O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

1.1 A CONSAGRAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

1.1.1 A CONSTRUÇÃO DO ESTADO DE DIREITO

1.1.1.1 ESTADO DE DIREITO LIBERAL

O Estado de Direito surge como uma reação ao regime absolutista, regime no qual todo o poder se concentrava nas mãos de uma única pessoa: o soberano. Com efeito, a monarquia absoluta, concebida inicialmente como única solução para conduzir à unidade do Estado[1], perdida no período feudal, constituiu a primeira fase do Estado moderno. Fundado e estruturado no direito divino e em princípios como "the king can do no wrong" (o rei não pode errar), os monarcas exerciam o poder de forma incondicionada. Dessa forma, inexistia a noção de legalidade, já que o Direito não emanava da lei, mas da vontade do rei – *regis voluntas suprema lex* (a vontade do rei é a lei suprema), não havendo, por esta razão, qualquer norma que limitasse sua atividade (DI PIETRO, 1991).

Diante desse Império do arbítrio, surgiram diversas manifestações contrárias aos paradigmas que imperavam nesse período, destacando-se o movimento iluminista (BARROSO, 2001). Associados aos ideais jusnaturalistas, os defensores do iluminismo pregavam que a razão do poder não está em Deus, mas sim no homem. De fato, o direito natural moderno ou jusnaturalismo começa a formar-se a partir do século XVI, procurando superar o dogmatismo medieval e escapar do ambiente teológico do período anterior.

Dessa forma, a ênfase na natureza e na razão humanas, como núcleo teórico do jusnaturalismo, passa a formar, na Idade Moderna, uma cultura laica, vindo a ser consolidada a partir do século XVII. É através dessa reorganização da sociedade, centrada no antropocentrismo e no individualismo renascentista, que a filosofia iluminista defendeu a limitação do poder estatal, a fim de atender aos interesses burgueses, que já não guardavam consonância com a ingerência estatal do absolutismo monárquico (BARROSO, 2001).

As revoluções burguesas, portanto, ocorridas na Inglaterra (1688), nos Estados Unidos (1776) e na França (1789) constituíram marcos importantes na luta contra os governos despóticos. A Revolução

1 Em face do enfraquecimento rural e do desenvolvimento do comércio, o regime feudal, baseado no domínio da terra, entra em crise, abrindo as portas para que a burguesia em ascensão, na busca de apoio político para expandir seu comércio, apoiasse a centralização do poder na figura do monarca.

Francesa, por exemplo, com os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, preconizados por seus revolucionários, objetivou traçar a limitação do poder monárquico, garantindo, assim, o desenvolvimento da burguesia, maior interessada na contenção do poder absoluto do Estado.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, igualmente traduz a preocupação com a presença da legalidade no controle da atividade estatal. Dessa forma, o governante deveria ser submetido ao império da lei, uma vez que, somente esta última refletiria a legítima vontade do povo. O Estado, agora, estaria completamente submetido aos ditames legais, consubstanciando o chamado Estado de Direito.

Com efeito, o Estado de Direito repousa na consagração, em um modelo jurídico, de duas ordens de pensamento político: a de igualdade perante a lei, de Rousseau, e a de controle do exercício do poder, de Montesquieu. O pensamento de Jean Jacques Rousseau se apóia na idéia de igualdade, sustentada na soberania popular. Sendo todos os homens iguais, todo o poder a eles pertenceria. O Estado receberia parcelas de poder deferidas pelos vários indivíduos, consubstanciando a idéia da soberania popular.

Por sua vez, Montesquieu pregava a separação das funções estatais, apoiado na idéia de que todo aquele que detém poder, tende a dele abusar. Para evitar que os governos se transformem em tiranias, cumpre que o poder detenha o poder, tendo em vista que este só vai até onde encontra limites. Daí, propor um sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), no sentido de que aquele que faz as leis nem julgue nem execute, aquele que executa nem julgue e nem faça as leis, e aquele que julga nem faça as leis nem as execute (MELLO, 2006).

Assim, a lei, como expressão da vontade geral, passou a ser a estrutura basilar dos Estados Modernos pós-renascentistas, refletindo as lutas contra o arbítrio e os desmandos que imperavam no Estado Absolutista. A partir disso, cresceram as exigências em torno da necessidade de se garantir maior liberdade e tratamento igualitário aos cidadãos. Para isto, o Estado deveria abster-se de intervir o máximo possível na esfera privada. Ou seja, sua atuação, nesse período, era fundamentalmente negativa, resumia-se à garantia da segurança jurídica, de não ofensa aos direitos e liberdades individuais e de não intervenção na ordem social ou econômica (DI PIETRO, 1991). Colocam-se em primeiro plano os valores da vida, da liberdade e da propriedade, com a crença de que a igualdade formal e a liberdade levariam à igualdade material (BARROSO, 2007).

O intervencionismo estatal monárquico já não mais interessava ao mercantilismo crescente, constituindo um verdadeiro anacronismo, posto que a economia capitalista, com a burguesia em ascensão, demandava liberdade para alcançar o máximo de expansão. Para isso, os idealizadores do liberalismo econômico pregavam um ordenamento político impessoal, limitado em seu poder e garantidor da livre iniciativa econômica, que não mais precisava da ingerência estatal, posto que depositária da crença na auto-regulação dos mercados (BONAVIDES, 2002).

Assim, todos esses fatores sociais, políticos e econômicos levaram à consolidação do assim chamado Estado de Direito Liberal, no qual todas as funções do Estado, todo o comportamento estatal só se realizaria de acordo com o Direito, de acordo com a lei, que garantiria ao cidadão a segurança jurídica e a estabilidade do sistema jurídico.

Analisando sob o prisma da filosofia do Direito, a época em comento apresenta, já no final do século XIX, o jusnaturalismo moderno – sustentáculo das revoluções burguesas – que aproximou a lei da razão, vindo a ser substituído pela ascensão do positivismo jurídico. De fato, não obstante tenha participado do movimento de codificação do Direito, no século XVIII, destacando-se aqui o Código de Napoleão de 1804, o direito natural moderno cavou sua própria sepultura, na medida em que contribuiu para que a técnica da codificação promovesse a identificação entre o direito e a lei, afastando-o da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça, valores tão apregoados pelos jusnaturalistas (BARROSO, 2001).

A Escola da Exegese, um dos expoentes dessa nova corrente, prega o apego ao texto e à interpretação gramatical e histórica, obstando qualquer atuação criativa do juiz em nome de uma interpretação pretensamente objetiva e neutra. Destaque-se, como um de seus expoentes marcantes, o normativismo jurídico de Hans Kelsen, através de sua obra Teoria Pura do Direito (BARROSO, 2001).

Nesse diapasão, o período pós-Revolução Francesa marca o nascimento do constitucionalismo, no qual, há a consolidação dos ideais constitucionais em textos escritos, com o êxito do movimento de codificação (positivismo jurídico). Destacam-se aqui as Constituições escritas dos Estados Unidos (1787) e da França (1791), revestindo-se ambas de duas características marcantes: organização do Estado e limitação do poder estatal, por meio de uma declaração de direitos e garantias fundamentais.

A clássica divisão das funções que se opera, nessa fase, entre os órgãos estatais, consiste em atribuir a um órgão o poder de fazer as leis, ao outro o de cumpri-la no caso concreto, e a um terceiro o de lhe assegurar o cumprimento, funções estas a serem exercidas, respectivamente, pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Importante destacar, contudo, que, inobstante tenha se consagrado, nesse período, o princípio da separação das funções do Estado, havia a crença na infalibilidade da lei. Ou seja, acreditava-se que, se o Legislativo constituía o único detentor do poder legítimo do povo, a vontade daquele refletiria a vontade deste, razão pela qual, não se admitia que algo oriundo da vontade popular estivesse eivado de máculas ou equívocos, fazendo com que o ponto de tensão da relação Estado-sociedade se concentrasse nesse Poder (STRECK, 2004).

Como característica marcante do período, pode-se também indicar a neutralização política do Poder Judiciário, como consectário lógico da rígida divisão das funções típicas de Estado. A sua função se resumiria a decidir o direito no caso concreto, tendo em vista a satisfação de finalidades distantes, expressadas na realização da justiça, na paz social e na efetivação dos direitos individuais, como sínteses do valor supremo da segurança jurídica, cuja consolidação partiria das normas estabelecidas abstratamente na lei.

Assim, a lei é quem garantiria a realização dessas finalidades, cabendo ao Judiciário, tão-somente, a garantia da manutenção da segurança jurídica e da estabilidade do sistema (JORGE NETO, 2009). De fato, a própria concepção do Estado Liberal corrobora para tal papel, na qual a liberdade era entendida como fundamento primordial dos direitos dos cidadãos, tornando-se imperioso o mero absenteísmo estatal, daí não se cogitar de qualquer ativismo judicial.

Conforme aponta Cunha Júnior (2008), imperava, nessa época, um forte formalismo jurídico, no qual a atividade do juiz cingia-se, tão-somente, a declarar mecanicamente o direito, valendo-se apenas dos instrumentos da lógica dedutiva, sem envolver, nessa declaração, sua impressão ou valoração pessoal. Destaque-se que, o positivismo jurídico também é decisivo para tal postura.

Com efeito, o resultado da decisiva influência do positivismo jurídico na conformação do Judiciário no Estado Liberal pode ser ilustrado nas palavras de Barroso (2001, p. 9), para quem "o juiz – *la bouche que prononce que les paroles de la loi*[2] – é um revelador de verdades abrigadas no comando geral e abstrato da lei. Refém da separação de Poderes, não lhe cabe qualquer papel criativo".

1.1.1.2 - ESTADO SOCIAL DE DIREITO

A adoção irrestrita dos postulados do Estado Liberal provocou inúmeras conseqüências, tais como, a extrema pobreza atrelada a desigualdades sociais, bem como à política do absenteísmo estatal e da auto-regulação dos mercados. Como resposta a tal realidade, buscou-se a idealização de um Estado capaz de corrigir os desequilíbrios econômicos e sociais, provocados pelo modelo não-intervencionista.

De fato, desde a segunda metade do século XVIII, manifestações esparsas já confirmavam o malogro deste modelo.[3] As Constituições Mexicana de 1917 e de Weimar (1919) consagram as bases para a construção de um novo modelo, posto que anteciparam determinados direitos sociais, através da introdução, em seus textos, de direitos relativos à educação, trabalho, previdência social, etc, contri-

2 Essa expressão foi utilizada, pela primeira vez, por Montesquieu em sua obra "O Espírito das Leis", na qual asseverava que "os Juízes da Nação são apenas a boca que pronuncia as palavras da lei".

3 Pode ser citado, a título de exemplo, a impotência do Estado frente às crescentes demandas da sociedade, gerando graves desigualdades sociais e econômicas, servindo os valores apregoados da liberdade como verdadeiro instrumento de dominação dos mais fortes sobre os desfavorecidos. Cresce, então, o sentimento de injustiça social, mola propulsora para o avanço dos movimentos sociais.

buindo, desta feita, para a consagração de um novo parâmetro estatal, marcado pelo espírito social (SILVA, E., 2005). A ênfase científica do modelo de Estado Social repousa, portanto, nesses dois textos constitucionais, principalmente na de Weimar, em que ocorre a sistematização constitucional dos parâmetros teóricos da Constituição Social.

Com o intento de superar o individualismo, com destaque preferencial aos chamados direitos sociais, o Estado social de Direito pretende instaurar uma sociedade ou Estado de bem-estar. A expressão social tem o propósito de corrigir/superar o individualismo clássico de caráter liberal pela afirmação dos direitos sociais, procurando compatibilizar progresso com distribuição de renda e justiça social (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009). Assim, nesse novo Estado o exercício de direitos individuais é limitado em benefício do bem-estar coletivo (DI PIETRO, 1991), na medida em que, além de assegurar a igualdade, o Estado passa a promover o ideal de justiça distributiva (JORGE NETO, 2009).

Com efeito, ao Poder Executivo são atribuídos novos mecanismos jurídicos e legislativos "de intervenção direta e imediata na economia e na sociedade civil, em nome do interesse coletivo, público, social ou nacional" (CANTTONI, 2002, p. 60). Nesse sentido, tendo como finalidade promover a igualdade substancial através de prestações públicas, há nesse período um significativo aumento de suas funções (DI PIETRO, 1991).

Por sua vez, atrelada a esta gama de funções, ao Executivo é ainda atribuído poder normativo, em razão da necessidade de estabelecer políticas públicas corretivas objetivadas pelo Welfare State. Constata-se, pois, nessa fase, que o pólo de tensão da sociedade é dividido entre o Executivo e o Legislativo (a crença na infalibilidade da lei ainda é uma constante), tendo em vista que, para realizar políticas públicas, o Executivo precisa se fortalecer, e para isso, necessita de um Direito apto a albergar os atos promovedores de tais políticas (STRECK, 2004).

Paralelamente a esse cenário, a vinculação à lei passa a abranger toda a atividade administrativa. O princípio da legalidade ganha um novo viés, significando agora que a Administração Pública somente pode fazer o que a lei permite, até mesmo no exercício da discricionariedade. Fala-se agora em uma doutrina da vinculação positiva da Administração à lei (DI PIETRO, 1991).

Destarte, o novo Estado – Welfare State – assume importante papel no contexto da sociedade moderna, de natureza essencialmente promocional, assumindo relevantes responsabilidades na órbita da realização dos direitos sociais, por imperativo da justiça social, que é a base de legitimação desse novo Estado (CUNHA JÚNIOR, 2008).

O Judiciário, nesse período, continua a realizar o controle das leis e dos atos do poder público apenas sob o prisma formal, sem qualquer preocupação com seu conteúdo, tendo em vista sua desvinculação com os princípios de direito natural, originários do Estado de Direito (DI PIETRO, 1991).

No entanto, a implantação deste modelo de Estado Social foi insuficiente para garantir a justiça material. Ao invés disso, a distorção de seus sustentáculos, como a crença na infalibilidade da lei, fez com que movimentos políticos e militares, como o fascismo, na Itália e o nazismo, na Alemanha, ascendessem ao poder e, amparados plenamente por uma ordem jurídica formal, promovessem uma verdadeira barbárie em nome da lei, através da opressão política e da violação reiterada aos direitos fundamentais.

À época da Segunda Guerra Mundial, a idéia de ordenamento jurídico era indiferente a valores éticos, sendo a lei considerada uma estrutura meramente formal. A partir de então, há a ascensão dos valores ao plano normativo, com o reconhecimento da normatividade dos princípios e a essencialidade dos direitos fundamentais. Surge, assim, o pós-positivismo como uma necessidade de reaproximar a ética e o Direito (BARROSO, 2001). A idéia de participação popular no processo político, aliada aos direitos fundamentais, também passa a ser o sustentáculo desse novo modelo de Estado (STRECK, 2004). Caminha-se agora para um Estado Democrático de Direito.

1.1.1.3 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E SUA CONSAGRAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO-FEDERAL DE 1988

Entende-se por Estado Democrático de Direito o atual modelo estatal em cujo seio se realiza a integração conciliadora dos valores da liberdade e da igualdade, da democracia e do

socialismo (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009).

Conforme aponta Silva, J (2009, p. 2):

> *O Estado Democrático de Direito concilia Estado Democrático e Estado de Direito, mas não consiste apenas na reunião formal dos elementos desses dois tipos de Estado. Revela, em verdade, um conceito novo que incorpora os princípios daqueles dois conceitos, mas os supera, na medida em que agrega um componente revolucionário de transformação do status quo.*

Importante são as lições da Professora Chaib (2008, p. 97), para quem:

> *O Estado de Direito ultrapassou os umbrais da submissão formal do Estado à lei, direcionando-se para um conceito material, voltado para a realização concreta e eficaz dos direitos fundamentais, exigindo-se não apenas uma vinculação negativa, mas também positiva, no sentido de prover as condições de uma existência digna.*

Para a autora, verifica-se, nesse tipo de Estado, a mudança do eixo de submissão à lei para uma visão mais alargada de observância aos princípios, sobretudo os princípios constitucionais, albergadores de valores supremos, plasmados no texto máximo, que exigem a sua plena realização (CHAIB, 2008). Para compreender melhor essa mudança de eixo, imperioso se faz conhecer o contexto histórico em que se construíram as bases dessa nova dogmática jurídica.

O pós-guerra foi marcado pela redefinição do papel da Constituição e de sua influência sobre as instituições contemporâneas. A aproximação das idéias de constitucionalismo e democracia produziu uma nova forma de organização política, que muitos Estados classificaram de Estado Democrático de Direito ou Constitucional de Direito.

Surge, a partir de então, uma nova perspectiva em relação ao constitucionalismo, denominada de *neoconstitucionalismo*, modelo normativo que constitui o novo alicerce sobre o qual repousam todas as idéias e valores que permeiam as instituições contemporâneas.

O pós-positivismo constitui o marco filosófico desse período, consistindo na superação do legalismo, com recurso não em idéias metafísicas ou abstratas, mas no reconhecimento de valores compartilhados por toda comunidade. Esses valores integram o sistema jurídico, mesmo que não positivados em um texto normativo específico. O escalonamento hierárquico entre regras e princípios, a força normativa e o caráter axiológico dos princípios constitucionais, a seu turno, constituem a grande contribuição do pós-positivismo (JORGE NETO, 2009).

A Lei Fundamental reveste-se de centralidade para o ordenamento jurídico, não mais apenas vislumbrada sob o ângulo formal. Ao contrário da fase anterior, em que era tratada como um conjunto de aspirações políticas e como um convite à atuação dos poderes públicos, reconhece-se, à Constituição hodierna, força normativa, que confere caráter vinculante as suas disposições. À sua superioridade até então meramente formal, agregou-se uma valia material e axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade dos princípios (BARROSO, 2001).

Por princípios, entende-se um conjunto de bens sociais supremos, que existem fora e acima da letra expressa das leis, e nelas não se esgotam, até porque não têm caráter absoluto e estão em permanente mutação (BARROSO, 2001). Ao contrário das regras, eles contêm, normalmente, uma maior carga valorativa, um fundamento ético, uma decisão política relevante, e indicam uma determinada direção a seguir. Vale salientar que a doutrina contemporânea inclina-se pela adoção da técnica da ponderação como mecanismo apto à superação de eventuais colisões, que deverá reconhecer a importância ou a dimensão de peso[4], que cada um possui.

4 Essa premissa é atribuída à Ronald Dworkin, para quem, as colisões entre princípios devem ser resolvidas a partir do questionamento da importância de cada um e do peso relativo que possuem.

Dessa forma, toda a ordem jurídica passa a ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados.[5] Em outras palavras, abandona-se o conceito de Constituição no seu sentido meramente formal e programático, apenas como norma fundamental de garantia, para atrelar a esta idéia a noção de Constituição também como norma diretiva fundamental. No Brasil, a consolidação deste modelo se deu com a Constituição de 1988, que, influenciada por esses novos parâmetros, destaca, logo no seu art. 1º, constituir-se a República Federativa do Brasil em Estado Democrático de Direito.

No que tange ao papel do Judiciário no atual contexto histórico, tratá-lo-emos em tópico separado por se tratar do núcleo central, objeto deste capítulo, a discussão acerca da ampliação da sua atuação no controle dos atos do poder público ante o princípio da separação dos poderes, bem como da legitimidade dessa atuação diante do princípio democrático.

1.2 O PAPEL DO JUDICIÁRIO NA ATUAL QUADRA HISTÓRICA

1.2.1 A FUNÇÃO JURISDICIONAL ANTE O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Como ressaltado anteriormente, a idéia de Estado Democrático de Direito, importa não só na auto-limitação do Estado pelo ordenamento jurídico, como também na participação democrática, tanto mais ampla quanto possível, de todos os cidadãos e setores da sociedade civil nas escolhas e fixação das políticas públicas pelo Estado (JORGE NETO, 2009).

Defere-se, agora, ao indivíduo a capacidade ativa[6] para, em defesa dos direitos reconhecidos como fundamentais, postular e mesmo litigar com os Estados nacionais, determinando o surgimento de um novo espectro de subordinantes ao desenvolvimento da função administrativa (VALLE, 2008). Fala-se, agora, em um consensualismo administrativo.

Sob a ótica da Jurisdição Constitucional, desde o final da 2ª Guerra Mundial, verificou-se, na maior parte dos países ocidentais, seu avanço sobre o espaço da política majoritária, que é aquela feita no âmbito do Legislativo e do Executivo e que tem, como combustível, o voto popular. Nesse contexto, verifica-se um redimensionamento na clássica relação entre os Poderes do Estado, passando o Judiciário a ser uma alternativa para o resgate das promessas da modernidade, sob dadas circunstâncias, onde o acesso à justiça assume um papel fundamental, ocasionando o deslocamento da esfera de tensão dos procedimentos políticos para os procedimentos judiciais.

Esse é o entendimento perfilhado por Streck (2009, p. 167), para quem:

> *[...] se no paradigma liberal, o Direito tinha a função meramente ordenadora, estando na legislação o ponto de tensão nas relações entre Estado-Sociedade, no Estado Social sua função passa a ser promovedora, estando apontadas as baterias para o Poder Executivo, pela exata razão da necessidade da realização das políticas do Welfare State. Já no Estado Democrático de Direito, fórmula constitucionalizada nos textos magnos das principais democracias, a função do Direito passa a ser transformadora, onde o pólo de tensão, em determinadas circunstâncias previstas nos textos constitucionais, passa para o Poder Judiciário ou os Tribunais Constitucionais.*

Dessa forma, o Judiciário teve acentuado aumento de suas funções e responsabilidades, assumindo, com a justiça constitucional, novo papel, e com ele, o grande desafio de controlar a constitucionalidade da atuação do poder público.

---

5 Essa função desempenhada pela Constituição é denominada, por Paulo Ricardo Schier, de filtragem constitucional de todo direito infraconstitucional, significando a interpretação e leitura de seus institutos à luz da Constituição. (Cf. SCHIER, Paulo Ricardo. Novos Desafios da Filtragem Constitucional no Momento do Neoconstitucionalismo. Revista Eletrônica de Direito Público da Bahia, nº 4, outubro/novembro/dezembro, 2005. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 15 de nov. de 2009).

6 Através da impetração de ações populares, do exercício do direito de petição, da participação de órgãos da sociedade em colegiados estatais, entre outras.

A partir desse redimensionamento operado entre os poderes estatais no Estado Democrático de Direito, faz-se imperioso rediscutir o papel destinado ao Poder Judiciário, diante do novo panorama estabelecido pelo constitucionalismo do pós-guerra. Passa-se, então a questionar a legitimidade dos juízes, que não são eleitos pelo voto popular, em controlar e anular os atos do Legislativo e Executivo na efetivação dos comandos constitucionais.

1.2.2 O CONTROLE JUDICIAL COMO FATOR LEGITIMADOR DAS CONDUTAS PÚBLICAS

A idéia de ativismo judicial está relacionada com a expansão do papel do judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, passando, de certa forma, a interferir mais intensamente no espaço de atuação dos outros dois "Poderes". Com isso, o ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem, contudo, invadir o campo de criação livre do Direito.

Dessa forma, propõe-se uma releitura da separação dos poderes para que sua utilização sirva de instrumento de garantia contra o despotismo daqueles que detêm e exercem o poder em detrimento da maioria popular, verdadeira detentora da titularidade desse poder.

Essa atuação judicial consubstancia uma reação contra o "formalismo" que imperava nos Estados de inspiração liberal, época em que a atividade do juiz cingia-se tão-somente a declarar mecanicamente o direito, valendo-se apenas dos instrumentos da lógica dedutiva, sem envolver, nessa declaração, sua impressão ou valoração pessoal (CUNHA JÚNIOR, 2008).

Dentre os fatores responsáveis pelo crescimento do papel desempenhado pelo Poder Judiciário, destaca-se, em especial, a formulação de um extenso catálogo de direitos fundamentais, que constituem o elemento central ou a alma das Constituições dos Estados Democráticos. E é para efetivação desses direitos que se confiou à justiça constitucional a sua proteção, resultando no desenvolvimento de um efetivo e decisivo papel no controle dos abusos – por atos comissivos ou omissivos – dos outros Poderes, exercendo, pois, criativa atividade de interpretação e realização dos direitos sociais (CUNHA JÚNIOR, 2008).

Esse ativismo judicial pode ser corroborado por um dos preceitos da nova hermenêutica jurídica, consubstanciado no princípio da máxima efetividade ou princípio da interpretação efetiva do texto constitucional, que preconiza que a Constituição deve ter a mais ampla efetividade social, sobretudo no âmbito dos direitos fundamentais. Esse princípio está ligado ao fenômeno da jurisdicização da Constituição, e ao reconhecimento e incremento de sua força normativa, razão pela qual constitui um imperativo de hermenêutica constitucional (SILVA, C., 2005).

1.2.2.1 OBJEÇÕES À AMPLIAÇÃO DO PAPEL DO JUDICIÁRIO

Dentre as inúmeras críticas ao ativismo judicial, Barroso (2009, p. 8) aponta três relevantes objeções ao seu exercício, quais sejam: o risco para legitimidade democrática, o risco de politização indevida da justiça, bem como a ameaça aos limites da capacidade institucional conferida ao Judiciário.

Merece destaque especial aquela que considera o ativismo judicial como um risco para a legitimidade democrática. Essa oposição à criação judicial do Direito, protagonizada pelos procedimentalistas, foi denominada por Dworkin (*apud* JORGE NETO, 2009, p. 76) de *argumento da democracia*. Faltaria, dessa forma, legitimidade democrática dos membros do Judiciário, que não são eleitos, para inovar na ordem jurídica, constituindo *ex novo* Direito. Somente os Poderes Legislativo e Executivo teriam legitimidade, pelo caráter majoritário de suas representações, em criar o Direito.

Para esses críticos, a atividade exercida pelo Poder Judiciário no exercício da jurisdição constitucional e na implementação dos direitos fundamentais, pelo menos no seu viés transindividual, implicaria a supressão da participação popular.

No entanto, várias justificativas podem ser elencadas a fim de asseverar o argumento contramajoritário do poder.De um ponto de vista formal, a legitimidade, tanto do legislativo e do Executivo para escolher e executar as políticas públicas, como a do Judiciário para controlá-las, decorre da Constituição.

Por outro lado, aquele entendimento coloca a representação popular como único meio do

exercício da democracia, conferindo ao Judiciário uma função meramente auxiliar na resolução de conflitos. Todavia, a democracia não significa simplesmente o exercício do poder estatal por meio dos representantes do povo. Embora sejam tradicionalmente considerados como os diretamente responsáveis perante o povo, os Poderes Legislativo e Executivo jamais constituem, distintamente do Poder Judiciário, perfeito paradigma de democracia representativa (CAPELLETTI, *apud* CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 202).

Ademais, o argumento contramajoritário se justifica na perspectiva da defesa dos direitos das minorias, notadamente pela Jurisdição Constitucional. A ausência de órgãos com tais competências colocaria a sociedade à mercê da ditadura das maiorias, funcionando a contramajoritariedade como ferramenta do próprio pluralismo político, que constitui o fundamento da República.

Nesse sentido, pontifica Cunha Júnior (2008, p. 204):

> *A legitimidade democrática da criação judicial do Direito reside, sem dúvida, na consistência das decisões do Poder Judiciário, que devem ser fundamentadas e tornadas públicas, a fim de que se possa assegurar à sociedade que essas decisões não resultam de caprichos ou idiossincrasias dos juízes, mas sim de seus esforços em se manterem fiéis ao sentimento de equidade e justiça da comunidade. [...]* ***Reforça essa legitimidade a garantia que o Judiciário proporciona a pessoas ou grupos marginalizados pelos outros Poderes, permitindo o acesso ao judicial process para, assim, dispensar a necessária proteção a essas pessoas ou grupos, privados de condições de obtê-la junto ao political process.*** *(grifo nosso)*

Assim, dessume-se que não há uma atuação independente dos princípios democráticos por parte do Judiciário. Pelo contrário, sua atuação e fortalecimento decorre do Estado Democrático, que sem a participação efetiva daquele, não haveria que se falar em legitimidade democrática.

O juiz agora, segundo Cunha Júnior (2008), também é responsável pelo sucesso político das finalidades impostas aos demais Poderes, pelas exigências do Estado do Bem-Estar Social, de tal sorte que, não obstante a ele não se atribua a função de criar políticas públicas, cabe-lhe a irrecusável função de impor a execução daquelas previstas e comandadas pela Constituição.

Ainda que não seja nosso objeto principal, devemos tecer algumas rápidas considerações acerca do controle judicial das políticas públicas. Decerto, hodiernamente a decisão judicial deve ser entendida sob um novo enfoque, qual seja: como fruto de um discurso racional, aberto a todos os membros da sociedade, a fim de servir verdadeiramente como instrumento de efetivação da democracia participativa. Nesse sentido, a atuação do Judiciário, no controle das políticas públicas, está limitada fundamentalmente a dois fatores: o das possibilidades materiais dos poderes públicos e o das possibilidades do discurso que se desenvolve no processo. Nesse sentido, a questão das políticas públicas envolve o debate entre a reserva do possível e o mínimo existencial.[7] Em um panorama geral, a atuação do Poder Judiciário passa por duas etapas. Em primeiro lugar, dever-se-á analisar se há uma efetiva violação dos direitos fundamentais. Nos casos em que o mínimo existencial está violado, a conclusão é mais simplória, como se verá adiante. Em um segundo momento, o Judiciário deverá apreciar se existem reais condições materiais para suprir essa ofensa (reserva do possível), devendo deixar sempre ao Poder Público uma margem de atuação para supri-la (discricionariedade de meios) (JORGE NETO, 2009).

O Supremo Tribunal Federal tem adotado uma postura que procura compatibilizar a contramajoritariedade, o equilíbrio institucional e o respeito aos direitos fundamentais. Para a Suprema Corte a mera alegação de inexistência de verbas orçamentárias para implementação das políticas públicas exigidas judicialmente, quando está em jogo o mínimo existencial, não é motivo suficiente a caracterizar a impossibilidade material ou jurídica para sua realização.

---

7 O mínimo existencial relaciona-se com o princípio da dignidade da pessoa humana, apresentando-se como núcleo intangível dos direitos fundamentais, fazendo-se inegociável, imediatamente exigível e, portanto, sindicável pelo Poder Judiciário.

Assim, uma vez constatada uma dada ofensa ao núcleo mínimo dos direitos fundamentais, que se confunde com o mínimo existencial, aliado à dignidade da pessoa humana, o controle das políticas públicas pelo Judiciário se impõe com maior força, de modo que, até mesmo, limites, como a reserva do possível, possam ser flexibilizados para se garantir o atendimento ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, haja vista que, não se alega reserva do possível como óbice à implementação de políticas públicas sem as quais não se cogite da existência do mínimo existencial. Eventual tensão entre ambos deve ser harmonizada em medida de proporcionalidade, dentro de uma prática argumentativa racional e democrática, que deve ser assegurada pelo sistema jurisdicional.

Nesse sentido, conclui-se que se faz imperioso reconhecer que a legitimidade do Judiciário de sindicar positivamente os efeitos pretendidos pela Constituição encontra limites, sob pena de transformar o Judiciário numa estrutura autoritária, enfraquecendo a democracia representativa. Ademais, os limites de atuação do Judiciário na realização dos direitos sociais-fundamentais hão de ser fixados pela própria Constituição, podendo o órgão jurisdicional atribuir razoável eficácia às normas constitucionais. No caso, o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais deverá sobrepor-se ao princípio da separação dos poderes, tendo em vista a supremacia do texto constitucional.

Assim, percebe-se que diante do constitucionalismo contemporâneo, há a ampliação da jurisdição constitucional, que, como guardiã da Constituição, deverá velar pelos direitos fundamentais e pelos procedimentos democráticos, inclusive em face dos outros Poderes, não se olvidando, porém, que essa postura ativa sobre os outros poderes se dará de forma excepcional e limitada, a fim de evitar que o uso desmedido desse poder possa ferir de morte a Separação dos Poderes e, de conseguinte, sua legitimidade democrática.

2. DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

2.1 A NOVA ATUAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: UMA MUDANÇA DE PARADIGMA

Em tempos de constitucionalismo axiologicamente comprometido com a conseqüente reconfiguração do papel da Constituição, denotando a sua superioridade hierárquica e centralidade no sistema e a incorporação de valores e opções políticas no texto constitucional, novos imperativos de conduta foram exigidos do Estado, e, mais especificamente, da Administração Pública. Dessa forma, diante da ampliação e diversidade das demandas que lhe foram postas, a Administração viu-se impingida à fixar ações e programas estatais, a fim de tornar efetiva as finalidades pretendidas pela Constituição e pela lei, consubstanciando-se nas políticas públicas, como mais um dentre os instrumentos do agir estatal, todos visando a consecução do interesse público (VALLE, 2008).

Nesse contexto, antes de discorrer acerca da atividade administrativa no exercício de sua competência discricionária, cumpre tecermos uma breve digressão histórica sobre o atuar do Poder Executivo, inicialmente, de mero executor das prescrições legais até a prerrogativa de estabelecer políticas públicas para a consecução dos fins públicos, à luz dos paradigmas do Estado Social, deparando-o com a noção de legalidade prevalecente em cada período histórico.

Conforme assentado no capítulo anterior, com a implantação do Estado de Direito, a lei, como expressão da vontade geral, passa a ser a estrutura basilar dos Estados Modernos pós-renascentistas, refletindo as lutas contra o arbítrio e os desmandos que imperavam no Estado de Polícia e subordinando todos os poderes estatais aos comandos normativos. Já no início do século XIX há o aumento da produção legislativa pelos novos parlamentos europeus, que gradativamente foram retirando do Poder Executivo a prerrogativa de editar leis e substituindo a vontade do monarca pela vontade geral do povo (KRELL, 2004).

Entrementes, nesse período, o princípio da legalidade era encarado sob uma concepção restritiva, posto que, possuía um âmbito de atuação bem menor, adstrito tão-somente a um elemento formal e abstrato, ou seja, despido de qualquer base material ou valorativa (DI PIETRO, 1991).

Decerto, tendo como preocupação maior a proteção das liberdades individuais, o Poder Executivo, nesse período, deveria apenas executar as normas emanadas do Legislativo, este último, considerado o único detentor do poder legítimo, decorrente da soberania popular (DI PIETRO, 1991). A Administração Pública, dessa forma, somente deveria guardar uma relação de compatibilidade ou não-contrariedade com a lei (CHAIB, 2008). À ela caberia tão-somente a atuação concreta dos comandos gerais e abstratos contidos na norma jurídica(ARAGÃO, 2004).

No entanto, como resquício do período anterior, das monarquias absolutas, essa concepção restritiva da legalidade procurou compatibilizá-la com a idéia de discricionariedade administrativa que imperava naquele período, e que correspondia a uma esfera de atuação livre da Administração, sem qualquer submissão à lei ou ao controle judicial (DI PIETRO, 1991), constituindo um verdadeiro poder político, e não jurídico. Ou seja, havia nesse período a distinção entre o Governo, como atividade política e discricionária, livre de apreciação judicial, e a Administração propriamente dita (KRELL, 2004).

Assim, no Estado Liberal de Direito, a Administração podia fazer não só o que a lei expressamente autorizasse, como também tudo aquilo que a lei não proibisse, desde que não infringisse os direitos e liberdades individuais legalmente protegidos. Essa corrente é denominada de doutrina da vinculação negativa da Administração, segundo a qual, a lei apenas impõe barreiras externas à liberdade de autodeterminação da Administração Pública (DI PIETRO, 1991).

Transportando-se para o período do Estado Social de Direito, houve, nessa fase, o crescimento das atividades do Estado e o conseqüente fortalecimento do Poder Executivo, com a ampliação da sua esfera de atuação nas atividades ditas privadas em prol da efetiva consecução do interesse público. Esse modelo de Estado surge como necessidade de superar as extremas desigualdades sociais e econômicas resultantes do absenteísmo estatal (individualismo liberal) anteriormente vigente (DI PIETRO, 1991), no qual a proteção à liberdade e à igualdade tornou-se insuficiente para debelar as profundas dificuldades sociais existentes.

O Estado passa agora a ser prestador de serviços, a regular e fomentar a atividade econômica, bem como, a emitir atos de natureza normativa, por meio de regulamentos autônomos, leis delegadas, decretos-lei, medidas provisórias. Dessa forma, o princípio da legalidade, no Estado do Bem-Estar, passou a abranger não só a lei, mas também os atos normativos do Poder Executivo (DI PIETRO, 1991). É nesse período que toda a atividade Administrativa (tanto a vinculada quanto a discricionária) passa a estar vinculada à lei, constituindo o seu exercício um poder jurídico.

Sob a influência do positivismo jurídico, já não cabe mais à Administração guardar uma relação de não-contrariedade com a lei, mas sim uma relação de conformidade (CHAIB, 2008). Substituiu-se, assim, a doutrina da vinculação negativa pela da vinculação positiva da Administração à lei (DI PIETRO, 1991).

Por fim, no período atual, do Estado Democrático de Direito, há a submissão do Estado não somente à lei em sentido formal, mas também ao Direito. Essa mudança no paradigma do Estado traz reflexos no conteúdo da legalidade.

De acordo com Alexandre Santos de Aragão, evoluiu-se para se considerar a Administração Pública vinculada não apenas à lei, mas a todo um bloco de legalidade, que incorpora os valores, princípios e objetivos jurídicos maiores da sociedade, com diversas Constituições (a exemplo da alemã e da espanhola) passando a submeter a Administração Pública expressamente à lei e ao Direito, o que também se infere implicitamente da nossa Constituição e expressamente da Lei do Processo Administrativo Federal (Lei n° 9.784/99, art. 2º, parágrafo único, I)[8] (ARAGÃO, 2004).

A esta nova noção conferida à lei dá-se o nome de Princípio da Juridicidade ou da legalidade em sentido amplo. Trata-se, portanto, de uma visão neo-positivista do Princípio da Legalidade, resultado de um sistema constitucional tendencialmente principialista, permitindo a atuação administrativa quando, mesmo diante da ausência de lei infra-constitucional específica, os valores da Constituição (lei constitucional) impuserem a sua atuação (ARAGÃO, 2004).

8 Lei n° 9.784/99, art. 2º, Parágrafo único. "Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: I – atuação conforme a lei e o direito".

Dessa forma, a idéia de juridicidade administrativa surge com o intuito de superar o conceito vetusto de legalidade – direito por regras –, englobando-o. É uma substituição da concepção inicial de legalidade, que visa aperfeiçoar a atividade administrativa e adequá-la ao novo modelo do constitucionalismo pós-positivista, tendo os princípios sempre como fundamento, independentemente da legislação infraconstitucional.

É nesse contexto que a Carta da República de 1988, marcada pela forte presença de princípios orientadores da atividade da Administração Pública, dentre os quais o da legalidade, transferiu poderes (poderes-deveres) ao agente público, impondo condicionamentos constitucionais ao exercício da atividade administrativa.

Constata-se, pois, que prevalece a idéia de compatibilidade surgida no Estado de Bem-Estar, segundo a qual, não basta a simples relação de não-contradição, mas sim uma relação de subsunção da Administração à lei (DI PIETRO, 1991). A diferença com o período anterior é que a noção de compatibilidade, nessa fase, terá um espectro de atuação bem mais amplo, com o acréscimo de um *plus* axiológico à noção de legalidade. Assim, para a legitimidade de um ato administrativo é insuficiente o fato de não ser ofensivo à lei. Cumpre que seja praticado com embasamento em alguma norma permissiva que lhe sirva de supedâneo.

Destaque-se ainda que, hodiernamente, ao Estado-administração vem sendo conferida a prerrogativa de estabelecer políticas públicas a fim de garantir a efetiva promoção dos direitos fundamentais e outros fins constitucionais, de forma sistemática e abrangente. Dessa forma, as políticas públicas podem ser entendidas como o conjunto de planos e programas de ação governamental voltados à intervenção no domínio social, por meio dos quais são traçadas as diretrizes e metas a serem fomentadas pelo Estado, sobretudo na implementação dos objetivos e dos direitos fundamentais dispostos na Constituição.

Assim, diante de comandos gerais contidos na norma jurídica que estabelecem os fins, mas não os meios pelos quais serão alcançados, a Administração tem a possibilidade de estabelecer ações e programas dos mais diferentes tipos, deixando de ser mera executora de normas preestabelecidas pelo legislador, para deter agora as informações estratégicas e o *know how* da organização dessas políticas (BARCELLOS, 2005; KRELL, 2004).

Destarte, a Administração Pública apresenta-se, nessa fase, com o desafio de harmonizar a garantia das liberdades individuais com a promoção dos direitos sociais, e ainda garantir uma efetiva participação popular nas suas decisões e no seu controle.

2.2 O DEVER-PODER DISCRICIONÁRIO NO REGIME JURÍDICO-ADMINISTRATIVO

Toda ordenação normativa propõe um vasto rol de finalidades a serem alcançadas, que se apresentam para os agentes estatais como obrigatórias, como um dever (antes do que "poder"), caracterizando uma função, no sentido jurídico. Para o exercício dessas funções, a Administração Pública precisa se movimentar através da tomada de posição formal dos agentes públicos responsáveis para tal fim, em conformidade com a competência legal, erigida justamente para proporcionar o interesse público. E essa posição formal se consubstancia na atividade administrativa, realizada através de atos dotados de vinculação ou discricionariedade.

Assim, ato administrativo é norma concreta, emanada pelo Estado, ou por quem esteja no exercício da função administrativa, que tem por finalidade criar, modificar, extinguir ou declarar relações jurídicas entre este (o Estado) e o administrado ou entre seus próprios entes, órgãos e agentes. É necessário, portanto, dizer que ato administrativo discricionário é apenas uma espécie do gênero.

Celso Antônio Bandeira de Mello destaca que quando se trata da idéia de discricionariedade, normalmente, enfatiza-se a noção de poder, dando a idéia de que, quando se defere um certo grau de discricionariedade, está-se conferindo, ao agente público, um poder para livremente fazer escolhas, dentre as alternativas previstas pela norma in abstrato (MELLO, 2006). Todavia, deve-se entender que, no exercício dessa função, o administrador exercita o poder, mas o faz em proveito alheio e no exercício de um dever. O poder, dessa forma, na atuação administrativa, deverá ser entendido apenas como um instrumento para o cumprimento de um dever e manejável no interesse de outrem,

justificando-se como medida necessária para o melhor cumprimento das finalidades legalmente impostas aos agentes públicos (TOURINHO, 2004).

Assim, para o exercício de seus misteres, são conferidas, ao administrador, competências, ou seja, um conjunto de atribuições legais exercidas por pessoas postas a serviço do Estado. Dentro dos limites de suas atribuições legais, deverão os agentes públicos atuar no sentido de satisfazer os interesses da coletividade de forma concreta e efetiva (TOURINHO, 2004).

Quando possível, a norma jurídica busca traçar com precisão os pressupostos fáticos com os quais se depararão o agente público, impondo ainda o comportamento que este deve manter, bem como as soluções a serem tomadas. Entrementes, ao legislador é impossível prever todos os elementos de fato enfrentados pela Administração Pública, posto que eles variam em razão do tempo e do lugar, necessitando, por este motivo, de um espaço para o administrador agir eficazmente.

Nesse trilhar, com vistas a permitir a maleabilidade indispensável à concretização dos interesses públicos emergentes, é que a lei prevê o dever-poder discricionário para o agente público. Assim, de acordo com Vladimir da Rocha França, entende-se por dever-poder discricionário a prerrogativa concedida pelo ordenamento jurídico à administração pública, de modo implícito ou explícito, para a prática de atos administrativos, com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo (FRANÇA, 2000). Essa "liberdade" de escolha justifica-se pelo fato de a administração pública estar mais próxima dos problemas por ela enfrentados, estando mais apta a tomar decisões e fazer as escolhas adequadas ante o caso concreto.

2.3 VINCULAÇÃO E DISCRICIONARIEDADE

Tendo em vista que a ordem jurídica constitui a base sobre a qual deverão recair todos os poderes administrativos, pode ela preestabelecer todas as condições para seu exercício ou remetê-las a apreciação subjetiva do administrador. À esta diferença entre as formas de atribuição legal dos "poderes" administrativos corresponde as noções de vinculação e discricionariedade.

Dessa forma, quando a lei preestabelece todas as especificações necessárias para a edição do ato administrativo, denominamos de atos vinculados. O administrador, neste caso, deve tão-somente ater-se ao enunciado legal, observando seus requisitos e elementos para alcançar a plena eficácia jurídica da medida prevista, sob pena de invalidade (FRANÇA, 2000). A Administração, ao expedi-los, não interfere com apreciação subjetiva alguma, e o particular, nesse caso, tem um direito subjetivo de exigir da autoridade a edição de determinado ato, sob pena de, não o fazendo, sujeitar-se à correção judicial (DI PIETRO, 1991).

Por outro lado, há poder discricionário na medida em que a Administração pratica seus atos com certa margem de liberdade de avaliação ou decisão, segundo critérios de conveniência e oportunidade, formulados por ela mesma, ainda que adstrita à lei reguladora de sua expedição. A lei, nesse caso, faz remanescer em proveito e a cargo do administrador uma certa esfera de liberdade, perante o quê caber-lhe-á preencher com seu juízo subjetivo, pessoal, o campo de indeterminação normativa, segundo critérios que só podem ser levados em consideração, diante do caso concreto, a fim de realizar a finalidade da lei (MELLO, 2008).

Assim, enquanto nos atos ditos vinculados a Administração não dispõe de liberdade alguma, posto que a lei já regulou antecipadamente em todos os aspectos o comportamento a ser adotado, nos atos ditos discricionários a disciplina legal deixa ao administrador certa liberdade para que, através de critérios próprios, decida-se ante o caso concreto, quanto ao que lhe pareça o melhor meio de satisfazer o interesse público que a norma legal visa realizar.

Celso Antônio Bandeira de Mello destaca ainda que as expressões "ato discricionário" e "ato vinculado" devem ser entendidas como uma forma elíptica de dizer "atos praticados no exercício da competência discricionária" e "atos praticados no exercício da competência vinculada". O primeiro ocorre em relação a algum ou alguns dos aspectos que condicionam ou que compõem o ato administrativo, sendo o resultado do exercício da competência discricionária, e apenas sobre aspectos tais ou quais (MELLO, 2006). Já o segundo revela a situação na qual se possa considerar já resoluta na lei e, pois, excludente de interferência de critérios da Administração (MELLO, 1998).

2.4 CONCEITO DE DISCRICIONARIEDADE

Ultrapassada a análise da diferenciação do que se entende por ato praticado no exercício da competência vinculada e discricionária, cumpre agora tecer o conceito do que se entende por discricionariedade.

Di Pietro (DI PIETRO, 1991) define discricionariedade como "a faculdade que a lei confere à administração para apreciar o caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência, e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas perante o direito".

Mello (2006, p. 48), por sua vez, conceitua a discricionariedade como:

> *[...] a margem de "liberdade" que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente.*

Assim, percebe-se que a discricionariedade surge toda vez que a lei mostra-se impossibilitada de apresentar a solução adequada para a hipótese do mundo empírico, transferindo esta atribuição para o administrador, que buscará a melhor, para a consecução do interesse público.

2.5 O MÉRITO ADMINISTRATIVO

A doutrina referente ao mérito administrativo foi inicialmente desenvolvida no direito italiano, que acabou por influenciar os juristas brasileiros. Estes, ao cuidar do tema da discricionariedade, em regra, o relacionam com o mérito (DI PIETRO, 1991).

No direito administrativo, o vocábulo "mérito" tem como sentido usual o concernente aos aspectos do ato administrativo, relacionados basicamente com o princípio da oportunidade e conveniência, tendo em vista o interesse público a atingir com a sua prática (DI PIETRO, 1991). Ou seja, corresponde a uma qualidade típica do ato administrativo acerca da conveniência, utilidade, adequação da medida aos fins de interesse público, gerais e especiais, que se pretendem alcançar.[9] Para Mello (2008, p. 949), o mérito do ato corresponde ao "campo de liberdade suposto na lei e que efetivamente venha a remanescer no caso concreto, para que o administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, decida-se entre duas ou mais soluções admissíveis perante a situação vertente, tendo em vista o exato atendimento da finalidade legal, ante a impossibilidade de ser objetivamente identificada qual delas seria a única adequada".

Segue-se que, é nesses espaços abertos pela lei que navega a discricionariedade. Desde que esteja em consonância com a juridicidade, deixa-se certa margem de liberdade para que o administrador, segundo sua conveniência e oportunidade, atue através da configuração do motivo e do objeto do ato a ser edificado (FRANÇA, 2000).

O administrador, antes de decidir por editar o ato administrativo, ou abster-se de sua prática, deve refletir satisfatoriamente acerca da conveniência e oportunidade da atividade administrativa, ponderando sobre uma infinidade de aspectos que possam influenciar no acerto ou desacerto da medida eleita. O julgamento do que se pode entender por conveniente e oportuno no mundo do ser com certeza não reflete uma uniformidade plena, dada a indeterminação e a vagueza do significado destas expressões.

Conforme aponta França (2000), o mérito tem um sentido político, vinculado ao dever da boa administração, compreendendo todos os aspectos de conveniência e oportunidade edificados por um juízo comparativo na adequação da lei ao caso concreto. O mérito é o resultado final da conjugação do binômio conveniência-oportunidade no exercício da competência discricionária.

---

9 Esta concepção difere do significado que o vocábulo "mérito" possui no direito processual, que, neste caso, significa a própria pretensão que o autor deduz em juízo, com base em normas de direito substantivo.

2.6 RELATIVIZAÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE

Malgrado a discricionariedade possa ser atribuída ao administrador na hipótese da norma, no comando da norma e, para alguns, até na finalidade da norma, não podemos cogitar da sua existência ou de sua extensão buscando-a tão-somente no exame da lei que porventura a contemple. Torna-se imperioso analisar as circunstâncias concretas, porquanto a discrição ao nível da norma constitui uma condição necessária, mas não suficiente, para que a irrompa ou para dimensionar-lhe a extensão (MELLO, 1998).

Decerto, as prerrogativas discricionárias estão sujeitas à mensuração imposta pela lei, de modo que a remissão legal ao juízo subjetivo do administrador não pode ser mais do que parcial, e não total. Sob esse aspecto, deve-se destacar que tanto a discricionariedade quanto a vinculação não podem ser vistas numa visão absoluta. Compreendem elementos que devem existir em harmonia no regime jurídico-administrativo, sob pena de ou eliminar a criatividade e dinamismo indispensáveis à gestão dos interesses públicos, ou impossibilitar a fiscalização dos atos administrativos (FRANÇA, 2000).

Nesse sentido, pontua Mello (2008) que, não há ato propriamente discricionário, mas apenas discricionariedade por ocasião da prática de certos atos. Isto porque nenhum ato é totalmente discricionário, dado que, conforme afirma a doutrina prevalecente, será sempre vinculado com relação ao fim e à competência, pelo menos. A discricionariedade, portanto, é sempre e inevitavelmente relativa. E é relativa em diversos sentidos.

Primeiramente, é relativa no sentido de que o administrador só deverá atuar dentro das balizas legais em todo e em qualquer caso, já que a discrição supõe sempre conduta "intra legem". Fora dela estar-se-ia agindo arbitrariamente.

Em segundo lugar, a discrição é relativa, posto que cingir-se-á apenas àqueles tópicos aos quais a lei haja conferido à apreciação subjetiva do administrador, de forma que ele não possa interferir em outros tópicos que a norma já tenha resolvido de forma vinculada. Para melhor entendimento, tomemos como exemplo uma norma que estabeleça que a Administração poderá conferir um prêmio de dois mil reais ao funcionário que contar com 40 anos de serviço sem nenhuma falta e sem haver sofrido sanção disciplinar alguma. Nesse sentido, a Administração terá liberdade para expedir ou não o ato atributivo do prêmio, mas não disporá de liberdade quanto ao conteúdo do ato (qual seja, prêmio de dois mil reais), nem quanto aos motivos ensejadores do ato (ou seja, possuir o funcionário 40 anos de serviço público).

Ademais, a discricionariedade se torna relativa no sentido de que, muito embora lhe tenha sido outorgada liberdade para agir, esta, por mais ampla ou estrita que seja, só poderá ser exercida se guardar conformidade com finalidade legal, em vista da qual foi atribuída a competência. Se o administrador decidir-se por motivos particulares ou por razões de interesse público, diferente do contemplado na lei, estará incidindo em desvio de poder (MELLO, 1998).

Por sua vez, a relatividade da discricionariedade também pode ser evidenciada na extensão, medidas ou modalidades resultantes da norma outorgadora da liberdade discricionária. Se a lei, *exempli gratia*, permitir ou determinar que se atribua um prêmio fixado entre tanto e tantos reais na hipótese tal ou qual, uma vez ocorridos os correlatos supostos normativos, haverá liberdade dentro do campo de alternativas abertas, mas não haverá liberdade para outorgar um prêmio inferior ou superior ao mínimo e máximo estabelecidos.

A discricionariedade ainda é relativa, para os que a consideram existente nesse campo, quando a norma se utiliza de conceitos jurídicos indeterminados. Nesse sentido, mesmo que a norma tenha se servido de expressões vagas, fluidas ou imprecisas, o administrador não poderá desprender-se do campo significativo mínimo que tais expressões recobrem, isto é, das chamadas zonas de certeza positiva e negativa, nem do significado social imanente das palavras que deferiram tal liberdade (MELLO, 1998). Conclui-se que, noções como "notável saber", "situação urgente", "reputação ilibada" estarão sempre adstritas a um espaço todo ele circundado de vinculação, na medida em que será exigida sua aplicação quando se enquadrarem na zona de certeza positiva e proibida quando se situarem na zona de certeza negativa e, mesmo que se encontrem na zona cinzenta do

conceito, não deverão desprender-se do significado social que lhe são imanentes.

Por fim, tem-se que a discricionariedade é relativa quando, ainda que a lei haja deferido certa margem de liberdade para o agente, esta poderá esmaecer ou até mesmo esvair-se completamente diante da situação em concreto, posto que, conforme salientado anteriormente, a discrição ao nível da norma é condição necessária, mas nem sempre suficiente para que subsista nas situações concretas. E é sobre esse ponto, em especial, que nos debruçaremos no próximo tópico.

2.7 DISCRICIONARIEDADE NO COMANDO DA NORMA: DEVER DE ADOTAR A MELHOR SOLUÇÃO

Considerando-se que a lei possa comportar soluções diferentes para legitimar a atuação discricionária, segue-se que a sua pretensão é a de alcançar a melhor decisão para dado tipo de situação, atendendo, dessa forma, a finalidade que inspirou a sua edição. Essa assertiva decorre também do dever jurídico de boa administração a que o administrador está vinculado, devendo este, por esta razão, adotar a solução excelente para o caso concreto.

Com efeito, embora exista uma variedade de soluções comportadas pela norma, isso não significa que se considere quaisquer delas igual e indiferentemente adequadas para o caso concreto, não estando o administrador liberado para adotar qualquer delas indiscriminadamente perante quaisquer casos. E é justamente por essa razão, de melhor adequar a norma ao caso concreto, que o legislador viu-se na necessidade de apresentar uma variedade de alternativas ao administrador, para que aplique a melhor solução ante a situação que lhe é posta. Infere-se, portanto, dessa assertiva, que a situação concreta afunila o campo de liberdade abstratamente aberto na lei, podendo, até mesmo, eliminá-lo por completo (MELLO, 1998).

Saliente-se que, o desaparecimento da discricionariedade no caso concreto é denominado pela doutrina de teoria da "redução da discricionariedade a zero", e existe quando circunstâncias normativas e fáticas do caso concreto eliminam a possibilidade de escolha entre diversas opções, tornando-se juridicamente possível somente uma única solução. Todas as demais possibilidades de decisão estariam viciadas, sendo a autoridade administrativa obrigada a tomar a decisão que resta (atrofia do poder discricionário). As circunstâncias de fato, a práxis administrativa e, sobretudo, os direitos fundamentais, representam uma base para essa redução da discricionariedade (KRELL, 2004).

Importante ainda destacar as lições de Aragão (2004, p. 64), para quem:

> *[...] deve haver uma relativitização da definição de certas competências administrativas como discricionárias ou vinculadas, já que esta definição só pode ser feita em cada caso concreto: o exercício de determinada competência em tese discricionária pode, diante das especificidades de dado caso concreto, determinar à Administração Pública apenas uma atitude juridicamente correta/razoável; e, inversamente, o exercício concreto de determinada competência que em tese é vinculada pode, face às especificidades do caso, gerar diversas atitudes razoáveis/jurídicas que possam ser adotadas pela Administração Pública, e, in extremis, podem até determinar o afastamento da lei naquele caso concreto em razão de a sua aplicação ali – e apenas ali, já que do contrário a lei seria inconstitucional – revelar-se contrária aos valores maiores da Constituição e do Direito.*

Dessa forma, é de se concluir que a discrição suposta na regra de Direito é condição necessária, mas não suficiente para que exista discrição no caso concreto; vale dizer, na lei se instaura uma possibilidade de discrição, mas não uma certeza de que existirá em todo e qualquer caso abrangido pela dicção da regra (MELLO, 2008).

Em rigor, não há, realmente, ato algum que possa ser designado, com prioridade, como ato discricionário, pois nunca o administrador desfruta de liberdade total. O que há é exercício de juízo discricionário quanto à ocorrência ou não de certas situações que justificam ou não certos comportamentos e opções discricionárias quanto ao comportamento mais indicado para dar cumpri-

mento ao interesse público in concreto, dentro dos limites em que a lei faculta a emissão deste juízo ou desta opção.

Verificando-se que o ato administrativo se conteve dentro do campo em que realmente havia discrição, isto é, no interior da esfera de opções legítimas, ninguém poderá dizer com indisputável objetividade qual é a providência ótima, pois mais de uma seria igualmente defensável para atender a finalidade da norma. Agindo de forma diversa, ou seja, fora das opções legítimas, estará a Administração afrontando a finalidade legal, não lhe sendo lídimo invocar a norma atributiva de discrição.

Portanto, o que o agente público deve fazer é aplicar o comportamento cabível, sensato e idôneo ao caso a ele apresentado, evitando, assim, a ocorrência de maiores dissabores bem como prejuízos para toda uma coletividade, a qual vive não só na expectativa, mas, antes de tudo, atenta cada vez mais à forma com que se conduz a coisa pública.

3. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO MECANISMO PARA O CONTROLE JURISDICIONAL DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

3.1 O CONTROLE *JURIS*DICIONAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

É cediço que, no Estado de Direito, a Administração Pública submete-se a múltiplos controles, a fim impedir que se desvie de seus objetivos, que extrapole as balizas legais e viole interesses públicos ou particulares. Nesse sentido, são concebidos diversos mecanismos para mantê-la dentro das trilhas a que está subordinada.

Dessa forma, pode-se asseverar que o controle da Administração Pública é o conjunto de mecanismos jurídicos e administrativos por meio dos quais se exerce o poder de fiscalização e de revisão da atividade administrativa em quaisquer das esferas de Poder (CARVALHO FILHO, 2007).

Um desses controles é efetuado pela própria Administração, que tem a finalidade de obstar ou corrigir comportamentos indevidos, praticados nos diversos escalões administrativos de seu corpo orgânico central. Este, por sua vez, também exerce o controle em relação às pessoas jurídicas auxiliares do Estado (autarquias, empresas públicas, sociedades mistas, fundações públicas), sendo esse controle, contudo, apenas um controle finalístico, ou seja, de verificação do atendimento dos objetivos para os quais foram criadas, resguardando-se, desta feita, as respectivas autonomias administrativa, financeira e operacional dessas entidades. A tais controles, que envolvem quer aspectos de conveniência e oportunidade quer aspectos de legitimidade, chamamos de controle interno ou autotutela administrativa (MELLO, 2008).

Nesse prisma, são duas as modalidades de invalidação por parte da Administração: a revogação e a anulação. Assim, os atos administrativos poderão ser invalidados pelo próprio Administrador Público, sob regência do princípio da autotutela, seja para anulá-los, constatando-se sua ilegalidade, seja para revogá-los, pelo desinteresse em sua manutenção diante do interesse público. Destaque-se ainda que, todos os Poderes do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário) deverão manter um sistema integrado de controle interno (CF, art. 74).

Por sua vez, são previstos também controles de legitimidade dos atos da Administração a serem efetuados por outros braços do Estado, correspondendo ao controle externo da Administração Pública, que compreende (I) o controle parlamentar direto, (II) o controle exercido pelo Tribunal de Contas (órgão auxiliar do Legislativo nesta matéria) e (III) o controle jurisdicional (MELLO, 2008).

A par dos controles administrativo e legislativo, interessa a este trabalho, a sujeição da Administração Pública ao controle jurisdicional. Decerto, é da essência do Estado Democrático de Direito a existência de um Poder Judiciário forte e defensor dos valores incorporados à Lei Maior. Nesse contexto, o controle judicial constitui, juntamente com o princípio da legalidade, um dos fundamentos em que repousa o Estado de Direito (FIGUEIREDO, 2001).

O controle judicial encontra respaldo na Constituição Federal, art. 5°, XXXV, que estabelece o

princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário na apreciação dos casos de lesão ou ameaça a direito, uma vez que o direito brasileiro adotou o sistema de jurisdição una, no qual é o Poder Judiciário que detém o monopólio da função jurisdicional, ao contrário de alguns países europeus, como a França, onde existe, ao lado da jurisdição, o sistema do "contencioso administrativo"[10]. Assim, compete, exclusivamente, ao Judiciário decidir, com força de definitividade, todas as contendas resultantes da aplicação do Direito, sejam quais forem os litigantes ou a índole da relação jurídica controvertida (MELLO, 2008). Sua importância é ainda mais destacada se for levado em conta os direitos e garantias fundamentais, estatuídos no texto constitucional.

Nesse sentido, se alguém alega em juízo que um ato do poder público supostamente inválido violou-lhe ou ameaça violar-lhe um direito, não poderá o órgão jurisdicional furtar-se de analisar a consonância desse ato com o ordenamento jurídico. Assim, ao Poder Judiciário compete, nas instâncias da parte interessada, controlar, no caso concreto, a legitimidade dos comportamentos da Administração Pública, anulando suas condutas ilegítimas, compelindo aquelas que seriam obrigatórias e condenando-a a indenizar os lesados, quando for o caso.

A necessidade de controle da Administração Pública deriva do sistema constitucional que previu uma série de instrumentos voltados à harmonização da atuação dos órgãos estatais no exercício de suas funções. Trata-se do sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), referenciado no primeiro capítulo dessa monografia, que prevê que cada órgão do Poder deverá exercer um controle sobre o outro, para que se evite a ocorrência de abusos e arbitrariedades no exercício das funções.

Assim, o exercício do controle sobre os atos da Administração Pública se faz imprescindível num Estado Democrático de Direito, já que o administrador público, por gerir interesses alheios, tem como dever primordial o de prestar contas de suas ações e responder por eventuais danos causados à coletividade, impondo, dessa forma, que aquele esteja sempre atuando calcado nas normas componentes do ordenamento jurídico como um todo.

3.2 O CONTROLE JURISDICIONAL DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

Questão fundamental para o deslinde do tema objeto desta monografia relaciona-se com os limites da atuação do Poder Judiciário no controle dos atos administrativos exercidos com competência discricionária.

A discussão gira em torno da relação existente entre os pólos principiológicos do acesso irrestrito aos Tribunais, responsáveis pelo controle da correta aplicação do Direito, e a autonomia da Administração Pública para exercer a função que lhe foi constitucionalmente assegurada, qual seja, a de escolher, dentro dos limites legais, a melhor opção a ser seguida pelo administrador, com vistas à consecução do interesse público.

Quando se trata de contrastar a conduta administrativa vinculada com as normas que a presidem, nenhuma dificuldade jurídica de monta se propõe. Com efeito, se todos os elementos do ato têm previsão na lei, bastará, para o controle da legalidade, o confronto entre o ato e a norma. Havendo adequação entre ambos, o ato será válido; do contrário, haverá vício de legalidade.

Por outro lado, quando a Administração atua fundada em norma atributiva de algum espaço de discrição administrativa, torna-se dificultoso fixar a extensão do exame da legitimidade dessa atuação por parte do Poder Judiciário. Diante da problemática aqui aduzida, procurar-se-á traçar as linhas evolutivas do controle judicial da discricionariedade administrativa, desde o paradigma clássico, da intangibilidade judicial desse controle, até a noção contemporânea de sua controlabilidade, ante a submissão da Administração Pública ao princípio da juridicidade administrativa.

Inicialmente, a jurisprudência brasileira[11], acompanhada pela doutrina tradicional, considerava

---

10 O contencioso administrativo é o controle realizado por uma jurisdição especial, característico de sistemas de jurisdição dúplice, nos quais existem Tribunais especificamente dotados de competência para apreciar litígios em que a Administração Pública seja parte. Esta, portanto, nesse sistema, não se submete à jurisdição comum.

11 BRASIL, STJ, 6ª T., RMS nº 14967/SP, Rel. Min. Vicente Leal, DJ 22/04/2003.

que os atos discricionários não se submeteriam ao controle judicial. Fundados na crença de que, se a liberdade de escolha foi conferida com exclusividade pela lei à Administração, só seria possível ao Judiciário o exame quanto à legalidade estrita, sendo-lhe vedado o controle do motivo e do objeto, deferidos ao administrador para atuar livremente. Não poderia, pois, o órgão jurisdicional investigar para além do texto positivado.

Com efeito, a doutrina clássica, capitaneada principalmente por Fagundes (*apud* MEIRELLES, 2008) e Meirelles (2008), defendia que a extensão do controle judicial sobre os atos resultantes do exercício da competência discricionária deveria se restringir tão-somente ao exame da sua legalidade e legitimidade[12], não lhe sendo lídimo proceder à sindicabilidade do mérito administrativo, posto que este pertenceria estritamente ao campo de livre atuação do administrador, que através de juízo próprio de conveniência e oportunidade decidiria sobre a melhor opção diante o caso concreto.

Ademais, negava a jurisprudência, também alicerçada na doutrina, a necessidade de motivação dos atos discricionários. Essa inexigibilidade de motivação decorria da crença de que a valoração da conveniência e oportunidade do administrador, no exercício da competência discricionária, por não se submeter ao exame jurisdicional, prescindiria de qualquer motivação (FIGUEIREDO, 2001).

Todo esse arcabouço teórico tinha por fundamento a Separação dos Poderes, que conferiria ao Judiciário o exame dos atos administrativo sob o prisma tão-somente da legalidade. Seria impossível ao Judiciário o controle do mérito dos atos administrativos discricionários, sob a justificativa de que o juiz não seria o destinatário dos juízos de conveniência e oportunidade, sendo seu único beneficiário, o administrador. Assim, cada órgão do Poder deveria agir nos limites que lhe são impostos quando da conferência de suas respectivas competências.

Nesse contexto, entendia-se que, se a lei não pode excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (CF, art. 5ª, XXXV), caso o ato discricionário fosse levado ao Judiciário, o juiz deveria identificar o âmbito do mérito administrativo, onde está alojado o desempenho do poder discricionário e, em não se vislumbrando infração a esse poder, ou verificando que o administrador praticou o ato dentro do círculo delineado pela lei, não haveria possibilidade de sua modificação, porquanto traduziria ato compatível com a lei e com a ordem jurídica, não podendo o juiz, desta feita, sobrepor ou impor o seu próprio juízo de conveniência e oportunidade no lugar da decisão administrativa discricionária (MEIRELLES, 2008).

O caminho da evolução foi, sem dúvida, a possibilidade de o Judiciário controlar toda a atividade administrativa, desde que não invadisse o mérito das decisões discricionárias (FIGUEIREDO, 2001). De fato, a primeira evolução no sentido de se admitir o controle judicial dos atos ditos discricionários surge a partir da adoção de teorias como a do *desvio de poder* e a dos *motivos determinantes* (BINENBOJM, 2008).

Com efeito, a noção de discricionariedade atrelada à sempre necessária consecução da finalidade pública conduziu, inicialmente, à construção da *teoria do desvio de poder*, surgida na França, e sintetizada na idéia de que o resultado almejado pelo agente deve sempre corresponder ao resultado prático que concretize o fim tutelado na norma legal, que será eminentemente público. Para essa teoria o agente que se evade do fim legal, extravia-se da finalidade cabível em face da lei. Trata-se, pois, de uma transgressão à legalidade (MELLO, 2006).

Além de fixar limites ao exercício do poder discricionário, a *teoria do desvio do poder* veio à tona para possibilitar o controle da discricionariedade por parte do Poder Judiciário. Referido controle, contudo, é um controle de estrita legalidade, não agredindo de modo algum o campo de liberdade administrativa prevista na norma in abstrato (MELLO, 2006). Ademais, a noção de legalidade é restrita ao campo formal, sem qualquer conteúdo axiológico na sua composição.

Em seguida, surge a *teoria dos motivos determinantes,* como mais um instrumento para o Poder Judiciário proceder à controlabilidade da discricionariedade administrativa. Nascida igualmente no

12 Por legalidade entendia-se a conformidade do ato com a norma que o rege. Já por legitimidade entendia-se a conformidade dos atos administrativos com os princípios básicos da Administração, como o interesse público, moralidade, finalidade etc.

Direito francês, a teoria dos *motivos determinantes* baseia-se no princípio de que o motivo ensejador do ato administrativo deve sempre guardar uma relação de compatibilidade com a situação de fato que gerou a manifestação da vontade do administrador. De acordo com essa teoria, mesmo nos casos de atos administrativos discricionários que dispensem a expressa motivação, se esta existir, o agente estará vinculado aos termos dos motivos expressados que o levaram a agir (CARVALHO FILHO, 2007).

Desta feita, uma vez enunciados, pelo agente, os motivos que o embasaram para praticar determinado ato, ainda que a lei não tenha estabelecido antecipadamente quais os motivos que ensejariam a sua prática, aquele só será válido e, portanto, legal, se os motivos declarados efetivamente ocorrerem e justificarem a edição do atuar estatal.

Entrementes, tendo em vista a constitucionalização do direito administrativo, expressada pela vinculação do administrador não apenas aos comandos legais, mas também aos dispositivos e valores constitucionais, não se pode mais conceber que a Administração Pública, sob a escusa de que se estaria ferindo o princípio da separação das funções do Estado, possa praticar atos discricionários cujo mérito seja totalmente impenetrável.

Esse entendimento vem sofrendo modificações na doutrina que tem revelado uma tendência à ampliação do exercício do controle da Administração Pública pelo Judiciário, a partir da introdução da necessidade de adequação de sua atividade com os princípios implícitos e explícitos contidos no ordenamento jurídico.

Nesse sentido, ao lado das teorias dos motivos determinantes e do *desvio de poder*, exsurge o princípio da juridicidade ou da legalidade em sentido amplo, como mais uma alternativa a justificar a controlabilidade dos atos administrativos em sede de controle jurisdicional, sobretudo dos praticados no exercício das prerrogativas discricionárias. Verifica-se uma ampliação dos critérios de aferição da legalidade dos atos da Administração, que não mais se restringem às leis, mas ao Direito como um todo, porquanto englobam, além das leis infraconstitucionais, as regras e os princípios constitucionais.

Em outras palavras, exige-se que não só os aspectos de legalidade formal, mas também os princípios sejam levados em conta quando da apreciação dos atos administrativos discricionários. Propaga-se, então, a doutrina do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa, fundamentalmente apoiada na normatividade dos princípios.

De fato, a normatividade dos princípios é uma das novidades do período pós-positivista, na medida em que os princípios passam a ter *status* de norma jurídica, superando a crença de que teriam uma dimensão puramente axiológica, destituídos de qualquer eficácia jurídica ou aplicabilidade direta ou imediata. É nesse sentido que a dogmática moderna enquadra as normas em geral, principalmente as constitucionais, em duas categorias diversas, quais sejam, a dos princípios e a das regras (BARROSO, 2001).

Na lição de Alexy (*apud* SILVA, C., 2005), princípios jurídicos encerram *mandados de otimização*, no sentido de comandos normativos que apontam para uma finalidade ou estado de coisas a ser alcançado, mas que admitem concretização em graus, de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas. As regras, por sua vez, são normas binárias, aplicadas sobre a lógica do "tudo ou nada", nem mais nem menos, ao contrário dos princípios, que possuem uma dimensão de peso, aplicados através de juízos de ponderação a vista de princípios concorrentes e em virtude de eventuais limitações materiais à sua concretização.

Nesse diapasão, Di Pietro (1991, p. 77) nos ensina que:

> *Quando, porém, à lei formal se acrescentam considerações axiológicas – o que aconteceu com a instauração do Estado de Direito Democrático – amplia-se a possibilidade de controle judicial, porque, por essa via, poderão ser corrigidos os atos administrativos praticados sob inobservância de certos valores adotados como dogmas em cada ordenamento jurídico. Isto significa que a discricionariedade administrativa sofre maiores limitações, ficando muito mais complexa a atividade de controle. À medida que a lei foi reconquistan-*

do o seu sentido axiológico perdido por influência do positivismo jurídico, novos princípios foram sendo elaborados como formas de limitar a discricionariedade administrativa e, paralelamente, ampliar a esfera de controle pelo Poder Judiciário.

Com efeito, não mais se concebe, no Estado Democrático de Direito, que o administrador público, sob a escusa de estar agindo sob o manto da lei, haja com total liberdade na prática do ato administrativo discricionário, sem quaisquer limites no que diz respeito ao seu mérito, ainda mais quando este se encontra em total dissonância com a norma constitucional.

Binenbojm (2008) chega a afirmar que, diante da emergência da noção de juridicidade administrativa, que vincula a Administração diretamente aos ditames constitucionais, não mais se permite falar, tecnicamente, numa autêntica dicotomia entre atos vinculados e discricionários, mas sim, em diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade.

Nesse sentido, continua o supracitado autor asseverando que as diversas figuras que caracterizam os diferentes graus de vinculação à juridicidade (vinculação plena, conceitos jurídicos indeterminados, margem de apreciação, opções discricionárias, redução da discricionariedade a zero) nada mais são do que os códigos dogmáticos para uma delimitação jurídico-funcional dos âmbitos próprios da Administração e dos órgãos jurisdicionais (BINENBOJM, 2008).

Dessa forma, pretende-se caracterizar a discricionariedade, essencialmente como um espaço carecedor de legitimação, isto é, em um campo, não de escolhas puramente subjetivas, mas num campo de fundamentação dos atos e políticas públicas adotados, dentro de parâmetros jurídicos estabelecidos pela própria Constituição e pela lei (BINENBOJM, 2008).

Assim, o antigo mérito do ato administrativo discricionário sofre, assim, um sensível estreitamento, em decorrência desta incidência direta dos princípios constitucionais. Não mais é possível afirmar que haja um espaço decisório da Administração que seja externo ao direito, nem tampouco que haja uma margem decisória totalmente imune à incidência dos princípios constitucionais. Existem sim graus de vinculação da Administração à juridicidade. Ao maior ou menor grau de vinculação do administrador à juridicidade corresponderá, via de regra, ao maior ou menor grau de controlabilidade judicial dos seus atos (BINENBOJM, 2008).

Nesse prisma, há, hodiernamente, a possibilidade de o Judiciário efetuar o controle da discricionariedade administrativa não por simples análise de critérios formais, mas principalmente quanto a aspectos concernentes à essência do ato. Em outras palavras, isso significa conferir aos órgãos jurisdicionais a possibilidade de invalidar atos discricionários que desatendam ao interesse público estatuído pela norma, incluindo-se também aqueles que, malgrado hajam atendido uma finalidade pública, poderiam fazê-lo de forma mais eficiente. Do mesmo modo, lança-se a possibilidade de verificar a adequação entre o ato editado e os motivos que inspiraram sua prática, bem como a possibilidade de invalidá-los por violação direta ou indireta aos princípios legais e constitucionais.

Todavia, a justificada cobrança de um controle judicial mais efetivo dos atos administrativos, em defesa dos direitos e garantias fundamentais, na dicção de Krell (2004, p. 48), não deve chegar ao ponto de querer atribuir "todo o poder aos juízes", na crença de que suas decisões realizem sempre e sempre resultados socialmente desejáveis. Dever-se-á velar também pela responsabilidade primordial dos órgãos da Administração Pública pela aplicação efetiva das leis e do Direito.

De fato, nunca se deve perder de vista a noção de que cada órgão do Poder possui uma área de atuação exclusiva. Assim, o controle da discricionariedade deve, pois, ter lugar somente quando ocasionar lesão a direitos fundamentais. A vinculação da Administração à realidade constitucional faz com que seus atos sejam vigiados, não como uma forma de intervenção em sua conveniência e nem na respectiva oportunidade, mas sim para mantê-la atrelada aos seus instrumentos condicionantes.

Nesse sentido, importante destacar as lições de Binenbojm (2008, p. 29-30), para quem:

Não obstante, há que se reconhecer uma certa margem de livre conformação de legisladores e administradores, na definição das medidas de proteção e promoção dos direitos fundamentais. O dever de agir do Estado não configura como um dever de agir específi-

co, o qual será definido pela lei ou pela própria Administração. Como ensina Ingo Sarlet, "uma pretensão individual somente poderá ser acolhida nas hipóteses em que o espaço de discricionariedade estiver reduzida a zero". [...] Assim, diante dos conceitos jurídicos indeterminados e de espaços de discricionariedade (isto é, de baixa vinculação direta à lei ou de vinculação direta aos princípios constitucionais), deve o administrador fazer-se permeável ao sistema de direitos fundamentais e levá-lo devidamente em conta em seus respectivos juízos de apreciação ou de escolha.

Deste modo, nos campos em que, por sua alta capacidade técnica e dinâmica específica, faleceram parâmetros objetivos para uma atuação mais incisiva do Judiciário, a intensidade desse controle será naturalmente menor. Ademais, há situações em que, pelas circunstâncias concretas, as decisões devem estar naturalmente a cargo do Poder Executivo, seja por seu lastro (direto ou indireto) de legitimação democrática, seja após uma legitimação deferida após um processo amplo e efetivo de participação dos administrados na tomada da decisão (BINENBOJM, 2008).

Por outro lado, o controle judicial será mais amplo na medida em que a atuação administrativa avança em direção aos direitos fundamentais, restringindo-os. Assim, o administrador, no exercício do agir discricionário, deverá encontrar, numa análise macro do Direito, aquele ato que se mostre imprescindível para a consecução de um fim, que será, necessariamente, público e consentâneo com os direitos fundamentais.

Nessa linha, exige-se uma distribuição de tarefas e responsabilidades "funcionalmente adequada" entre o Executivo e o Judiciário, que deve levar em conta a específica idoneidade em virtude da sua estrutura orgânica, legitimação democrática, meios e procedimentos de atuação, preparação técnica etc., para decidir sobre a propriedade e a intensidade da revisão de decisões administrativas, sobretudo das mais complexas e técnicas, pelos tribunais (KRELL, 2004).

Dessa forma, a nova concepção do direito por princípios, bem como a constitucionalização da Administração Pública acarretaram novos contornos ao exercício do controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários, em que os princípios, como o da proporcionalidade, razoabilidade, moralidade, eficiência, legalidade, finalidade, motivação, segurança jurídica, interesse público, dentre outros, forçam a reconstrução do direito administrativo à luz do direito constitucional.

Nesse contexto, em face dessa nova postura pós-positivista do direito, que confere ao Poder Judiciário competência para uma aferição mais acurada da discricionariedade administrativa, é de se destacar que o objeto de estudo desta monografia restringe-se à análise da carga participativa do princípio constitucional implícito da proporcionalidade no controle da discricionariedade administrativa.

Procura-se demonstrar que o órgão jurisdicional, através da aplicação da estrutura lógico-normativa do princípio da proporcionalidade, poderá averiguar se as ponderações feitas pelo administrador na conjugação entre os interesses coletivos e direitos fundamentais revelaram-se desproporcionais ou irrazoáveis, podendo, desta feita, proceder a sua invalidação, se for o caso, sem desrespeitar, contudo, o espaço de conformação deixado ao agente público pela norma diretiva da conduta administrativa.

3.3 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

3.3.1 LINHAS EVOLUTIVAS

O princípio da proporcionalidade desenvolveu-se, inicialmente, de forma mais marcante, no direito administrativo francês, através de um controle de natureza administrativa sobre os atos discricionários do Poder Executivo. A idéia de controle, contudo, girava em torno do controle do chamado "poder de polícia" (BARROS, 1996).

Mas foi na Alemanha que o princípio da proporcionalidade surgiu e se desenvolveu nos moldes em que é entendido atualmente. Associado freqüentemente à razoabilidade, esse princípio aplicava-se tão-somente no âmbito do direito administrativo alemão, como meio de limitação do poder da administração, para somente após migrar para o direito constitucional.

Sobredito fato devia-se à crença de que, dentro dos parâmetros formais estatuídos na Constituição, o legislador poderia exercer seu poder de forma ilimitada. Por outro lado, o administrador estava sujeito ao princípio da reserva da lei, no sentido de que o ato administrativo que impusesse alguma restrição ou ônus ao particular dependia, para sua validade, de um fundamento legal (CAVALLI, 2006).

Contudo, em razão da II Guerra Mundial e da afirmação de regimes totalitários, como a ditadura nazista, ficou evidenciado que a positivação de um bem elaborado catálogo de direitos não era suficiente para amparar esses mesmos direitos. Dessa forma, os juristas se deram conta de que existem leis injustas, e por essa razão, passaram a pregar a limitação do poder legiferante, sob a justificativa de que a legislação formalmente editada, conforme as regras procedimentais previstas no ordenamento jurídico, poderia não guardar uma relação de compatibilidade com a idéia de justiça, perdendo, dessa forma, a sua vinculatividade.

Nesse contexto, o princípio da legalidade, que teve seu apogeu no direito positivo da Constituição de Weimar vem a ser substituído pela ascensão dos princípios constitucionais, que trouxe para o centro do sistema jurídico o respeito aos direitos fundamentais. A partir de então, o legislador passa a ter sua atuação aferida a partir do parâmetro representado pelos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados (CAVALLI, 2006). Assim evoluiu-se do princípio da reserva legal para "o princípio da lei proporcional".

Nesse sentido, após a fase ditatorial, foi promulgada na Alemanha, em 1949, a lei fundamental de Bonn, com forte tendência jusnaturalista, voltada à dignidade da pessoa humana como premissa máxima a balizar todo exercício do poder estatal (GUERRA, 2005).

Dessa forma, a transformação das leis fundamentais retira do legislador a soberania absoluta, na medida em que confere ao juiz a competência para examinar e controlar a correta aplicação das normas, a partir da aferição da compatibilidade entre os meios e os fins, de modo a evitar restrições desnecessárias ou abusivas contra os direitos fundamentais (GUERRA, 2005).

Assim, a proporcionalidade passa a ter a função, de um lado, de estabelecer limites à atividade estatal, e de outro, de garantir ao máximo a liberdade dos cidadãos, ou seja, sua aplicação pressupõe, de um lado, a existência mesma do Estado e, de outro, a garantia de direitos individuais (CAVALLI, 2006).

Passa-se, então, à idéia de que toda intervenção estatal na esfera dos direitos fundamentais deve se pautar pela idéia de proporcionalidade entre meios e fins, não se limitando assim ao controle dos atos discricionários emanados do Executivo. Assim, submetidas a tal princípio estariam também a atividade legislativa na elaboração de leis restritivas de direitos fundamentais e a atividade jurisdicional.

Malgrado tenha se originado do direito alemão, o princípio da proporcionalidade transcendeu a esse ordenamento jurídico e se expandiu para outros sistemas normativos, principalmente a partir da ascensão do chamado "pós-positivismo". Não se pode olvidar, porém, que a construção da teoria que lhe é subjacente se deu em um ordenamento jurídico peculiar, que não é (nem poderia ser) idêntico ao brasileiro. Por isso, é preciso proceder de forma cautelosa quando da "importação" do princípio da proporcionalidade tal como elaborado na Alemanha, sob pena de se adotar uma formulação incompatível com nosso sistema constitucional.

No âmbito do Direito Administrativo o princípio da proporcionalidade se justifica pela grande importância que desempenha na limitação do poder discricionário do administrador, dando maior amplitude na apreciação do ato administrativo pelo Poder Judiciário, conforme será esmiuçado posteriormente.

Cumpre destacar que existe grande celeuma em sede doutrinária acerca da autonomia científica do princípio da proporcionalidade em cotejo com o princípio da razoabilidade. A doutrina, ora os trata como sinônimos, ora procura extremá-los ou mesmo tratá-los como parcela do outro.

A doutrina mais abalizada, que constitui a terceira corrente, majoritária no Brasil, defende que a proporcionalidade é apenas uma faceta da razoabilidade. A despeito das opiniões em contrário, acredita-se que esta última corrente, que faz referência ao princípio da razoabilidade como um gê-

nero, sendo a noção de proporcionalidade uma de suas vertentes, parece ser a mais consentânea com a idéia de razoabilidade, uma vez que, inexistindo proporcionalidade entre os meios adotados e o fim que se objetiva alcançar não se pode falar na razoabilidade da atuação estatal. Isso porque a razoabilidade exige, entre outros aspectos, que haja proporcionalidade entre os meios utilizados pelo administrador público e os fins a que ele pretende alcançar com a prática do ato.

3.3.2 OS SUB-PRINCÍPIOS ESTRUTURANTES DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade costuma ser estruturado em três elementos ou sub-princípios pela doutrina seguidora da escola alemã, quais sejam: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

O sub-princípio da adequação ou conformidade impõe que o meio seja idôneo para atingir o fim ou fins a ele subjacentes. Trata-se de uma relação de adequação medida-fim. Já o sub-princípio da necessidade destaca a imperiosidade de submeter o cidadão à menor desvantagem possível, no sentido de que a medida não pode exceder os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo que se pretenda alcançar, vale dizer: a medida só pode ser admitida quando for necessária, não havendo outro meio menos oneroso para se alcançar o interesse público (CANOTILHO, 2003).

Por fim, o sub-princípio da proporcionalidade em sentido estrito, também entendido como princípio da justa medida, relaciona-se com a análise quantitativa da relação existente entre a utilização do meio e a mensuração do fim, ou seja, serve para investigar se o ato não utilizou o meio de forma exagerada ou insuficiente. Aborda, portanto, o equilíbrio quantitativo entre causa e efeito, meio e fim, ato e conseqüência jurídica. Em outras palavras, é feito um juízo de ponderação, com o objetivo de avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim, sopesando-se as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim (CANOTILHO, 2003).

Destaque-se que a aferição do atendimento a tais sub-princípios deverá ser realizada diante do caso concreto. Nesse sentido, Silva, V. (2002) sugere que não só sejam explicados em separado, mas também que sejam analisados, diante do caso concreto, de forma subsidiária ao outro (a análise da adequação precede a da necessidade que, por sua vez, precede a da proporcionalidade em sentido estrito). Salienta o mencionado autor, todavia, que a utilização dessa subdivisão vem sendo ignorada pela jurisprudência pátria ou mesmo sendo utilizada, mas de forma assistemática.[13]

Destarte, sendo a atividade administrativa discricionária uma atividade de concreção da lei, de implementação dos fins legais e constitucionais, deve a Administração, diante do caso concreto, proceder à avaliação da medida apta, necessária e proporcional para se alcançar o fim ou fins previamente previstos pela lei e pela Constituição, ainda que, por vezes, de forma implícita.

3.4 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO CONTROLE JUDICIAL DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

Sabendo-se que as competências administrativas só podem ser validamente exercidas na extensão e intensidade proporcionais ao que seja realmente demandado para o cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas, segue-se que os atos que ultrapassem o necessário para alcançar o fim, tornam-se ilegítimos, porquanto, desbordantes dos limites legais cabíveis naquele caso (MELLO, 1998). Caberá então ao Judiciário aferir se a decisão administrativa, mormente no exercício da competência discricionária, realizou-se de maneira apta, necessária e proporcional aos fins colimados pela regra aplicanda.

Nesse sentido, pode-se afirmar que o grande fundamento do princípio da proporcionalidade recai sobre o excesso de poder, e o seu fim, conforme aponta Carvalho Filho (2007), destina-se basicamente a conter os atos e condutas dos agentes administrativos que ultrapassem os limites adequados para a concretização das finalidades colimadas pela Administração. Desse modo, refe-

13 Nesse sentido: BRASIL, TRF, 5ª R., 4ª T., APELREEX nº 200880000025554, Rel. Des. Fed. Margarida Cantarelli, DJU 12/08/2009; TRF, 1ª R., 5ª T., AI nº 200501000120785, Rel. Des. Fed. Selene Maria de Almeida, DJU 29/06/2006; TRF, 2ª R., 7ª T., AC nº 199851010097182, Rel. Des. Fed. Theophilo Miguel, DJU 28/09/2006.

rido princípio serve justamente para que a atuação estatal se processe de forma equilibrada, sem excessos e proporcionalmente adequada ao objetivo a ser atingido.

Através de sua observância, objetiva-se evitar restrições desnecessárias ou abusivas por parte da Administração, que lesionem os direitos fundamentais, na medida em que proporciona a aferição da compatibilidade entre os meios e os fins (MEIRELLES, 2008). De fato, estará atuando dentro do campo de liberdade conferida pela lei, o administrador que adotar medidas proporcionais ao fim previsto pela norma jurídica. Assim, a proporcionalidade, além de orientar o julgador, também serve como parâmetro para o administrador público no exercício da competência discricionária.

Nesse diapasão, Chaib (2008) ensina que, embora seja amplo o espectro de sua atuação, o princípio da proporcionalidade encontra sua máxima voltada para a proteção do indivíduo diante da emanação de atos restritivos, limitadores de situação jurídica. Desse modo, a despeito da atividade multifacetária conferida à Administração, impondo hodiernamente, a seus agentes, novos desafios, através da implementação de condutas administrativas de diversas naturezas, é no campo das restrições administrativas em face dos direitos dos cidadãos que o princípio da proporcionalidade encontra, de forma incisiva, o seu campo propício.

Destarte, embora se preste ao exame de toda atividade administrativa, é no âmbito da discricionariedade administrativa que o princípio da proporcionalidade tem sua maior participação, servindo-lhe como instrumento de limitação, bem como objeto de ampliação do âmbito do controle judicial dos atos administrativos exercidos com competência discricionária.

3.4.1 OPERATIVIDADE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO CONTROLE JUDICIAL DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

Conforme salientado no segundo item deste capítulo, quando a lei determina de modo completo como se dará a atuação administrativa, como a única satisfatória ao atendimento da finalidade pública, nenhuma dificuldade jurídica de monta se propõe. Todavia, quando é deferido ao administrador certa margem de apreciação na escolha da melhor providência, dentre as possíveis, para que, diante do caso concreto, alcance a ideal satisfação da finalidade pública, deve o Judiciário, quando provocado averiguar se o administrador atuou dentro do seu dever de melhor atender a essa finalidade.

Nesse sentido, exsurge o princípio da proporcionalidade como mais um poderoso instrumento a delimitar a atividade estatal, na medida em que foi trazido pela doutrina contemporânea com o fim de permitir um controle mais efetivo dos atos praticados no exercício da discrição administrativa, de modo a evitar o uso arbitrário da máquina estatal.

É diante dos pressupostos fáticos, autorizadores do ato administrativo discricionário, que recairá o exame da proporcionalidade. Em outras palavras, serão os motivos ou pressupostos fáticos, ocorridos no mundo fenomênico, que serão objeto de confronto com o motivo legal. Mesmo nos casos em que a lei não indica o motivo legal, faz-se imprescindível a valoração dos fatos ensejadores do proceder administrativo, através da operacionalização do princípio da proporcionalidade, na aferição entre os meios e os fins.

Saliente-se que, no Estado de Direito, qualquer função administrativa deve estar autorizada pelo ordenamento jurídico, guardando com a lei uma relação de subordinação, não se confundindo, dessa forma, a noção de discricionariedade com a noção de arbitrariedade.

Com efeito, trata-se de conceitos diametralmente opostos, posto que, enquanto na arbitrariedade o agente exorbita de sua competência legal, utilizando-se de instrumentos proibidos ou inadequados, com finalidades estranhas ao interesse público, na discricionariedade há a presunção, embora relativa, de obediência aos parâmetros legais e a correta subsunção do caso concreto às categorias impostas pela lei (FRANÇA, 2000). Ato discricionário, quando autorizado pelo Direito, é ato legal e válido; ato arbitrário é sempre ilegítimo e inválido (MEIRELLES, 2008). O agente atua, neste último caso, segundo seu exclusivo critério, desconhecendo ou desconsiderando os limites jurídicos.

Assim, toda demasia, excesso, providência que ultrapasse o que seria requerido para – em face dos motivos que a suscitaram – atender o fim legal, será uma extralimitação da competência e, pois, uma invalidade, revelada na desproporção entre os motivos e o comportamento que nele se queira

apoiar (MELLO, 2006).

O princípio em destaque serve, então, para manter a discricionariedade dentro de seus reais limites, submetendo os atos administrativos a parâmetros de obediência inadversável. Se, por exemplo, for expedida uma ordem para paralisar as atividades de determinado estabelecimento comercial, por ter ali sido encontrados alguns enlatados com prazos de validade expirados, mediante a destruição do referido estabelecimento, a medida se mostra desproporcional, não podendo o Poder Judiciário, quando provocado, abster-se de apreciar o caso sob a alegação de que estaria ferindo o princípio da separação do Poderes.

Da mesma forma, pode-se falar em desproporcionalidade, aferível pelo Judiciário, a realização de uma desapropriação quando a servidão administrativa seria suficiente para o atendimento da finalidade pública. Assim, negar a aferição judicial dos atos administrativos discricionários desproporcionais significa denegar a própria prestação jurisdicional devida ao administrado.

Nesse sentido, dispõe Mello (2008, p. 108-109), para quem:

> *Ninguém poderia aceitar como critério exegético de uma lei que esta sufrague as providências insensatas que o administrador queira tomar; é dizer, que avalize previamente condutas desarrazoadas, pois isto corresponderia a irrogar dislates à própria regra de Direito. [...] É óbvio que uma providência administrativa desarrazoada [...] não pode estar conforme à finalidade da lei. Donde, se padecer deste defeito, equivale a dizer que será ilegítima, conforme visto, pois a finalidade integra a própria lei. Em conseqüência, será anulável pelo Poder Judiciário, a instâncias do interessado.*

Assim, sabendo-se que a discricionariedade em potencial não necessariamente se revelará no caso concreto, na medida em que Administração tem o dever de adotar a melhor solução, o controle judicial atuará, com fundamento no princípio da proporcionalidade, no intento de verificar se a solução é a ideal, de excelência, que contempla plenamente o interesse público. Haverá, então, um exame de legalidade em sentido amplo, com fundamento na lei, na Constituição e nos princípios basilares do ordenamento jurídico, dentre os quais o da proporcionalidade.

A relevância da discussão pode ser atestada por inúmeros provimentos jurisdicionais que enfocam a necessidade de um maior controle a ser exercido sobre a discricionariedade administrativa, sobretudo no controle da proporcionalidade e razoabilidade da medida adotada. Nesse contexto, vejamos o entendimento que vem, cada vez mais, avançando na jurisprudência pátria:

> *EMENTA: ADMINISTRATIVO. AÇÃO ORDINÁRIA. IMPUGNAÇÃO DE MULTA. ART. 630, § 5º DA CLT. TRANSPORTE DOS FISCAIS DO TRABALHO. PASSE LIVRE. LINHA SELETIVA. DISCRICIONARIEDADE DO ATO ADMINISTRATIVO. CONTROLE. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE DO ATO. [...] 2. A atuação da Administração Pública deve seguir os parâmetros da razoabilidade e da proporcionalidade, que censuram o ato administrativo que não guarde uma proporção adequada entre os meios que emprega e o fim que a lei almeja alcançar. 3. A razoabilidade encontra ressonância na ajustabilidade da providência administrativa consoante o consenso social acerca do que é usual e sensato. Razoável é conceito que se infere a contrario sensu; vale dizer, escapa à razoabilidade "aquilo que não pode ser". A proporcionalidade, como uma das facetas da razoabilidade revela que nem todos os meios justificam os fins. Os meios conducentes à consecução das finalidades, quando exorbitantes, superam a proporcionalidade, porquanto medidas imoderadas em confronto com o resultado almejado. [...] 5. Recurso especial conhecido e improvido (BRASIL, STJ, 1ª T. RESP nº 200200778744. Rel. Min. Luiz Fux, DJ 21/10/2003).*

No tocante ao mérito do ato administrativo, não há óbice à sua invalidação por parte do Poder Judiciário, posto que o que se estará retirando da ordem jurídica não é um ato exercido dentro de

sua conveniência e oportunidade, mas sim um ato ilegal. Nas lições de Binenbonjm (2006), não se controla o mérito do ato administrativo em descompasso com a proporcionalidade, mas apenas se reconhece que o conteúdo desproporcional do ato simplesmente não é mérito. Em outras palavras, não há conveniência e oportunidade possível fora dos limites estabelecidos pela proporcionalidade.

Esse também é o entendimento de Barroso (2007), para quem o conhecimento convencional de que a cognição judicial sobre a discricionariedade administrativa se limita aos aspectos da legalidade do ato (competência, forma e finalidade) e não ao seu mérito (aí incluídas a conveniência e a oportunidade), não mais pode ser aceitável, na medida em que os princípios constitucionais gerais, mas também os específicos, como moralidade, eficiência e, sobretudo, a razoabilidade-proporcionalidade permitem o controle da discricionariedade administrativa, devendo-se observar, naturalmente, a contenção e a prudência, para que não se substitua a discricionariedade do administrador pela do juiz.

É de se destacar ainda que a jurisprudência pátria também tem avançado nesse sentido, entendendo que o administrador deve exercer o seu poder discricionário dentro dos estreitos limites da moralidade, da razoabilidade e da proporcionalidade, sob pena de ofensa à lei e à Constituição, que não autorizam senão medidas onde o interesse público seja legítimo[14].

Também vem sendo assentado pela jurisprudência que, na atualidade, a Administração Pública está submetida ao império da lei, inclusive quanto à conveniência e oportunidade do ato administrativo, devendo o Poder Judiciário, pois, não mais se limitar a examinar os aspectos extrínsecos da administração, mas as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que, essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade[15].

Dessa forma, deve-se entender que o mérito administrativo, ao contrário do sentimento que ainda domina o Judiciário brasileiro, não é uma área totalmente imune à sindicabilidade judicial. Se assim fosse, haveria um poder absoluto, incompatível com o princípio republicano e com o Estado Democrático de Direito. O mérito pode sim sofrer controle jurisdicional, que deverá proceder à verificação da sua conformidade com o ordenamento jurídico, mormente com a Constituição Federal.

Contudo, conforme salientado anteriormente, não se pode olvidar que em certos casos remanescerá uma liberdade de escolha para a Administração que, mesmo analisando sob a perspectiva da razoabilidade/ proporcionalidade, não será possível apontar qual a melhor alternativa. Nesses casos, a discricionariedade mostra-se não só na hipótese, mas também no caso concreto, não sendo lídimo, pois, a sindicabilidade judicial sobre a medida administrativa discricionária licitamente tomada.

4. CONCLUSÕES

Considerando a questão do papel desempenhado pelo Poder Judiciário na aferição da discricionariedade administrativa, o presente trabalho teve por escopo traçar um estudo acerca desse controle, utilizando-se do princípio constitucional implícito da proporcionalidade, sobretudo diante da dimensão contemporânea da tripartição das funções típicas do Estado e do neoconstitucionalismo vigente. Dessa forma, pode-se afirmar que, hodiernamente, a conduta administrativa discricionária tem sua sindicabilidade ampliada por parte desse órgão judicante, mormente diante da incidência direta dos princípios e normas constitucionais sobre as condutas administrativas.

Malgrado não esteja expressamente previsto no texto constitucional, o princípio da proporcionalidade encontra-se presente de forma implícita, espalhado por toda a sistemática jurídico-constitucional, notadamente em razão da força normativa e do caráter axiológico conferidos aos princípios no período pós-positivista, no qual são alçados a verdadeiros corolários a balizar todo o agir estatal, principalmente em razão da necessária proteção e concretização dos direitos funda-

14 BRASIL, STJ, 6ª T. RESP nº 79761/DF, Rel. Min. Anselmo Santiago, DJU 09/06/1997; TRF, 1ª R. 5ª T., AMS nº 200341000053830, Rel. Des. Fed. João Batista Moreira, DJU 05/10/2005; TRF, 2ª R. 1ª T., AC nº 200551040039130, Rel. Des. Fed. Márcia Helena Nunes, DJU 17/07/2009; BRASIL, TRF, 5ª R. 4ª T., AC nº 200680010008830, Rel. Des. Fed. Ivan Lira de Carvalho, DJU 09/01/2008.

15 BRASIL, STJ, 2ª T., RESP nº 429570/GO, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU 22/03/2004.

mentais, núcleo essencial do constitucionalismo contemporâneo.

De fato, constata-se que com o neoconstitucionalismo, conferiu-se ao Judiciário a missão de garantir a observância das normas constitucionais, podendo para tanto até mesmo proceder a controlabilidade dos atos administrativos discricionários de forma ampla, a fim de que, sob a escusa de que estariam acobertados pela liberdade de agir deferida pela norma, não se desgarrem dos princípios objetivos e das normas fixadas pela lei e pela Constituição.

Nesse sentido, restou patente que o que cabe a esse órgão judicante, quando em sua atividade de controle dos atos administrativos discricionários, é saber se a escolha levada a efeito pela Administração se manteve nos lindes do razoável, ou seja, se não transbordou dos limites a que está sujeita pelo ordenamento jurídico-positivo.

A própria idéia hodierna de constitucionalização do direito administrativo, com a adoção do sistema dos direitos fundamentais e do sistema democrático como valores axiológicos informadores do ordenamento jurídico, corrobora para essa nova postura do Judiciário brasileiro na confrontação dos atos do poder público, notadamente daqueles praticados no exercício da discricionariedade administrativa, com os ditames constitucionais.

Considerando que a discricionariedade administrativa é conferida ao administrador público tendo em vista a impossibilidade prática de estabelecer o comportamento excelente, diante da multifacetária realidade fática a que está submetido, entende-se que referida liberdade de agir não é absoluta, estando sua atuação diretamente vinculada pelos parâmetros legais e constitucionais.

Desse modo, depreende-se que o princípio da proporcionalidade ganha destaque, na medida em que auxilia, não só no controle do ato administrativo discricionário pelo Judiciário, mas também o próprio agir dos agentes públicos, que deverão conformar seus atos com os elementos componentes da proporcionalidade, quais sejam: com a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Assim, entende-se que o controle judicial da discricionariedade administrativa não significa, conforme salientado, usurpação da competência da Administração Pública, mas tão-somente o exercício do monopólio da jurisdição de verificar, quando provocado, a sujeição do ato administrativo ao princípio da legalidade em sentido amplo, em especial, ao princípio da proporcionalidade. Consubstancia, ademais, o sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*) que prevê que cada órgão do Poder deverá exercer um controle sobre o outro, para que se evite a ocorrência de abusos e arbitrariedades no exercício das funções.

Em relação ao controle judicial sobre o mérito do ato administrativo discricionário, embora a linha de pensamento deste trabalho esteja filiada à doutrina contemporânea, que apregoa um estreitamento do mérito administrativo frente à juridicidade administrativa, entende-se que referido controle deve se realizar nos seus devidos limites, para que o Judiciário não se substitua ao legítimo juízo conferido ao administrador, pela norma atributiva de margem de apreciação, em verdadeira violação à Separação dos Poderes.

Nesse sentido, defende-se que todo e qualquer ato administrativo, inclusive o ato discricionário, é suscetível, pelo menos, a um controle jurisdicional mínimo, devendo ser controlado não somente por sua legalidade, mas por sua juridicidade, na medida em que, a principiologia conferida ao Direito (proibição da arbitrariedade, razoabilidade, proporcionalidade, igualdade, proteção da confiança legítima etc.) aumentou a margem da vinculação dos atos discricionários.

Ademais, os atos administrativos só estarão cumprindo a lei se realmente se mantiverem dentro dos padrões da razoabilidade e da proporcionalidade. Do contrário, esses atos estarão maculados por vício à juridicidade. Mesmo que formalmente aparentem legalidade, serão considerados ilegais/inconstitucionais se não guardarem compatibilidade com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Por outro lado, embora a ampliação da sindicabilidade da discricionariedade administrativa por parte do Poder Judiciário seja a linha de pensamento seguida neste trabalho, defende-se que esse controle deve ser realizado nos seus devidos limites, para que não haja uma indesejada usurpação da independência de um Poder sobre o outro. Isso porque a liberdade administrativa não pode ser

suprimida, apenas condicionada pelos ditames constitucionais, servindo, o princípio da proporcionalidade, como mais um limite impositivo à autoridade administrativa, para que, no exercício da discricionariedade, proceda à escolha da melhor solução, que efetivamente atenda ao interesse público.

Ante o quadro ora esposado, defende-se que o Judiciário não poderá se imiscuir indevidamente na discricionariedade, devendo apenas tornar visível as suas fronteiras, através da perquirição de sua estrutura em busca de eventuais máculas. E constatando estas, restringir-se-á a declarar a invalidade do ato, não competindo ao mesmo dizer qual ato deverá ser praticado pela Administração Pública. Caberá a esta última, levando em conta os limites constantes no ordenamento jurídico, editar novo ato que substitua aquele eivado de vício.

Portanto, não cabe ao órgão judicante dizer se a solução praticada pelo administrador foi a melhor possível, já que se trata de um juízo valorativo, subjetivo do agente público, mas sim, no caso concreto, dizer se a decisão tomada é desarrazoada e desproporcional, anulando o ato praticado por vício de juridicidade, por afrontar as normas e os princípios constitucionais.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO. Alexandre Santos de. *A concepção pós-positivista do princípio da legalidade. Revista de Direito Administrativo.* n. 236. abr./jun., p. 51-64. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº 6, setembro, 2001.* Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 02 set. 2009.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público.* nº 9, março/abril/maio, 2007. Disponível em: < http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp >. Acesso em: 12 de ago de 2009.

_____. Retrospectiva 2008 – *Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público,* nº. 18, abril/maio/junho, 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: 25 ago. 2009.

_____. *Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.* Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/13898/13462>. Acesso em: 15 jul 2009.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais.* Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BINENBOJM. Gustavo. *A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público,* nº 13, mar/abr/maio, 2008. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em: 15 dez 2009.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria de Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização.* Renovar: Rio de Janeiro, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política.* 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Curso de Direito Constitucional.* 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL, Lei 9.784 de 20 de janeiro de 1999. *Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/LEIS/L9784.htm>. Acesso em: 20 dez 2009.

CATTONI, Marcelo. *Direito constitucional.* Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

CAVALLI, Cássio Machado. *A compreensão jurídica do dever de razoabilidade.* Revista Brasileira de Direito Público. ano. 4, n. 13, p. 201-226, abr./jun. Belo Horizonte, 2006.

CHAIB, Liana. *O princípio da proporcionalidade no controle do ato administrativo.* São Paulo: LTr, 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição.* 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 17. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

CUNHA JÚNIOR. Dirley da. *Curso de Direito Constitucional.* 2. ed. Salvador: jusPODIVM, 2008.
_____. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988.* São Paulo: Atlas, 1991.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *O controle jurisdicional da Administração Pública. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica*, v. I, nº 2, maio, 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 20 dez 2009.

FRANÇA, Vladimir da Rocha . *Vinculação e Discricionariedade nos Atos Administrativos.* Revista de Direito Administrativo. v. 222, p. 97-116. Rio de Janeiro, 2000.

GUERRA, Sérgio. O princípio da proporcionalidade na pós-modernidade. *Revista Eletrônica de Direito do Estado,* Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público da Bahia, n° 2, abr/maio/jun, 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 02 jul 2009.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. O *controle jurisdicional das políticas públicas.* 2. tir. Salvador: JusPODIVM, 2009.

KRELL, Andréas J. *A recepção das teorias alemãs sobre "conceitos jurídicos indeterminados" e o controle da discricionariedade no Brasil.* Interesse Público, vol. 23, p. 21-49. Porto Alegre: Notadez, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro.* 34. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2008.

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

_____. *Discricionariedade e controle jurisdicional.* 2. ed. 7. tir. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *"Relatividade" da Competência Discricionária. Revista de Direito Administrativo.* n. 212, abr./jun., p. 49-56. Rio de Janeiro, 1998.

MENDES. Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires & BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional.* 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Novos Desafios da Filtragem Constitucional no Momento do Neoconstitucionalismo.* Revista Eletrônica de Direito Público da Bahia, nº 4, outubro/novembro/dezembro, 2005. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 15 de nov. de 2009.
SILVA. Christine Oliveira Peter da. *Hermenêutica de Direitos Fundamentais.* Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

SILVA, José Afonso da. *O Estado Democrático de Direito.* Disponível em: < http://mx.geocities.com/profpito/estado.html >. Acesso em: 30 set. 2009.

SILVA. Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável.* Revista dos Tribunais. v. 798, abr. p. 23-50, Rio de Janeiro, 2002.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito.* Rio de Janeiro: Forense. 2004.

TOURINHO, Rita. *Discricionariedade Administrativa: Ação de Improbidade & Controle Principiológico.* Curitiba: Juruá, 2004.

VALLE, Vanice Lírio do. *Direito fundamental à boa administração, políticas públicas eficientes e a prevenção do desgoverno.* Interesse Público, n. 48, mar./abr., p. 87-109, Porto Alegre: Notadez, 2008.

JURISPRUDÊNCIA

_____, STJ, 1ª T. RESP n° 200200778744. Rel. Min. Luiz Fux, DJU 21/10/2003.

_____, STJ, 6ª T., RMS nº 14967/SP, Rel. Min. Vicente Leal, DJU 22/04/2003.

_____, STJ, 6ª T. RESP nº 79761/DF, Rel. Min. Anselmo Santiago, DJU 09/06/1997.

_____, TRF, 5ª R., 4ª T., APELREEX nº 200880000025554, Rel. Des. Fed. Margarida Cantarelli, DJU 12/08/2009.

_____, TRF, 2ª R. 1ª T., AC nº 200551040039130, Rel. Des. Fed. Márcia Helena Nunes, DJU 17/07/2009.

_____, TRF, 5ª R. 4ª T., AC nº 200680010008830, Rel. Des. Fed. Ivan Lira de Carvalho, DJU 09/01/2008.

_____, TRF, 2ª R., 7ª T., AC nº 199851010097182, Rel. Des. Fed. Theophilo Miguel, DJU 28/09/2006.

_____, TRF, 1ª R., 5ª T., AI nº 200501000120785, Rel. Des. Fed. Selene Maria de Almeida, DJU 29/06/2006.

_____, TRF, 1ª R. 5ª T., AMS nº 200341000053830, Rel. Des. Fed. João Batista Moreira, DJU 05/10/2005.

A SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO: RELEITURA

Ana Jovina de Oliveira Ferreira
Servidora do Tribunal de Contas do Estado da Paraíba. Aperfeiçoamento no Curso de Preparação à Magistratura pela Escola Superior da Magistratura da Paraíba (ESMA-PB). Especialização em Direito Municipal pela Faculdade Baiana de Direito e Gestão (FBD). Graduada em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB).

RESUMO: *A autora busca fundamento teórico no neoconstitucionalismo para contextualizar as novas diretrizes hermenêuticas acerca da aplicação do princípio da supremacia do interesse público, relegando proposta doutrinária de uma suposta "desconstrução" do princípio. O estudo parte da importância do princípio no âmbito do direito administrativo, suas características e origem. Ao identificar base no princípio republicano, sugere sua ampla validade no ordenamento jurídico, ainda que admita a possibilidade de não prevalecer frente a conflito com princípio ou valor constitucional preponderante no caso concreto, sobretudo ante ao imperativo da primazia dos direitos fundamentais da pessoa humana.*

PALAVRAS-CHAVE: *Supremacia do Interesse Público. Neoconstitucionalismo. Técnica da Ponderação. Interesse Público Primário.*

SUMÁRIO: *Introdução; 1. Nova Interpretação Constitucional – Reflexos; 2. O Princípio da Supremacia do Interesse Público; 3. Interesse Público Primário e Secundário; 4. Sindicabilidade pelos Órgãos de Controle; 5.Conclusões; Referências.*

INTRODUÇÃO

Não poucos estudiosos se debruçaram sobre o tema da nova interpretação constitucional, fruto do constitucionalismo contemporâneo que erige como marca indelével a influência marcante dos valores na dogmática jurídica.

O chamado neoconstitucionalismo[1] engenhado pelo pós-positivismo jurídico do Sec. XX, a superação da dicotomia do direito público e privado, o alargamento histórico dos direitos fundamentais do homem, sustentam verdadeira revolução jurisprudencial em todos os ramos do direito, animada pela aplicação do super-princípio da dignidade da pessoa humana, dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade a dialogar com os conflitos concretos de princípios constitucionais, hoje reconhecidamente dotados de força normativa, fizeram surgir ingerências estatais antes impensáveis[2].

Tais direcionamentos, sobretudo a carga normativa e a primazia dos direitos fundamentais, acabaram por provocar profundas alterações no Direito Administrativo, talvez por ser este o ramo mais intimamente ligado à atuação estatal e sua relação com os indivíduos, cuja tensão foi a razão do surgimento das primeiras declarações de direitos que tentavam limitar a soberania estatal a um

1 BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. Boletim de Direito Administrativo. Belo Horizonte: 2007, pag. 20-49.

2 Vejamos alguns exemplos: obrigatoriedade do contraditório e ampla defesa ainda no contencioso administrativo (Súmula Vinculante n. 3 do STF), concretude do direito de greve do servidor público (MI 708/PB), direito subjetivo a nomeação do aprovado nas vagas do concurso público (aplicação da eficácia horizontal dos direitos humanos (RE n. 201.819/RJ).

núcleo intangível de liberdade individual (AFONSO DA SILVA, 2002, p. 173-174).

Daí porque autores de renome nacional, tal como Alexandre Santos de Aragão e Humberto Ávila[3], chegaram a propor uma "Desconstrução" do princípio que é senão a maior marca do direito administrativo, uma de suas balisas: O princípio da supremacia do interesse público.

Mas a dinâmica social levada aos tribunais, aliada ao progresso da doutrina ao analisar o fenômeno, nos leva a uma posição menos extremista – apontando para o equilíbrio de aceitar as profundas mudanças interpretativas, muitas delas já constantes na Constituição Federal de 1988, porém aplicadas tardiamente, e a correta eleição dos parâmetros que pautam o interesse público, reafirmando a imprescindibilidade de sua observância no direito administrativo e seguindo mais além, para sua aplicação na seara do direito privado.

1. NOVA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL – REFLEXOS

O direito administrativo é ramo do direito público que disciplina os órgão e agentes estatais na consecução dos objetivos estatais traçados na Constituição, bem como a relação do poder público com os cidadãos. Entretanto, tal característica desse ramo vocacionadamente publicista não afasta a releitura que deve fazer seu interprete à luz do constitucionalismo contemporâneo.

Analisando a obra de LUIS ROBERTO BARROSO[4], um dos maiores expositores pátrios acerca da nova hermenêutica constitucional, se destaca – como marco teórico – três grandes transformações:

a) o reconhecimento da força normativa da Constituição, explanado por Konrad Hasse;
b) a expansão da jurisdição constitucional (a exemplo da atuação ativista das Cortes Constitucionais, a que podemos citar o Supremo Tribunal Federal);
c) desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional, calcada na supremacia da Constituição Federal, interpretação conforme, razoabilidade, cláusulas gerais, distinção qualitativa entre princípios e normas, ponderação e a argumentação nos *hards cases*.

Essa nova dinâmica da interpretação constitucional acaba por interferir em todos os ramos do direito e, no ponto em que interessa ao nosso estudo, alterar antigos dogmas no proceder da chamada "filtragem constitucional" proclamada por BARROSO[5].

No direito Administrativo, a primazia dos direitos fundamentais proclamados na Constituição e dotados de alto grau de generalidade (NOBERTO BOBBIO, 2006) aliada à inconteste força normativa, cujos valores irradiam todo sistema jurídico, tantas vezes contrapostos ao interesse estatal secundário, põem em dúvida o postulado da supremacia do interesse público.

Isto porque, como poderíamos conceber verdadeira supremacia do interesse público se considerarmos valor constitucional superior à primazia dos direitos e garantias fundamentais do homem? De certo que ambos não trazem ínsita consigo a absoluta e irrestrita garantia de prevalência, porquanto não se reconhecem no ordenamento jurídico direito qualquer absoluto.

Constatando o problema, assim apresenta a divergência JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO[6]:

---

*3 Apud JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO (2007, p. 27) citando "INTERESSES PÚBLICOS v. INTERESSES PRIVADOS: Desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público", Lumen **Juris**, 2005, vários autores (Daniel Sarmento – Coordenador).*

4 In TEMAS DE DIREITO CONSTITUCIONAL, Tomo III, 2ª. Edição, Recife: Editora Renovar, 2008.

5 Segundo o autor, a filtragem constitucional significa que a Constituição Federal, seus princípios e valores, passa a ser um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do direito.

*6 In MANUAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 19ª. Edição. Rio de Janeiro: Lumen **Juris**, 2008, p. 27.*

> *Algumas vozes têm se levantando atualmente contra a existência do princípio em foco, argumentando-se no sentido da primazia de interesses privados com suporte em direitos fundamentais.*

Entretanto não se trata aqui de expurgar o princípio da Supremacia do Interesse Público, já que, como veremos, constitui expressão do valor democrático impregnado na Constituição Federal de 1998; mas tão somente aceitarmos, conforme elucidou ROBERTY ALEXY[7], uma eventual colisão de princípios, cujo valor decisório será dado ao que apresente no caso concreto maior peso relativo, solucionado pela ponderação baseada na adequação, necessidade da restrição menos gravosa e proporcionalidade em sentido estrito.

2. O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

Reconhecido por esmagadora doutrina como um dos pilares do regime jurídico publicista típico do direito administrativo, ao lado do princípio da indisponibilidade, o princípio da supremacia do interesse público informa que o interesse particular deve ceder frente ao interesse público representado pela administração pública.

Ressaltando a importância do princípio estrutural, MARCELO ALEXANDRINO e VICENTE PAULO (2009, p. 190) asseveram:

> *O princípio da supremacia do interesse público é característico do regime de direito público e, como visto anteriormente, é um dos pilares do denominado regime jurídico administrativo, fundamentando todas as prerrogativas especiais de que dispõe a Administração como instrumentos para a consecução dos fins que a Constituição e as leis lhe impõem.*

Prosseguindo, os autores apresentam o conceito do princípio em comento, demonstrando o natural conflito com os direitos individuais (MARCELO ALEXANDRINO, 2009, p. 190):

> *Decorre dele que, existindo conflito entre o interesse público e o particular, deverá prevalecer o primeiro, tutelado pelo Estado, respeitados, entretanto, os direitos e garantias individuais expressos na Constituição, ou delas decorrentes.*

Mister esclarecer que o princípio da supremacia do interesse público, implícito na Constituição Federal, presta-se a afastar a tutela dos interesses meramente individuais (privados) em confronto com o interesse maior ao qual o estado visa instrumentalizar. Entretanto, isso não significa que fora criado para servir às arbitrariedades dos detentores do poder. Ao contrário, o princípio da soberania do interesse público visa assegurar o regime democrático na gestão dos bens e interesses públicos, ou seja, subjetivamente generalizados – cujo titular é o povo, apesar de ser exercido pela administração pública.

Interessa, nesse ponto, mencionarmos a posição da administrativista Alice Gonzagez Borges[8], para quem o interesse público e o interesse privado não são conflitantes, por estar este inserido naquele, apresentando apenas diversidade estrutural (o interesse público é subjetivamente coletivo)[9].

---

7 Apud LUIS ROBERTO BARROSO, 2008, obra citada – Tomo III.

8 In SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO: DESCONSTRUÇÃO OU RECONSTRUÇÃO?, em RDE n. 3, 2006, p. 137-153.

9 A autora cita em seu estudo HECTOR ESCOLA, no trecho o qual pedimos vênia para transcrever: "O interesse público, de tal maneira, não é entidade superior ao interesse privado, nem existe contraposição entre ambos: O interesse público só é prevalente, com respeito ao interesse privado, só tem prioridade ou predominância, por ser um interesse majoritário(...). Esta

Não obstante à pertinência dos fundamentos, inclusive pela robustez dos autores invocados em seu trabalho, perfilhamos o entendimento contrário acostando-se à doutrina que admite a existência concreta de colisão entre o interesse público tutelado pelos entes estatais e o interesse individual, por tantas vezes propulsor de demandas judiciais, cujos direitos invocados podem caracterizar-se como verdadeiro *hards cases*, conflitos reais entre princípios constitucionais.

Buscando identificar a base principiológica da supremacia do interesse público, JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO (2008, p. 26) pontifica:

> *Saindo da era do individualismo exarcebado, o estado passou a caracterizar-se como o Welfare Estate (Estado/ bem-estar), dedicado a atender o interesse público. Logicamente, as relações sociais vão ensejar em determinados momentos, um conflito entre o interesse público e o interesse privado, mas, ocorrendo esse conflito, há de prevalecer o interesse público.*

Mais adiante arremata (p.27), aludindo ao conflito ora em comento:

> *A existência dos direitos fundamentais não exclui a densidade do princípio. Este é, na verdade, corolário natural do regime democrático, calcado, por todos sabido, na preponderância das maiorias.*

Assim sendo, ainda que tomemos como inevitável a evolução da hermenêutica constitucional, e um de seus mais típicos consectários a primazia dos direitos e garantias fundamentais em todos os ramos do direito, é imperativo também reconhecer a origem constitucional do princípio da supremacia do interesse público, decorrente do princípio republicano – elemento orgânico da constituição na classificação proposta por AFONSO DA SILVA (2002, p. 44).

Nesse diapasão exsurge como melhor solução a preconizada por ROBERT ALEXY[10] acerca da aplicação dos princípios como "mandados de otimização", aplicáveis em diferentes graus, porém sem resultar na aniquilação do princípio que, no caso concreto analisado pela regra da ponderação, resultou em menor peso relativo.

Em termos práticos, podemos afirmar que havendo conflito entre o interesse privado consubstanciado em um direito ou garantia individual e um interesse público tutelável pelo Estado, deve o intérprete buscar solução na técnica da ponderação entre princípios constitucionais, de onde extraímos duas observações importantes:

a) É possível que em determinado caso concreto o princípio da supremacia do interesse público, instrumento do regime republicano, seja afastado por caracterizar sacrifício menor a um determinado direito individual ameaçado; o que comprova que a supremacia não é absoluta;
b) Ambos os princípios em choque continuam a possuir plena validade no ordenamento jurídico, sendo desnecessário pensarmos em uma suposta desconstrução de quaisquer dos princípios/valores constitucionais conflitantes.

Verifica-se que o denominado neoconstitucionalismo encontra fundamento teórico para o balisamento entre o princípio da supremacia do interesse público e sua convivência com a primazia dos direitos fundamentais, mantendo-se incólume, à guisa de exemplo, o entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado no seguinte julgado:

> *Os direitos e garantias individuais não têm caráter absoluto. Não há, no sistema cons-*

prevalência se funda, também, no fato de que o interesse público, concebido dessa forma, e como caracteriza Gordillo, haverá de resultar em maiores direitos e benefícios para todos e cada um dos indivíduos da comunidade, que, por isso, justamente, aceitam voluntariamente aquela predominância que lhes é vantajosa."

10 Apud LUIS ROBERTO BARROSO, 2008, Tomo III, obra citada.

titucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas – e considerado o substrato ético que as informa – permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros. (MS 23.452, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 16-9-99, DJ de 12-5-00).

Aplicando fundamento teórico diverso do que buscamos neste trabalho desenvolver, vez que parte da premissa da validade do interesse público apenas quando respeitados os interesse individuais – afastando oposição entre eles - a autora Alice Gonzagez Borges[11] conclui também pela solução na aplicação da regra de ponderação em situações concretas de conflituosidade, *in verbis*:

Nesses casos, há que sopesa-los, na busca da realização do melhor interesse público, otimizando soluções que resguardem ao máximo possível a inteireza de cada um dos interesses postos em confronto pelas exigências da realidade.
Para tanto haverá que recorrer-se à justa e imparcial ponderação entre os diversos interesses, norteada pela obediência ao princípio da proporcionalidade. (...)
A tarefa decisória, extremamente delicada, compete ao legislador e à Administração Pública, em um primeiro momento, mas sobretudo ao Poder Judiciário, a quem cabe, em decisão final, o juízo de ponderação que preencha em definitivo o conceito indeterminado do interesse público – no caso, o do melhor interesse público a prevalecer, em benefício de toda coletividade.

3. INTERESSE PÚBLICO PRIMÁRIO E SECUNDÁRIO

Para o melhor entendimento da solução proposta acima, é imprescindível destacarmos que o interesse público ora estudado é o interesse público primário, cuja aplicação, dentro da nova hermenêutica constitucional, é, inclusive, levada às relações classicamente privadas.

Na dicção de MARCELO ALEXANDRINO & VICENTE PAULO[12] a distinção é patente:

Os interesses públicos primários são os interesses diretos do povo, os interesses gerais imediatos. Já os interesses públicos secundários são os interesses imediatos do Estado na qualidade de pessoa jurídica, titular de direitos e obrigações.(...) Em qualquer hipótese o interesse público secundário só é legítimo quando não é contrário ao interesse público primário.

Indubitavelmente, o interesse público merecedor de ponderação frente aos interesses e garantias individuais é o interesse público primário, decorrência direta do princípio republicano. Por outro lado, o interesse público secundário, ou fazendário, meramente patrimonial, deve ser destituído de privilégios, sob pena de taxar-se como arbitrário.

Citando Renato Alessi, o renomado administrativista pátrio CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE

11 Obra citada, p. 21.

12 Obra citada, p. 193.

MELO[13] explana com irretocável lucidez:

> *O interesse coletivo primário ou simplesmente interesse público é o complexo de interesses coletivos prevalente na sociedade, ao passo que o interesse secundário é composto pelos interesses que a Administração poderia ter como qualquer sujeito de direito, interesses subjetivos, patrimoniais, em sentido lato, na medida em integram o patrimônio do sujeito.*

Tal interesse público, marcado pela indisponibilidade e supremacia face os interesses meramente privados, vai além ao irradiar sua observância em conflitos classicamente disciplinados pelo direito privado, tal como as causas de consumo, meio ambiente, notadamente nas causas coletivas, sob as mãos ativas do Ministério Público a quem lhe fora determinada a tutela no próprio texto constitucional (Art. 127, CF).

Percebendo a ingerência, FREDIE DIDIER JR e HERMES ZANETI JR[14] constatam (grifamos):

> *Os processos coletivos servem a "litigação de interesse público"; ou seja servem às demandas judiciais que envolvam, além dos interesses meramente individuais, aqueles referentes à preservação da harmonia e à realização dos objetivos constitucionais da sociedade e da comunidade. (...)* ***Queremos ir além: a defesa do interesse público primário através dos litígios cíveis, inclusive na atuação do controle e realização de políticas públicas através desta "litigação".***

4. SINDICABILIDADE PELOS ÓRGÃOS DE CONTROLE

Na linha da evolução hermenêutica explanada, a Jurisprudência pátria tem admitido uma postura mais ativa, avançando cada vez mais no controle sobre a discricionariedade administrativa, sempre para resguardar um forte interesse público primário, resguardado sob o manto do princípio da legalidade.

Aliás, a função de controle encontra fundamento de validade no mesmo princípio democrático que modula o princípio da supremacia do interesse público, nesse sentido MARCELO ALEXANDRINO & VICENTE PAULA[15] esclarecem:

> *A sujeição das atividades administrativas do Poder Público ao mais amplo controle possível é um corolário dos estados de direito, nos quais somente a lei, manifestação da vontade do povo, único titular da coisa pública, deve pautar toda a atividade da administração pública, atividade esta cujo fim mediato deve sempre ser o mesmo: a defesa do interesse público.*

Tanto o controle interno (através do exercício da autotutela) como o controle externo (através das funções típicas do Judiciário, Legislativo, Tribunais de Contas) realizam o controle de legalidade dos atos administrativos. Dentro desse aspecto, acabam por fiscalizar a correta aplicação do interesse público primário, corporificado na Constituição Federal e nas leis.

Ademais é sabido que mesmo o controle externo exercido pelos Tribunais de Contas, órgão essencialmente técnico e não político, envolve a auditoria operacional relacionado ao cumprimento de resultados com eficácia e eficiência da gestão dos recursos públicos, bem como levando-se em conta o princípio da legalidade, vetor principal da realização do interesse público

13 In Curso de Direito Administrativo, 15a. edição,São Paulo: Malheiros, p. 603.

14 In CURSO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL - PROCESSO COLETIVO, Volume 4, Editora JusPodivm: 5a. Edição, 2010, p. 34.

15 Obra citada, 2009, p. 739

(PASCOAL, 2008, p. 133).

De outra banda, o controle sobre o mérito administrativo é feito pelo controle interno, cabendo ao administrador o exercício do poder discricionário.

Ocorre que o interesse público não se limita ao positivado nas normas jurídicas, vai além, sendo um conceito jurídico aberto ou indeterminado que, por vezes, é levado ao controle externo por aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Nesse sentido:

> *Deveras, a doutrina usualmente afirma que os princípios administrativos fundamentais, especialmente os princípios implícitos da razoabilidade e da proporcionalidade, são eficazes instrumentos de controle da discricionariedade administrativa. Isso significa, tão-somente, que, com base nos princípios jurídicos, o Poder Judiciário pode decidir, em um determinado caso, que um ato administrativo que a administração alegava haver editado no uso legítimo de seu poder discricionário foi, na verdade, praticado com abuso de poder, além dos limites da válida atuação discricionária que a lei, naquele caso, possibilitava à administração.*

O caso mais típico de controle externo perpetrado sob âmbito do poder decisório cabível ao Executivo, cuja efetivação pelo Poder Judiciário deveu-se à evolução jurisprudencial, trata-se da determinação em executar Políticas Públicas estabelecidas em normas dirigentes da Constituição Federal, dotadas de força normativa assim como as regras jurídicas.

Observe-se que a atuação de efetivação realizada mediante a tutela jurisdicional vem acolher o robusto interesse público na realização dos direitos sociais, o que poderá ser determinado quase sempre de encontro com o interesse público secundário ou patrimonial do Estado, já que sua implementação implica em dispêndio de dinheiro público, com todas as conseqüências orçamentárias a cargo do planejamento a que deve fazer o gestor.

Vejamos o excerto destacado no documento eletrônico "A Constituição e o Supremo"[16]:

> *Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório – mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à 'reserva do possível'. (RE 436.996-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 22-11-05, 2ª Turma, DJ de 3-2-06). No mesmo sentido: RE 595.595-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 28-4-09, 2ª Turma, DJE de 29-5-09.*

Importa transcrevermos a emblemática hipótese de determinação a ente municipal em efetivar o atendimento em creches e pré-escolas, inobstante às restrições orçamentárias, no qual o Relator Min. Celso Mello faz didática explanação acerca da reserva do possível (vislumbrada como interesse público secundário) e o conflito com o "mínimo existencial", vejamos alguns excertos da decisão no AI 677274/SP[17]:

> *EMENTA: CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE. ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA. EDUCAÇÃO INFANTIL. DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006). COM-*

16 Disponível no site www.stf.jus.br

17 Disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo520.htm

PREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO. DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º). AGRAVO IMPROVIDO.(...)

É preciso assinalar, neste ponto, por relevante, que o direito à educação - que representa prerrogativa constitucional deferida a todos (CF, art. 205), notadamente às crianças (CF, arts. 208, IV, e 227, "caput") - qualifica-se como um dos direitos sociais mais expressivos, subsumindo-se à noção dos direitos de segunda geração (RTJ 164/158-161), cujo adimplemento impõe, ao Poder Público, a satisfação de um dever de prestação positiva, consistente num "facere", pois o Estado dele só se desincumbirá criando condições objetivas que propiciem, aos titulares desse mesmo direito, o acesso pleno ao sistema educacional, inclusive ao atendimento, em creche e pré-escola, "às crianças até 5 (cinco) anos de idade" (CF, art. 208, IV, na redação dada pela EC nº 53/2006).(...)

Para CELSO LAFER ("A Reconstrução dos Direitos Humanos", p. 127 e 130/131, 1988, Companhia de Letras), que também exterioriza a sua preocupação acadêmica sobre o tema, o direito à educação - que se mostra redutível à noção dos direitos de segunda geração - exprime, de um lado, no plano do sistema jurídico-normativo, a exigência de solidariedade social, e pressupõe, de outro, a asserção de que a dignidade humana, enquanto valor impregnado de centralidade em nosso ordenamento político, só se afirmará com a expansão das liberdades públicas, quaisquer que sejam as dimensões em que estas se projetem:(...)

É certo - tal como observei no exame da ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO (Informativo/STF nº 345/2004) - que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo.(...)

Não se ignora que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a alegação de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, então, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público, em tal hipótese, criar obstáculo artificial que revele - a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência (ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Informativo/STF nº 345/2004).

Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

Percebe-se, no caso acima transcrito, que o interesse público primário resguardado e compreendido como prevalente em face das restrições orçamentárias alegadas pelo Município em questão, ao qual identificamos como interesse público secundário, teve maior peso relativo no caso concreto, mesmo porque tutela a implementação de direitos sociais, ou seja, direitos

fundamentais de segunda geração.

5. CONCLUSÕES

O regime jurídico público típico do direito Administrativo tem como um de seus pilares o princípio da supremacia do interesse público, ainda que realizada uma releitura diante da nova hermeuneutica constitucional que potencializa os valores e princípios inerentes aos direitos fundamentais e, sobretudo, o princípio da dignidade da pessoa humana, cuja primeira acepção histórica fora delineada para limitar o poder soberano.

De fato, constatamos que tal supremacia do interesse público, indispensável para realização do princípio republicano no âmbito da atividade administrativa, não foi e não é dotado de caráter absoluto. Servirá de objeto de ponderação sempre que colidir com outro valor constitucional de mesmo valor abstrato.

Como princípio constitucional que é, está sujeito a vários graus de aplicação – neste ponto podendo ceder casuisticamente em hipóteses que outrora prevalecia – e, de outra banda, tem sua aplicabilidade alargada para os diversos ramos do direito.

De tudo se percebe que os institutos jurídicos mais clássicos, considerados balisares para todo um sistema, sofrem condicionamentos conforme a evolução da ciência jurídica, cuja busca da efetividade e humanização seguem uma marcha positiva dentro do Estado Democrático de Direito, que não pode admitir retrocesso em matéria de direitos fundamentais e deve cada vez mais buscar efetivar as diretrizes traçadas na constituição, sendo este o verdadeiro interesse público a ser perseguido.

REFERÊNCIAS

AFONSO DA SILVA, José. *Curso de Direito Constitucional Positivo,* 21ª. Edição. São Paulo: Malheiros, 2002.

ALEXANDRINO, Marcelo e Vicente Paulo. *Direito Administrativo Descomplicado,* 17ª. Edição. São Paulo: Editora Método, 2009.

BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. *CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO,* 15a. edição,São Paulo: Malheiros, 2003.

BARROSO, Luis Roberto. N*eoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. Boletim de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: 2007, pag. 20-49

BARROSO, Luis Roberto. *Temas de Direito Constitucional, Tomo III,* 2ª. Edição, Recife: Editora Renovar, 2008

BOBBIO, Noberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito.* São Paulo: Ícone, 2006.

CARVALHO FILHO, JOSÉ DOS SANTOS. *MANUAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO,* 19ª. Edição. Rio de Janeiro: Lumen ***Juris***, 2008.

GONZAGEZ BORGES, Alice. *Supremacia do Interesse Público: Desconstrução Ou Reconstrução?*, em RDE n. 3, 2006, p. 137-153.

PASCOAL, Valdecir. *Direito Financeiro e Controle Externo*. São Paulo: Elsevier, 2006.

OS LIMITES DO CONTROLE JUDICIAL DAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS DE CONTAS

Fábio Lucas M. de Souza Barbosa
Auditor de Contas Públicas do Tribunal de Contas do Estado da Paraíba. Pós-Graduação em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Gama Filho do Rio de Janeiro (UGF-RJ) e em Ciências Penais pela rede de ensino UNISUL/LFG. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa (UNIPÊ).

RESUMO: *Este artigo científico tem por objetivo o estudo dos limites do controle judicial das decisões dos Tribunais de Contas. A relevância de tal matéria se encontra no fato de que hoje não existe um consenso doutrinário e jurisprudencial a respeito desses limites. Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, vivencia-se um período de incerteza, haja vista que não se sabe ao certo a natureza jurídica das decisões dos Conselhos de Contas e, portanto, não se pode afirmar se são atos administrativos ou jurisdicionais. Para se chegar a uma resposta, todavia, há a necessidade de se identificar a localização dessas cortes na Estrutura de Poder do Estado e tratar a função de julgamento de contas separadamente das demais competências. Deve-se entender que esta função tem características jurisdicionais, seja por entendê-la como uma exceção ao princípio da unicidade jurisdicional ou por propugnar por uma interpretação constitucional que leve a máxima efetividade dos Órgãos de Contas. Nessa direção, conclui-se que o Poder Judiciário encontra limites quando exerce o controle das decisões dessas Cortes devido à força da autonomia funcional e estrutural dos Tribunais de Contas e seu elevadíssimo papel no Estado Democrático de Direito.*

PALAVRAS-CHAVE: *Tribunal de Contas. Controle Judicial. Jurisdição. Princípio da Unicidade Jurisdicional.*

SUMÁRIO: *Introdução; 1. Posição do Tribunal de Contas na Estrutura de Poder do Estado; 2. Função Jurisdicional dos Tribunais de Contas; 3. Limites à Revisão Judicial das Decisões dos Tribunais de Contas; 4. Conclusões; Referências.*

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 (CF/88) estabeleceu, em seu Artigo 1º, que a República Federativa do Brasil constitui-se em um Estado Democrático de Direito. Para tanto, é composto pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário que são independentes e harmônicos entre si. Embora se tenha adotado a separação dos Poderes proposta por Montesquieu, o constituinte originário estabeleceu uma série de controles mútuos entre eles (sistema de pesos e contrapesos). Como um dos pilares desse sistema, também foi instituído o controle externo de todos os órgãos. O artigo 70 da CF/88 determina que esse controle é de competência do Poder Legislativo e será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas. Apesar dessa função não ter sido colocada dentro do rol dos direitos fundamentais, é impossível não caracterizá-la como sendo um dos pilares de nossa República Democrática.

Os Tribunais de Contas são previstos na CF/88, dentro do Capítulo do Poder Legislativo, e

têm a função de auxiliar esse sistema de poder no tocante ao controle externo. As competências desses órgãos são traçadas dentro da própria Carta Magna e constituem uma verdadeira evolução quando comparadas com as elencadas nas Constituições anteriores. Embora tenha *status* constitucional, as Cortes de Contas ainda desencadeiam uma série de discussões a respeito de seus aspectos. Seja por sua disposição estrutural dentro da CF/88 ou pela falta de abrangência de suas disposições, alguns entendimentos estão descaracterizando a própria finalidade desses órgãos.

A principal dúvida que permeia a doutrina e jurisprudência é que não se sabe atualmente quais sãos os limites de atuação do Tribunal de Contas assim como os limites do controle exercido pelo Poder Judiciário sobre os seus atos. Diante desse cenário, surgem os questionamentos se o Poder Judiciário pode reformar qualquer decisão dessas Cortes. Se isso for admitido, quais seriam os limites de tal revisão?

Para se chegar a uma opinião a respeito dos limites do controle judicial das decisões das Cortes de Contas, é necessário delinear uma série de pontos que, ao final, direcionarão para uma posição mais ampla ou restritiva.

O primeiro ponto a ser estudado deve ser a localização do Tribunal de Contas na Estrutura de Poderes do Estado. Ainda não há consenso a respeito da posição desses órgãos dentro dos três Poderes instituídos pela Constituição. O texto constitucional não é claro, assim como há entendimentos dos mais diversos possíveis. A elucidação desse ponto controvertido faz-se necessária na medida em que a localização dos órgãos de contas afeta a natureza jurídica de suas decisões.

Uma vez estabelecido o posicionamento constitucional dos Tribunais de Contas, urge explicar a incidência do princípio da unicidade jurisdicional. Tal princípio, por força do art. 5, inc. XXXV da CF/88, estabelece que nenhuma lesão ou ameaça de direito ficará de fora da apreciação do Judiciário. A grande celeuma a respeito desse princípio é saber se ele seria absoluto ou se poderia ser ponderado pelo próprio constituinte ou pelo legislador infraconstitucional. Alguns defendem que se trata de um princípio intocável, ou seja, não se pode ponderá-lo diante de outros princípios. Por sua vez, outra corrente entende que o legislador infraconstitucional realmente estaria impossibilitado de criar exceções a esse princípio, porém, o constituinte originário estaria livre para criar as exceções que julgasse necessárias. Os representantes dessa linha de pensamento citam vários exemplos de exceções no bojo do texto constitucional. Defendem a tese de que as competências dos Tribunais de Contas seriam, na verdade, uma dessas exceções ao necessário controle judicial.

Dentro do estudo a respeito do princípio da unicidade do controle judicial, está o delineamento do conceito de jurisdição e se esta incide sobre as competências de tais cortes. É necessário classificar as várias competências dos Tribunais de Contas, pois boa parte delas é administrativa e não desencadeia nenhuma espécie de discussão a respeito de sua natureza jurídica. Vale salientar também que a doutrina e jurisprudência ora alargam ou retraem o âmbito da jurisdição, ora criam espécimes novas. A coisa julgada, uma das características do exercício da jurisdição, é também controvertida, pois há quem admita que essas decisões fazem coisa julgada, porém outros assim não entendem. Além disso, há aqueles que defendem a existência de uma coisa julgada administrativa.

Em sequência, há a necessidade de caracterizar os atos administrativos assim como suas modalidades, diferenciando-os perante os atos de expressão de jurisdição. Há corrente doutrinária e jurisprudencial que entende que a natureza jurídica das decisões dos Conselhos de Contas é jurisdicional; outros, por sua vez, defendem a tese de que seria uma natureza meramente administrativa; e, por fim, há aqueles que defendem uma tese intermediária, ou seja, que a natureza jurídica de tais decisões seria uma espécie de administrativa "especial", pois possuiria algumas características jurisdicionais.

Por fim, como uma espécie de conclusão lógica dos posicionamentos sobre a localiza-

ção dos Tribunais de Contas dentro da Estrutura de Poder do Estado, os aspectos da incidência do princípio da unicidade jurisdicional e a natureza jurídica das decisões das Cortes de Contas pondera-se a respeito dos limites do controle judicial sobre essas decisões. Conforme exposto, observa-se que a resposta para tais limites está imbricada a diversos posicionamentos pretéritos. Embora cada tópico de divergência apontado dê ensejos a argumentos próprios, é inegável que eles são interligados, e que o posicionamento a respeito de um deles leva necessariamente ao seguimento coerente na análise dos demais. Nesse sentido, para se chegar a um posicionamento embasado a respeito dos limites do controle judicial de tais decisões, é necessário conhecermos os argumentos a favor e contra o citado limite.

Assim, apresentam-se, nas sessões seguintes, os diversos argumentos a favor e contra o controle judicial, para, ao final, fazer-se uma análise crítica diante de seus embates. Ressalta-se que será dada ênfase aos argumentos que respondem aos seguintes questionamentos: Qual o posicionamento dos Tribunais de Contas na Estrutura do Poder? O princípio da unicidade jurisdicional judicial é absoluto? Qual o conceito e amplitude da jurisdição? Qual o conceito e características da coisa julgada? Qual é a natureza jurídica das decisões dos Tribunais de Contas? Quais são os limites do controle judicial dessas decisões?

Afirmar a existência ou não de limites do controle judicial deverá levar em consideração as consequências de tal posicionamento. Entender pela ampla revisibilidade judicial pode levar a um esvaziamento da eficácia das Cortes de Contas. Por sua vez, se admitido certo limite ao citado controle, pode-se estar cerceando direitos fundamentais. Embora se trate de assunto de extrema importância para o ordenamento jurídico brasileiro, percebe-se que a doutrina e a jurisprudência ainda não deram a devida atenção ao tema. São poucos os doutrinadores que entram na seara dessa discussão, assim como ainda não houve pronunciamentos jurisprudenciais conclusivos. Em síntese, pode-se afirmar que existe uma linha de pensamento que não admite qualquer limite ao controle judicial por força do princípio da jurisdição una do Poder Judiciário, e outra corrente que entende que as decisões dos Tribunais de Contas seriam espécies de exceção ao princípio da ubiquidade da jurisdição.

Para que esses órgãos alcancem a máxima efetividade desejada é necessário definir os limites de atuação do Tribunal de Contas. O atual cenário de indefinição a respeito da possibilidade de revisão de qualquer julgado seu pelo Poder Judiciário leva a uma incômoda situação de não se saber ao certo os limites e natureza de sua competência. A função do controle externo, a qual a Corte de Contas é incumbida, é uma característica intrínseca ao Estado Democrático de Direito, pois não há como se falar em democracia sem um regime de controle sobre os Poderes do Estado. Nesse sentido, deixar tais órgãos à luz de interpretações casuísticas seria o mesmo que desprestigiar nosso ordenamento jurídico democrático. Portanto, urge cada vez mais que os doutrinadores e jurisprudência encarem tal problemática a fim de dar o devido contorno aos Tribunais de Contas.

Este trabalho científico possui o objetivo de contribuir para uma melhor compreensão do tema por meio de uma sistematização dos argumentos utilizados nas linhas de pensamento que defendem o amplo e o restrito controle judicial das decisões dos Tribunais de Contas. De forma mais específica, este trabalho procura posicionar-se a respeito dos diversos argumentos, fazendo uma análise crítica e chegando à conclusão a respeito da natureza jurídica das decisões dos órgãos de contas, assim como a consequência de tal entendimento.

Para tanto, foi utilizado, nesta produção científica, predominantemente a pesquisa bibliográfica dentre autores já renomados, assim como novos autores que, com o espírito de desbravadores, vêm se debruçando sobre esse tema que muitos evitam aceitá-lo, quiçá estudá-lo. Por se tratar de um tema de grande divergência doutrinária, foi privilegiada a análise de argumentações acerca do assunto em detrimento da observação detalhada da jurisprudência. Vale ressaltar que os argumentos utilizados pela jurisprudência no posicionamento desse tema são os mesmos que serão expostos com o enfoque doutrinário.

1. POSIÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS NA ESTRUTRA DE PODER DO ESTADO

O artigo 71, *caput* da CF/88,[1] é expresso ao afirmar que "o controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União". Essa redação está contida no capítulo I (Do Poder Legislativo) do Título IV (Da Organização dos Poderes) da Constituição Federal.

Diante da redação desse dispositivo constitucional, parte da doutrina chega à conclusão que os Tribunais de Contas fazem parte da estrutura do Poder Legislativo, uma vez que são previstos dentro do capítulo específico desse Poder. Alguns estudiosos afirmam que, por força do artigo 70 da CF/88, trata-se de órgão subordinado ao Poder Legislativo por possuir competência auxiliar e não autônoma.

Contrário a tal posicionamento, há o entendimento de que, embora a previsão constitucional esteja dentro do capítulo do Poder Legislativo e a Carta Magna utilize em seu texto a expressão "auxiliar" na redação de sua competência, deve-se considerar que o Tribunal de Contas é um órgão autônomo e independente hierarquicamente. Sob esse prisma, tal corte possui arcabouço constitucional único e sua competência de análise técnica do controle externo é de extrema relevância para o Estado Democrático. Dessa forma, os Tribunais de Contas não estariam inseridos dentro da velha estrutura tridimensional dos Poderes. Seriam, na verdade, órgãos autônomos sem o *status* de Poder, mas que possuem alta relevância institucional.

Em que pese as poucas vozes defensoras, deve-se indicar que existe também a corrente que concebe os Tribunais de Contas como órgãos do Judiciário, assim como aqueles que os veem, ao lado do Ministério Público, como um Quarto Poder.

Em síntese, a divergência a respeito da localização dos órgãos de cotas dentro da estrutura de Poderes do Estado pode ser resumida nas seguintes teses:

- Pertencente ao Poder Judiciário;
- Pertence ao Poder Legislativo;
- Pertence ao Poder Legislativo, mas é um órgão autônomo;
- Não pertence a nenhum Poder, mas é um órgão autônomo; e
- É um Quarto Poder ao lado do Ministério Público.

Os raros defensores da tese de que os Tribunais de Contas seriam órgãos do Poder Judiciário argumentam que as prerrogativas elencadas no art. 73, §3 da CF/88[2], equipariariam tais órgãos aos do Judiciário. Para eles, o fato do constituinte ter, expressamente, dado as mesmas garantias funcionais, estar-se-ia equiparando a natureza dos órgãos.

Em que pese o anseio de se incluírem os Tribunais de Contas dentro da estrutura do Poder Judiciário, tal argumento padece de fundamentação, pois equiparar garantias não é o mesmo que definir a hierarquia orgânica. Outro ponto a se abordar é que o art. 92 da CF/88[3] afirma categori-

---

1 Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

2 Art. 73. O Tribunal de Contas da União, integrado por nove Ministros, tem sede no Distrito Federal, quadro próprio de pessoal e jurisdição em todo o território nacional, exercendo, no que couber, as atribuições previstas no art. 96.
§3° Os Ministros do Tribunal de Contas da União terão as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, aplicando-se-lhes, quanto à aposentadoria e pensão, as normas constantes do art. 40 (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998).

3 Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário:
I - o Supremo Tribunal Federal;
I-A o Conselho Nacional de Justiça (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004);
II - o Superior Tribunal de Justiça;
III - os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais;
IV - os Tribunais e Juízes do Trabalho;
V - os Tribunais e Juízes Eleitorais;

camente quais são os órgãos do Poder Judiciário. Nesse rol, está previsto até mesmo o Conselho Nacional de Justiça, que não é um órgão jurisdicional. Portanto, a ausência expressa da figura das Cortes de Contas leva à conclusão de que elas não pertencem ao Judiciário.

Corroborando com esse entendimento, Ives Granda da Silva Martins[4] afirma que, apesar de advogar pela tese de que os Tribunais de Contas deveriam pertencer ao Poder Judiciário, eles inegavelmente se tratam de órgão do Poder Legislativo por força do artigo 71 da CF/88. Nessa direção, a autora explicita:

> *Até mesmo a observação de que o artigo 96 da Constituição Federal aplica-se, no que couber, ao TCU, constante do artigo 73 da CF merece reflexão. É que ela diz respeito, fundamentalmente, à composição de seus julgadores, vale dizer, escolha, capacitação técnica, idoneidade, atributos semelhantes aos dos componentes do Poder Judiciário. Nenhuma referência havendo de que os Tribunais de Contas seriam órgãos do Judiciário. De rigor, repito, à exaustão, é um órgão acólito do Poder Legislativo, nos termos da Constituição.*[5]

Assim, o artigo 73 da CF/88 apenas atribuiria as mesmas prerrogativas do Judiciário aos Tribunais de Contas, em nada se confundindo com uma equiparação. Vale ressaltar que esse instrumento de compartilhamento de prerrogativas é utilizado em diversos momentos na Constituição Federal.

Sustentando a tese de que os órgãos de contas fariam parte do Poder Legislativo, Felipe Braga Albuquerque[6] afirma que basta analisar a Constituição sistematicamente para constatar que, na verdade, o Tribunal de Contas é órgão do Poder Legislativo. Para esse autor, argumentar que esses órgãos não são da estrutura do Legislativo por terem a competência de julgar as contas desse mesmo Poder ou por serem equiparados ao Ministério Público, é o mesmo que advogar contra a Carta Magna.

Em contrapartida, há aqueles que, apesar de entenderem tais cortes como pertencentes ao Poder Legislativo, afirmam que elas são autônomas, porém desconsideram que elas possam constituir um novo Poder ou simplesmente ficar fora da estrutura já existente. Para Leonardo Felippe Ferreira,

> *Os Poderes do Estado estão perfeitamente definidos na Constituição, cada qual exercendo, de forma preponderante, uma das funções essenciais do Estado (executiva, legislativa e judiciária), razão por que descabe dizer que constituiriam os Tribunais de Contas um poder em separado.*[7]

Conclui o autor que resta apenas a teoria que assevera que tais órgãos estão dentro da estrutura do Poder Legislativo, seja por entender que a Constituição foi expressa ao colocá-lo no capítulo respectivo do Legislativo, ou pelo imperativo lógico de se inserir dentro do Poder competente pelo

---

VI - os Tribunais e Juízes Militares;
VII - os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

4 MARTINS, Ives Granda da Silva. Tribunal de Contas é Órgão Auxiliar do Controle Externo do Poder Legislativo e não, Institucionalmente, Órgão Equiparado ao Regime dos Tribunais - Reflexões Sobre sua Disciplina Jurídica - Opinião Legal. Revista Fórum Administrativo - Direito Público, Belo Horizonte, ano 8, n. 87, p. 65-70, maio 2008.

5 MARTINS, Ives Granda da Silva. op. cit., p. 2.

6 ALBUQUERQUE, Felipe Braga. Lei de Responsabilidade Fiscal e o Poder Legislativo: uma análise do papel dos Tribunais de Contas. Disponível em: <http://www.conpedi.org/manaus /arquivos/Anais/Felipe%20 Braga%20Albuquerque.pdf> . Acesso em: 19 abr. 2010.

7 FERREIRA, Leonardo Felippe. Eficácia das deliberações dos Tribunais de Contas que julgam as contas dos administradores públicos: limites de revisibilidade pelo Judiciário. Biblioteca Digital Fórum Administrativo Direito Público FA, Belo Horizonte: Fórum, v. 8, n. 84, p. 12-32, fev. 2008. p.2.

controle externo. Trata-se, portanto, de órgão administrativo que desfruta de autonomia e independência, detentor de competências privativas, e integrante, sob o ponto de vista da topografia constitucional, do Poder Legislativo, sem que possua para com ele qualquer grau de subordinação ou vinculação hierárquica.[8]

Dessa forma, "[...] o Tribunal de Contas é colocado junto ao Poder Legislativo, todavia, esta participação se dá somente no aspecto da organicidade, em razão da divisão formal dos poderes."[9] Tais órgãos são de pura essência democrática, que atuam sob fundamentos democráticos e em defesa da democracia.

Defendendo a tese da mesma autonomia orgânica, outros doutrinadores afirmam que as Cortes de Contas constituem um órgão alheio à estrutura de Poder do Estado. Carlos Ayres Brito [10] defende o posicionamento que os Tribunais de Contas não são órgãos do Poder Legislativo. Ele expõe que o artigo 44 da CF/88[11] é expresso ao afirmar que esse Poder é exercido pelo Congresso Nacional e que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

Tal corrente doutrinária afirma que os Tribunais de Contas não pertencem ao Poder Legislativo. São órgãos com dignidade constitucional que auxiliam o Poder Legislativo. Tal classificação das Cortes de Contas quebra a ideia de tripartição dos poderes. A pureza concebida por Montesquieu não existe mais.[12] É inegável que há primazia no desempenho das funções identificadas pela nominação Poder, mas não há monopólio ou exclusividade da função. Os Tribunais de Contas não pertencem a nenhum Poder e são, portanto, um conjunto orgânico constitucional perfeitamente autônomo e competente, inclusive, a controlar os demais poderes.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, o Tribunal de Contas é "[...] alheio ao bloco orgânico formador do Poder Executivo e à unidade orgânica componente do Judiciário".[13] O autor, tomando por base os ensinamentos de Gomes Canotilho, afirma que há uma distinção de cunho político entre o Poder Legislativo e o Tribunal de Contas. Na mesma direção, o autor justifica que a palavra auxílio implica cooperação e não subordinação. Além disso, arremata:

> *Para que algo se possa considerar interior, intestino a um corpo orgânico cumpre que existam os vínculos de subordinação, o liame hierárquico, ou quando menos o vínculo de controle.[...]*
> *Pouco importa que o art. 6º, da Carta Brasileira, haja estatuído que esses Poderes são três, independentes e harmônicos, se, na verdade, ao tipificar, ao desenhar, o Tribunal de Contas o colocou para além das fronteiras desses três blocos.[...]*
> *Como o Texto Maior desdenhou designá-lo como Poder, é inútil ou improfícuo perguntarmo-nos se seria ou não Poder. Basta-nos uma conclusão, a meu ver irrefutável: o Tribunal de Contas, em nosso sistema, é um conjunto orgânico perfeitamente autônomo.*[14]

Assim, o fato de ser previsto no texto constitucional, dentro do Poder Legislativo, não tira sua força e independência. Não são meros tribunais administrativos, seja por critérios técnicos, seja simplesmente pela razoabilidade de entender que não haveria necessidade de prevê-lo constitucionalmente se não fosse para lhe atribuir um maior valor institucional. Trata-se, portanto, de uma

---

8 Ibid., p. 2.

9 MILESKI, Hélio Saul. Tribunal de Contas: evolução, natureza, funções e perspectivas futuras. **In:** *FREITAS, Ney José de (coord.). Tribunais de Contas: aspectos polêmicos. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 101.*

10 BRITTO, Carlos Ayres. O regime constitucional dos Tribunais de Contas. **In:** *O novo Tribunal de Contas. 2. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 176.*

11 Art. 44. O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

12 OLIVEIRA, Regis Fernandes de. Curso de Direito Financeiro. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 514-515.

13 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. O enquadramento constitucional do Tribunal de Contas. **In:** *FREITAS, Ney José de (coord.). Tribunais de Contas: aspectos polêmicos. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p.63-72. p. 62.*

14 Ibid. p. 68-70.

corte constitucional, com atribuições especialíssimas e que, por essa exata razão, detém a condição de singular em nosso ordenamento jurídico.[15]

Por fim, há aqueles que defendem que o Tribunal de Contas seria um Quarto Poder ao lado do Ministério Público. Em síntese, tais defensores entendem que a autonomia desses órgãos, juntamente com a relevância de suas competências, seria tão importante que daria ensejo à classificação como Poder.

Em conclusão a todas as argumentações expostas, percebe-se que as Cortes de Contas claramente não pertencem ao Poder Judiciário, uma vez que não estão previstas dentro do rol dos órgãos desse Poder, assim como também não estão inseridas dentro da estrutura do Executivo. Quanto à ideia de que ao lado do Ministério Público formariam um Quarto Poder, ela deve ser desconsiderada, pois a Carta Magna é expressa em seu art. 2º[16] quanto à existência de apenas três poderes. Vale também ressaltar que, apesar de não se considerar o Ministério Público como um Quarto Poder, ele ocupa hoje uma posição privilegiadíssima dentro da estrutura do Estado. Não há como questionar a autonomia desse órgão. Nesse sentido, classificá-lo como Poder seria apenas uma conceituação jurídica, em nada alterando concretamente suas competências, uma vez que sua autonomia é incontestada.

Da mesma forma do que ocorre com o Ministério Público, a discussão a respeito da localização dos Tribunais de Contas na estrutura de Poder do Estado se esvazia quando bem compreendida a sua autonomia. Colocá-lo dentro do Poder Legislativo, mas garantindo a sua independência funcional, é o mesmo que afirmar que ele está fora da estrutura de poderes ou como se constituísse um novo Poder. Assim, garantida a sua efetividade, é improdutivo questionar sua localização. O que se deve defender é sua independência. Percebe-se que os Tribunais de Contas estão passando o mesmo processo evolutivo do Ministério Público. Nas antigas constituições, o *parquet* não possuía a autonomia que tem hoje. Embora o constituinte originário não tenha tido força para colocar os Tribunais de Contas expressamente fora da estrutura dos três Poderes, é evidente que os colocou em uma posição privilegiada. Garantiu sua autonomia diante das competências estabelecidas, mas inibiu-se a considerá-lo como membro do Poder Judiciário ou mesmo um órgão expressamente autônomo.

Assim, conclui-se que os Conselhos de Contas são órgãos autônomos na medida em que suas competências de auxiliar o controle externo necessitam de uma independência funcional para serem efetivas. Considerando essa dimensão, é necessário delinear a natureza jurídica dessas funções para que depois se limite o controle judicial de suas decisões.

2. FUNÇÃO JURISDICIONAL DOS TRIBUNAIS DE CONTAS

Verificar se os Tribunais de Contas exercem jurisdição é um dos pontos basilares para se alcançar o efetivo exercício das suas funções. Não há como entender a existência de um órgão autônomo e independente se a natureza jurídica de suas decisões não estiver bem delineada.

Para se traçar um estudo a respeito da existência de jurisdição nessas Cortes, há a premissa necessidade de classificar as suas funções, assim como delimitar o conceito de ato jurisdicional e traçar um contraponto diante dos atos administrativos.

As competências dos Tribunais de Contas foram estatuídas nos diversos incisos do artigo 71 da CF/88. Embora pese a existência de diversas classificações[17] dessas funções, pode-se, com

15 DARCIE, Jonathan Doering. As decisões do Tribunal de Contas e o seu controle judicial. Revista Interesse Público, Belo Horizonte, ano 11, n. 55, p. 273 a 304, mai/jun. 2009. p. 275-276.

16 Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

17 Podem-se citar como exemplo as classificações de:
Luiz Bernardo Dias Costa (fiscalizadora, judicante, sancionadora, consultiva, informativa, corretiva, normativa e de ouvidoria);
Eduardo Gualazzi (consultivas, verificadoras, inspetivas, fiscalizatórias, informativas, coercitivas, reformatórias, suspensivas

base nos ensinamentos de Lafayete Josué Petter,[18]sumarizá-las da se guinte forma:

- Função consultiva (inciso I e VII);
- Atividade de fiscalização de forma preventiva ou repressiva (incisos III, IV, V, VI, IX, X e XI);
- Função de julgamento (inciso II);
- Função sancionadora (inciso VIII).

De todas as funções elencadas no citado artigo, apenas a função sancionadora e a de julgamento desencadeiam uma série de questionamentos. Quanto às demais funções previstas para os Tribunais de Contas, a doutrina e a jurisprudência, em geral, entendem como de natureza administrativa. Considerando esse aspecto, chega-se à conclusão de que não são expressão de jurisdição e que seu controle no âmbito judiciário se dá de forma necessariamente limitada. [19]Nessas outras funções, as Cortes de Contas não julgam agentes e nem atribuem responsabilidades, elas apenas exarem atos administrativos com os fins em si mesmos ou decisões que complementam atos administrativos complexos.

Por sua vez, a competência de julgar as contas dos agentes públicos e demais responsáveis é a mais complexa função do Órgão de Contas. Pode-se afirmar, também, que é por meio dessas decisões que a função sancionadora surge. Assim, a função sancionadora é uma expressão da força dos julgamentos. O estudo de sua natureza jurídica, portanto, está intrínseco ao das decisões de julgamento de contas.

Dessa forma, há a necessidade de se estudarem apenas os aspectos jurisdicionais da função de julgamento dos Tribunais de Contas, na medida em que todas as demais funções são de natureza administrativa e a função sancionadora é uma consequência da função de julgamento.

Partindo-se para a análise da existência de jurisdição no tocante a essa última função de julgamento, a doutrina e a jurisprudência chegam, em síntese, a três conclusões: que se trataria na verdade de uma competência meramente administrativa; que seria uma função jurisdicional especial, ou seja, ficaria entre os conceitos de ato administrativo e ato jurisdicional; ou que seria o exercício da jurisdição propriamente dita.

Para Jorge Ulisses Jacoby,[20] a jurisdição é conceituada, com pequenas variações, como o poder do estado de aplicar o Direito ao caso concreto e tem por objetivo imediato a composição de conflitos, mediato, a conservação e o desenvolvimento das condições de vida em sociedade. José Rubens da Costa, ao se debruçar sobre o mesmo tema, assevera que:

> *A função jurisdicional pode ser definida como a atribuição e o monopólio estatal de poder para solucionar um conflito intersubjetivo de interesse e impor coativamente a sua realização, com a finalidade maior de manter e preservar o sistema jurídico objetivo ou a ordem jurídica.*[21]

Tomando por base os ensinamentos de Chiovenda, Allorio e Carnelutt, Carlos Eduardo da

---

e declaratórias);

Leonardo Felippe (emitir parecer prévio, o julgamento de contas, função verificadora no tocante aos atos complexos, realizar inspeções e auditorias, imputar os responsáveis por imputação de débito em seus processos, dever de representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos e função consultiva).

18 PETTER, Lafayete Josué. Direito financeiro. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009. p. 214

19 Há divergências quanto aos limites do controle judicial dos atos administrativos. Uma análise mais apurada desta problemática sairia do escopo deste artigo.

20 FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Da função jurisdicional pelos Tribunais de Contas. Revista Brasileira de Direito Público - RBDP, Belo Horizonte, ano 3, n. 09, p. 83-108, abr./jun. 2005. p. 86.

21 COSTA, José Rubens. Controle jurisdicional dos atos decisórios dos Tribunais de Contas. Boletim de Direito Administrativo – BDA, Ano XII, n. 6, jun. 1996. p. 341-342.

Costa Silva[22] conclui que jurisdição é função estatal e somente o agente público com tal incumbência poderia exercê-la. É declaração e aplicação do direito objetivo, além disso, é imparcial, pois deve solucionar o conflito de interesses da forma mais equidistante possível até dar termo à demanda com a coisa julgada.

Para outros autores, a jurisdição em nada se confunde com o poder de se auto-organizar, mas de dizer o direito e exigir, por força própria, sua aplicação.[23] Tal conceito, por sua vez, leva a conclusão de que apenas o Judiciário exerce jurisdição.

Em contrapartida aos conceitos de jurisdição que a conduzem necessariamente ao Poder Judiciário, Leonardo Felippe Ferreira[24] defende a idéia de que jurisdição é gênero, do qual jurisdição judicial é espécie. A jurisdição, nesse sentido, seria um Poder inerente ao Estado que o exerceria por meio de um processo, seja ele administrativo ou judicial. Ela seria una, porém, existiria uma divisão orgânica de jurisdições, tais como: comum, especial e constitucional. Para esse autor,

> *A jurisdição especial distingue-se das demais, pois aqueles que a exercem não são integrantes do Poder Judiciário. Vem contemplada no nosso ordenamento constitucional nos arts. 49, IX, 52, I e II, 55, §2º e 71, II. A exclusividade da jurisdição não significa privilégio do Poder Judiciário, mas sim que somente podem exercer atividade jurisdicional os órgãos a quem a Constituição, de forma reservada, atribuir esta função. O delineamento é constitucional, donde qualquer modificação a este respeito só pode ocorrer mediante reforma constitucional.*[25]

Embora a citada tese da existência de uma jurisdição especial seja muito criticada por entendê-la como forçosa, é necessário considerá-la como um dos argumentos para se delimitar os limites do controle judicial sobre as decisões dos órgãos de contas.

Como se percebe, as teses se diferenciam sob os limites da jurisdição. Enquanto para alguns a jurisdição seria um instituto com características intrínsecas ao Poder Judiciário, outros já a enxergam como um instituto jurídico mais amplo que comportaria subespécies, dentre elas, a administrativa.

Diametralmente oposta à ideia de jurisdição, o ato administrativo seria aquele em que, na visão de Maria Sylvia Di Pietro,[26] o Estado ou quem lhe represente produz efeitos jurídicos imediatos, com a observância das leis, sob regime jurídico de direito público e sujeito a controle pelo Poder Judiciário. Corroborando com tal entendimento, Celso Antônio Bandeira de Melo[27] afirma que se trata de declaração do Estado, ou de quem lhe faça às vezes, no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional.

Por sua vez, Jonathan Doering Darcie[28] conceitua ato administrativo como sendo toda a espécie de manifestação de vontade (elemento volitivo sem o qual seria mero fato) da administração pública com intuito de, de alguma forma, interferir ou criar (em sentido amplo) uma relação jurídica.

Deve-se entender, portanto, que a distinção entre jurisdição e administração reside no fato de que na jurisdição, ao se dizer o direito no caso concreto, tem-se como finalidade exercer a

---

22 SILVA, Carlos Eduardo da Costa. A controvérsia quanto à natureza jurídica dos atos do Tribunal de Contas da União. Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/30681> Acesso em: 12 abr. 2010.

23 MARTINS, Ives Granda da Silva. op. cit., p.67.

24 FERREIRA, Leonardo Felippe. op. cit..

25 Ibid., p. 7.

26 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 189.

27 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 380.

28 DARCIE, Jonathan Doering. op cit., p. 275-276.

vontade da lei; porém, quando se emite um ato administrativo, a aplicação da lei é um meio, pois não é o fim principal.[29]

É importante destacar que o posicionamento a respeito do conceito de jurisdição e de ato administrativo irá influenciar a formulação de teses a respeito do princípio da unicidade da jurisdição.

Por princípio da unicidade da jurisdição ou princípio da ubiquidade judicial, entende-se que nenhuma lesão ou ameaça de lesão a direitos ficará fora do âmbito de análise do Poder Judiciário (art. 5, XXXV da CF/88[30]). Diante de tal princípio, questiona-se se a competência dos Tribunais de Contas de julgar contas (art. 71, II da CF/88), seria uma exceção a tal regra.

Pode-se afirmar que, antes da Constituição Federal de 1988, a doutrina era unânime em admitir que tal competência das Cortes de Contas era exercício de jurisdição.[31] Somente após a promulgação da nossa atual Carta Magna, é que essa grande celeuma se instalou.

Para aqueles que defendem que a citada competência dos órgãos de contas é mais uma função administrativa, o fato deles não estarem inseridos textualmente dentro do Poder Judiciário impossibilitaria a mitigação do princípio da unicidade de jurisdição. Para Odete Medauar,

> *[...] segundo o item XXXV do art. 5º da Constituição Federal, nenhuma lesão de direito poderá ficar excluída da apreciação do Poder Judiciário; qualquer decisão do Tribunal de Contas, mesmo no tocante à apreciação de contas de administradores, pode ser submetida ao reexame do Poder Judiciário se o interessado considerar que seu direito sofreu lesão; ausente se encontra, nas decisões do Tribunal de Contas, o caráter de definitividade ou imutabilidade dos efeitos inerentes aos atos jurisdicionais.*[32]

Celso Antonio Bandeira de Mello,[33] com base em Oswaldo Aranha Bandeira e José Afonso da Silva, posiciona-se na vertente que entende que as funções dos Tribunais de Contas são meramente administrativas, pois se o texto da Lei Maior pretendesse excepcionar a competência do Judiciário na matéria, tê-lo-ia feito de modo claro e expresso, dando efeito de sentença às decisões dos Tribunais de Contas que tivessem tal caráter.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, José Rubens da Costa entende que as decisões dos Tribunais de Contas devem ser caracterizadas como deliberações administrativas, pois:

> *Em havendo o sistema de unidade de jurisdição, pouco importa se a órgãos não-judiciários se atribui competência assemelhada a judicante ou jurisdicional, dado a que o conflito de interesses somente obterá solução final com a manifestação do Poder Judiciário. O cometimento de funções julgadoras a órgãos não judiciários, mas sem o caráter da exclusividade ou exclusão do órgão judiciário, não se enquadra, com rigor, no conceito de função jurisdicional, embora a ela se assemelhe.*[34]

Como se percebe, para os últimos autores citados, o fato dos Tribunais de Contas não serem órgãos do Judiciário colocaria as suas competências de julgar contas fora do âmbito jurisdicional

---

29 SILVA, Carlos Eduardo da Costa. op. cit..

30 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

31 RESENDE, Flávio Lúcio Chaves de. Limites da atuação jurisdicional sobre as decisões dos tribunais de Contas. Brasília, maio 2008. Disponível em: <http://www.clubjus.com.br/?artigos&ver= 2.18424&hl=no>. Acesso em: 27 mar. 2010. p. 8-10.

32 MEDAUAR, Odete. Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas. Revista de Informação Legislativa, Brasília, n. 108, 1990. p. 125.

33 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. O enquadramento constitucional do Tribunal de Contas. op. cit., p. 71-72.

34 COSTA, José Rubens. op. cit., p. 341-342.

em respeito à primazia do princípio da ubiquidade judicial.

Em contrapartida, alguns doutrinadores defendem a tese de que o disposto no inciso XXXV do artigo 5º da CF/88 não é absoluto, seja por existirem expressas exceções previstas dentro da Carta Magna, seja por darem uma interpretação em busca da máxima efetividade das normas constitucionais.

Para Jorge Ulisses Jacoby, a tese de que os Tribunais de Contas possuem jurisdição seria possível haja vista que:

> *A disposição do artigo 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal tem por destinatário o legislador infraconstitucional, mas não veda a que a própria Constituição, em dispositivo a ser coordenado, imponha o exercício da função jurisdicional a outro órgão, não integrante do Poder Judiciário, ou mais contundentemente, estabeleça que um determinado tipo de questão não seja objeto de apreciação judicial.*[35]

Assim, diante da explanação do citado autor e em conjunto com as lições de Jonathan Doering Darcie,[36] pode-se chegar às seguintes exceções ao princípio da unicidade da jurisdição:

- As contas prestadas pelo Presidente da República, que dispôs ser\ da competência exclusiva do Congresso Nacional (art. 71, I da CF/88).
- 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, que dispôs ser da competência privativa do Senado Federal (art. 52, I da CF/88).
- Os Ministros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade, que de igual modo dispôs ser da competência privativa do Senado Federal (art. 52, II da CF/88). O não cabimento de habeas-corpus em matériade punição disciplinar militar (art. 142, §2 da CF/88).
- A Justiça Desportiva na qual o constituinte criou uma espécie de limite temporal para as ações judiciais decorrentes de atos esportivos que ficam sujeitos a prévia análise da justiça desportiva (art. 217, §2, §3 da CF/88).
- A arbitragem prevista na Lei n. 9.307/96 (para os casos dos direitos patrimoniais disponíveis nos quais se escolhe uma pessoa para atuar como se juiz fosse. Assim, a decisão do árbitro é imutável, cabendo ao Judiciário apenas a decretação de nulidade de sua decisão e o mandamento de que ele proferia outra decisão, mas nunca o Judiciário poderá decidir por ele).

Como se vê, a própria Constituição Federal trouxe exceções ao princípio da ubiquidade judicial. Para esses defensores, quando do julgamento dos crimes de responsabilidades pelo Senado Federal, o Judiciário não poderia adentrar no mérito do julgamento. Essa posição ficou pacificada no STF quando do julgamento do mandado de segurança[37] impetrado durante o processo de *impeachment* do antigo Presidente Fernando Collor de Mello no qual este pleiteou a anulação da instauração do referido processo.

Nesse sentido, esse ramo da doutrina, diante das exceções à inafastabilidade do controle judicial, tende a equiparar as decisões dos Tribunais de Contas ao julgamento dos crimes de responsabilidade julgados pelo Senado Federal. Assim, seria uma exceção também o julgamento de contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração indireta, incluídas as fundações e as sociedades instituídas e mantidas pelo Poder

---

35 FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Limites à revisibilidade judicial das decisões dos Tribunais de Contas. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, Ano XVI, n.º 02. 1998. p. 48.

36 DARCIE, Jonathan Doering. op. cit., p. 277-279.

37 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 21689. Impetrante: Fernando Affonso Collor de Mello. Impetrado: Senado Federal. Relator: Min. CARLOS VELLOSO. Tribunal Pleno. Brasília, 16 de dez. 1993. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcesso Andamento.asp?incidente=1563033. Acesso em: 18 abr. 2010.

Público, e as contas daqueles que derem causa à perda, ao extravio ou a outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público.

Para essa mesma corrente doutrinária, o princípio da ubiquidade judicial não pode ser absoluto, pois nenhum princípio seria absoluto. Segundo ela, por força da interpretação que busca a máxima efetividade das normas constitucionais,[38] o referido princípio deve ser mitigado em detrimento da competência de julgar contas desses órgãos do controle externo. Seria uma primazia do interesse maior do Estado Democrático de Direito, uma vez que o controle externo tomou uma posição privilegiada na Carta Constitucional de 1988. Entender como jurisdicional a função de julgar contas corrobora a ideia de efetividade dos Tribunais de Contas e, assim, a do melhor funcionamento de toda a máquina administrativa.

Deve-se também entender que o constituinte originário era livre para excepcionar tal princípio. Todos os princípios elencados na Constituição são mitigados quando confrontados com outros, seja expressamente no texto constitucional, seja por meio de interpretações dos aplicadores do direito. Até o princípio da dignidade da pessoa humana, na figura do direito à vida, é excepcionado quando em época de guerra (art. 5º, XLVII,a da CF/88).

Assim, deve-se entender que o princípio da unicidade jurisdicional do Poder Judiciário é a regra do nosso sistema, porém há exceções expressamente previstas na Carta Magna, assim como outras exceções extraídas da aplicação de uma interpretação que busque a maior efetividade da norma constitucional.

O problema a respeito da natureza jurídica da função de julgar contas, exercida pelos Tribunais de Contas, também recai em uma análise gramatical do texto constitucional. Questiona-se o real significado do termo julgar dentro do inciso II do artigo 71 da CF/88.

Considerando essa dimensão, Cretella Júnior faz as seguintes ponderações a respeito do uso do vocábulo julgar:

> *O emprego de verbo **julgare** dos substitutivos julgamento e jurisdicional, em dispositivos constitucionais, induziu, primeiro, os membros do Tribunal de Contas - ministros e conselheiros - ao erro, imaginando que os vocábulos tinham sido empregados com o mesmo sentido que têm na nomenclatura técnica do direito processual.*
> *No Brasil, emprega-se, a todo instante, o vocábulo julgamento , quando se fala em julgamento de concurso, julgamento de licitação. Utiliza-se também o termo jurisdição (e igualmente alçada), na seara vulgar ou corrente. [...]*
> *Pois bem, a transplantação da rigorosa terminologia processual para a acepção vulgar, normal, corrente, popular, foi a responsável pela colocação dos que pretendem que os Tribunais de Contas, assim como os Tribunais de Justiça, julgam, proferem julgamento, exercem jurisdição, quando, na realidade, as Contas exercem, tão-só, atividades administrativas de fiscalização, de apreciação de contas, de concessão de aposentadoria, reformas, pensões.*[39]

Em outra direção, Leonardo Felippe Ferreira[40] argumenta que, apesar dos vocábulos serem, em sua maior parte, de significação imprecisa, dotados de alto grau de abstração (caráter aberto do conteúdo normativo), tal entendimento não se aplica ao termo julgar, devendo prevalecer seu sentido técnico, porque estar-se-ia indo de encontro ao teor literal do preceito que reconhece um juízo especializado de contas.

---

38 Para Pedro Lenza, o princípio da máxima efetividade deve ser entendido no sentido de a norma constitucional ter a mais ampla efetividade social. LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 13. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.95.

39 CRETELLA JÚNIOR, José. Natureza das decisões dos Tribunais de Contas. Revista de Direito Administrativo, n. 166, out./dez. 1986, p. 9. apud FERREIRA, Leonardo Felippe. op. cit., p.7-9.

40 Ibid., p.7.

Por sua vez, Jorge Ulisses Jacoby[41] assevera que o constituinte originário fez um excelente trabalho ao utilizar verbos distintos para cada competência dos Tribunais de Contas. Ele acredita que tais termos devem ser analisados sob seus significados técnicos e não como erro do constituinte. Caso eles estivessem errados, não se teria dado ao cuidado de diferenciar cada função.

Uma observação que merece destaque é que o vocábulo julgar já se encontrava nos textos constitucionais anteriores à atual Carta Magna. Nesse sentido, não se trataria de um erro formal do constituinte originário, uma vez que tal palavra está há mais de um século nos textos constitucionais. Dessa forma, deve-se entender que o vocábulo julgar foi empregado no sentido de julgamento, pois não se presume o erro gramatical. Considerando esse aspecto, tal erro tem de ser demonstrado por meio da impossibilidade de existência de um argumento técnico. No caso em tela, a interpretação técnica é cristalina. Não se pode, portanto, dar uma conceituação coloquial para um vocábulo que tem um sentido técnico e, principalmente, que está inserido em um contexto de competências que foram dispostas de forma distinta.

Seguindo na análise dos argumentos quanto à existência ou não de jurisdição na função de julgamento dos Tribunais de Contas, tem-se a discussão a respeito do âmbito dessa. Para parte da doutrina, tais órgãos, ao julgarem contas, estariam simplesmente analisando aspectos técnicos e nada apurando sobre a responsabilidade do indivíduo que prestou as contas. Em contrapartida, outros doutrinadores entendem que esse julgamento incide nos fatos e, consequentemente, implica na apuração de responsabilidades por parte dos ordenadores de despesas.

Oswaldo Bandeira Aranha de Mello,[42] José Afonso da Silva,[43] Lafayete Josué Petter[44] e Maria Sylvia Di Pietro[45] afirmam que os Tribunais de Contas não possuem atividade jurisdicional, pois apenas examinam as contas tecnicamente e não apreciam a responsabilidade do agente público. Para eles, a competência de apreciar a responsabilidade do agente público é apenas do Poder Judiciário. Para Cretella Júnior,

> *Julgar as contas é examiná-las, conferir-lhes exatidão, ver se estão certas ou erradas, traduzindo o resultado num parecer da mais alta valia, mas que nada tem de sentença judiciária. É função matemática, contabilística, nada mais.*
> *O Tribunal de Contas julga as contas, não o responsável. A decisão que profere é sobre a regularidade intrínseca da conta, e não sobre a responsabilidade do exator ou pagador ou sobre a imputação dessa responsabilidade; estatui somente sobre a existência material do delito, fornecendo à justiça, que vai julgar o responsável, essa base de acusação.*[46]

Assim, pode-se afirmar que essa linha de pensamento entende que o Tribunal de Contas apura exclusivamente fatos, ato bem diferente da função de julgar.

Sob outro prisma, há os defensores da tese que cabe aos Tribunais de Contas entrarem no mérito da análise das responsabilidades e que, na verdade, eles apuram fatos e não simplesmente contas. Para Jorge Ulisses Jacoby, "nenhum Tribunal ou juiz julga pessoas, mas todas as condutas ou comportamentos humanos. Julgar pessoas, na sua integridade, é competência privativa de Deus".[47]Incidem em erro alguns cultores da ciência jurídica ao confundirem o fato

---

41 FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Da função jurisdicional pelos Tribunais de Contas. op. cit., p.12-15.

42 MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Princípios gerais de direito administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 1974. v. II. p. 172.

43 SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1990, p. 629.

44 PETTER, Lafayete Josué. op. cit.. p. 216-217.

45 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. op. cit., p. 639.

46 CRETELLA JÚNIOR, José. Curso de direito administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 121 apud DARCIE, Jonathan Doering. op.cit., p. 279.

47 FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Limites à Revisibilidade judicial das decisões dos Tribunais de Contas. op. cit., p. 68.

de determinada pessoa vir a suportar os efeitos aflitivos de um dado julgamento em que é avaliado um comportamento seu perante a norma de regência (permissiva ou proibitiva), com o ser julgado.[48]

Dessa forma, pode-se concluir que entender que os Tribunais de Contas apenas analisam aspectos contábeis (técnicos) é restringir as competências desse órgão. Seja por força do controle da legitimidade,[49] previsto no art. 71 da CF/88, que obriga esses órgãos a analisarem os fatos diante dos princípios da administração, seja simplesmente por chegar-se à conclusão que nenhum Tribunal julga o indivíduo como ser. Em um Estado Democrático de Direito não se concebe julgar uma pessoa pelo que ela é, mas sim por suas ações dentro de um contexto social.

Dando continuidade à análise dos argumentos a favor ou contra o caráter jurisdicional da função dos Tribunais de Contas, tem-se o entendimento de que esses órgãos não possuem a mesma rigidez e garantias processuais que se verificam no Poder Judiciário. Na verdade, estariam mais próximas de procedimentos administrativos do que daquelas fixadas para os feitos judiciais.[50] É importante ressaltar, contudo, que essa vertente da doutrina apenas expõe esse entendimento, porém sem demonstrar quais são as fragilidades dos processos dos órgãos de contas.

Pode-se afirmar que desde que foi promulgada a CF/88, a grande maioria das Leis Orgânicas dos Tribunais de Contas preveem institutos jurídicos equiparados ao dos processos judiciais. Nesse sentido, não há como se falar em falta de garantia, pois o contraditório e a ampla defesa estão neles garantidos. Deve-se sempre ter em mente que a função de julgar contas é a mais ampla e que abarca todas as garantias. As demais funções, que possuem natureza administrativa, podem desenrolar-se sem o estabelecimento de um contraditório pleno, como, por exemplo, a verificação da validade de ato de aposentadoria da qual o aposentando não participa da relação processual de início. Esse só intervém no processo se verificar que da decisão pode haver algum prejuízo para ele.[51]

Assim, diante do número de recursos cabíveis, das formas de comunicação processual (citação e intimação) e do uso subsidiário do Código de Processo Civil, pode-se afirmar que a grande maioria das Leis Orgânicas dos Tribunais de Contas apresenta as mesmas garantias e rigidezes processuais do Judiciário.[52]

Seguindo na mesma análise, têm-se os autores que fundamentam o caráter administrativo das decisões das Cortes de Contas diante da jurisprudência do STF. Para eles, a natureza adminis-

---

48 FERREIRA, Leonardo Felippe. op. cit. p. 19.

49 Bruno Lemos Rodrigues entende que "a legitimidade vem a ser na verdade um controle principiológico. O conceito, pois, do aspecto legitimidade no controle exercido com auxílio do Tribunal de Contas implica a verificação dos atos controlados aos princípios que regem a administração dos recursos públicos". RODRIGUES, Bruno Lemos. O controle externo da administração pública exercido pelo tribunal de contas quanto ao aspecto da legitimidade. Boletim de Direito Administrativo – BDA, São Paulo, nov. 2003. p. 895.

50 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Coisa julgada - aplicabilidade a decisões do Tribunal de Contas da União. Revista do Tribunal de Contas da União, v. 27, n. 70, out./dez. 1996. p. 26.

51 "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."
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 3. Brasília, 30 mai. 2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=3.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>. Acesso em: 18 abr. 2010.

52 Foi realizada uma análise das Leis Orgânicas dos Tribunais de Contas e verificou-se simetria ao Judiciário no tocante aos recursos e formas de comunicação processual. Foram utilizadas as leis orgânicas disponibilizadas nos sítios eletrônicos dos Tribunais de Contas. Apresentam simetria: TCU, TCE-AM, TCE-AP, TCE-RR, TCE-PA, TCE-CE, TCE-PB, TCE-PE, TCE-SE, TCE-AL, TCE-MG, TCE-ES, TCE-SP, TCE-TO, TCE-GO, TCE-MT, TCE-MS, TCE-SC e TCE-RS. Não foram localizadas as leis orgânicas do: TCE-RO, TCE-MA, TCE-RN, TCE-BA, TCE-RJ, TCE-PR.

trativa ficaria bastante clara diante da redação da Súmula Vinculante n. 6[53] e da Súmula n. 347[54] do STF. Outro argumento, utilizado para justificar a natureza administrativa, seria o fato de que o parecer sobre as contas anuais dos chefes do executivo pode ser rejeitado por dois terços dos membros do Poder Legislativo.[55] Por fim, têm-se os que argumentam que a fato do julgamento das contas ser matéria técnica, possibilita que o Judiciário supra a ausência do posicionamento do Tribunal de Contas com o uso de peritos judiciais.

Percebe-se novamente um equívoco a respeito dos citados argumentos, pois afirmar que as Súmulas 6 e 347 do STF, bem como a rejeição do parecer prévio a respeito das contas dos chefes do executivo contribuiriam para o entendimento de que as funções das Cortes de Contas seriam meramente administrativas, é desconsiderar que a análise jurisdicional recai exclusivamente na competência do inciso II, do artigo 71 da CF/88. O julgamento de contas é que permeia toda essa discussão. Nesse sentido, quando a Súmula 6 do STF prevê a revisão dos atos aprovados pelos Tribunal de Contas, nada mais está fazendo do que reafirmando a possibilidade de revisão dos atos administrativos.

Por sua vez, o uso do vocábulo apreciar na Súmula 347 do STF deve ser entendido não como uma excludente da função jurisdicional, mas sim como uma possibilidade do Tribunal de Contas, no caso concreto, poder decidir sobre a aplicabilidade de uma lei considerada inconstitucional. Considerando essa dimensão, na apreciação há uma análise a respeito do uso ou não de uma norma potencialmente considerada inconstitucional dentro de um caso específico, enquanto que no julgamento de constitucionalidade há a própria declaração de inconstitucionalidade da norma.

Por fim, pode-se contra-argumentar o uso de peritos dentro do Judiciário no tocante às matérias de julgamento de contas, na medida em que seria uma ofensa ao princípio da economicidade e da eficiência ter órgãos aparelhados sem o devido retorno, uma vez que não faria lógica pagar novamente pelo mesmo serviço.[56]

Diante desse cenário de argumentação a respeito da jurisdicionalidade da função de julgar contas exercidas por esse órgão constitucional, têm-se as seguintes conclusões a respeito dos defensores da natureza administrativa:

Para Hélio Saul Mileski,[57] os Tribunais de Contas não possuem atividade legislativa tampouco seus atos são judiciais, uma vez que possuem uma jurisdição administrativa que não deve ser negada ou alterada. Ele destaca que:

> *[...] quando o Tribunal de Contas exercita a sua atividade fiscalizadora, inclusive procedendo ao julgamento de contas, como competência constitucional própria, exclusiva e indelegável, ainda assim, não há como negar a natureza administrativa de suas funções.*[58]

---

53 "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."
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula da Jurisprudência Predominante nº 6. Brasília, 13 dez. 1963. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=6 .NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas. Acesso em: 21 abr. 2010.

54 "O tribunal de contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público."
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula da Jurisprudência Predominante nº 347. Brasília, 13 dez. 1963. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1= 347.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>. Acesso em: 21 abr. 2010.

55 OLIVEIRA, Regis Fernandes de. op. cit., p. 519.

56 FERREIRA, Leonardo Felippe. op. cit. p. 20.

57 MILESKI, Hélio Saul. op. cit., p. 100.

58 Ibid., p.100.

Defensor dessa mesma linha de pensamento, Flávio Lúcio Chaves de Resende entende que as decisões dos Tribunais de Contas possuem natureza administrativa e não jurisdicional. O que se verifica é que os Tribunais possuem atribuições Judicantes (e não jurisdicionais) ao lado das funções de auxiliar o Poder Legislativo na fiscalização da administração financeira do erário.[59]

De forma conclusiva a respeito da existência de um caráter jurisdicional dessa competência dos Tribunais de Contas, explicita o Ministro Athos Gusmão Carneiro:

> *[...] as atribuições do Tribunal de Contas são de natureza administrativa. Entretanto, quando "julga" as contas "dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos", tal julgamento impõe-se ao Poder Judiciário no que concerne ao aspecto contábil, sobre a regularidade da própria conta; o julgado do Tribunal de Contas constitui prejudicial no juízo penal, como apuração, da qual o juiz não se pode afastar, de elemento de fato necessário à tipicidade do crime.*[60]

Na mesma linha de pensamento, Miguel Seabra Fagundes afirma que:

> *Quando a Constituição atribui ao Tribunal de Contas a competência de julgamento das contas, implica em [sic] investi-lo no parcial exercício de função judicante. Não bem pelo emprego da palavra julgamento, mas sim pelo sentido definitivo da manifestação da Corte, pois se a regularidade das contas pudesse dar lugar à nova apreciação (pelo Poder Judiciário), o seu pronunciamento resultaria em mero e inútil formalismo.*[61]

Nesse sentido, com base na competência de julgar as contas de administradores e demais responsáveis, entende-se que as Cortes de Contas exercem função jurisdicional. Há um sentido definitivo da manifestação do Tribunal de Contas, pois se a regularidade das contas públicas pudesse dar lugar à nova apreciação (pelo Poder Judiciário), o seu pronunciamento resultaria em mero e inútil formalismo.[62]

Alceu José Cicco Filho,[63] de posse dos ensinamentos de Leopoldo da Cunha Melo, assevera que o Tribunal de Contas não é simples órgão administrativo, na medida em que exerce uma verdadeira judicatura sobre aqueles que têm em seu poder, sob sua gestão, bens e dinheiros públicos.

Para Jorge Ulisses Jacoby, o Tribunal de Contas não tem competência para dizer o direito no caso concreto, de modo definitivo, com força de coisa julgada. A exceção a essa regra é a sua competência de julgar contas de responsáveis (art. 71, II). Ele assevera que essas decisões são expressões da jurisdição. Na verdade, não é jurisdição especial ou seguida de qualquer adjetivação que pretenda diminuir sua força, mas apenas jurisdição, à qual se pode, em homenagem ao órgão prolator, referir-se como jurisdição de contas.[64]

Conforme fora demonstrado, os doutrinadores divergem no tocante à caracterização da jurisdição quando do exercício da competência de julgar contas. Embora tudo o que fora exposto sejam argumentos pró e contra, é necessário ressaltar que existem defensores de uma tese in-

---

59 RESENDE, Flávio Lúcio Chaves de. op. cit., p.10.

60 CARNEIRO, Athos Gusmão. Jurisdição e Competência. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 14 apud FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Da função jurisdicional pelos Tribunais de Contas. op. cit. p.15.

61 FAGUNDES, Miguel Seabra. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 138.

62 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Direito Administrativo. op. cit., p. 71.

63 CICCO FILHO, Alceu José. Tribunal de Contas da União e a Natureza Jurídica de suas decisões. Revista Jurídica, Brasília, v. 9, n. 84, p.171-194, abril./maio, 2007. p. 177.

64 FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Da função jurisdicional pelos Tribunais de Contas. op. cit., p. 94-97.

termediária, ou seja, da existência de uma classificação da natureza jurídica dessas decisões que ficariam entre o caráter administrativo e o jurisdicional. Seria uma espécie de jurisdição especial ou ato administrativo especial.

Para os defensores dessa linha de pensamento, o julgamento de contas seria uma expressão de jurisdição, porém não em seu sentido estrito como hoje é colocado pela maioria da doutrina. Na verdade, é a própria classificação dicotômica entre jurisdicional e administrativo que deve ser repensada, uma vez que as classificações devem ser úteis ao ordenamento jurídico e não serem fatores de engessamento dele. Jonathan Doering Darcie ressalta que as classificações são mutáveis, porém os institutos podem permanecer da mesma forma. Ele defende que a classificação deve ser alterada, pois não é possível conviver apenas com decisões administrativas e judiciais.[65]

Nesse sentido, a classificação existente na doutrina e jurisprudência não pode ser um óbice para a perfeita identificação da natureza jurídica das decisões das cortes que julgam contas. Tratar-se-ia de decisões fora do âmbito judicial, mas que possuiriam força que irradiaria sobre esse meio. Por isso, somente com o correto delineamento dos efeitos jurídicos dessas decisões é que se pode almejar a eficiência dos órgãos constitucionais em análise.

Entender a natureza jurídica das decisões que julgam contas direciona ao posicionamento a respeito dos seus limites, conforme se verificará na discussão a seguir.

3. LIMITES À REVISÃO JUDICIAL DAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS DE CONTAS

Conforme toda a argumentação exposta no item anterior, tem-se que a natureza jurídica das decisões dos Tribunais de Contas que efetivamente "julgam contas" (art. 71, II da CF/88) é hoje classificada ora como administrativa, jurisdicional ou jurisdicional especial. Vale ressaltar que as demais competências dos Conselhos de Contas são caracterizadas como administrativas, com exceção da função sancionadora que é decorrente da competência de julgamento.

Para se estabelecer os limites da revisibilidade das decisões das Cortes de Contas, há necessariamente que se questionar os limites aos controles incidentes no ato administrativo, assim como nos atos jurisdicionais.

A revisibilidade dos atos administrativos também é uma matéria polêmica em nosso ordenamento jurídico. Parte da doutrina defende que o controle judicial só pode incidir sobre aspectos formais. Outros, porém, defendem a tese que seria possível a apreciação do mérito do ato administrativo pelo Judiciário. Assim, embora se esteja falando de doutrinadores que entendem que a referida competência dos Tribunais de Contas é de natureza administrativa, há a possibilidade de se identificar defensores de uma limitação à revisibilidade dela, assim como para qualquer outro ato administrativo.

Para aqueles que entendem que essas decisões são expressões de jurisdição, seja ela especial ou não, haveria uma prejudicialidade da matéria. Seria defeso ao Judiciário entrar na análise material das decisões.

Sob essa perspectiva, tem-se o seguinte quadro:

1 – Não há limites para o controle judicial das decisões dos Tribunais de Contas (entende-se que a natureza jurídica dessas decisões é administrativa e que o ato administrativo pode ser analisado no judiciário em seus aspectos formais e materiais).
2 – Há limites para o controle judicial das decisões dos Tribunais de Contas (entende-se que a natureza jurídica dessas decisões é administrativa, mas o ato administrativo somente pode ser analisado em seu aspecto formal).
3 – Há limites para o controle judicial das decisões dos Tribunais de Contas (entende-se que a natureza jurídica dessas decisões são jurisdicionais ou jurisdicionais especiais e que tais

65 DARCIE, Jonathan Doering. op cit., p. 281-285.

decisões só poderiam ser atacadas pelo Judiciário em seu aspecto formal).

Nessa discussão a respeito dos limites do controle judicial está imbricada a noção de coisa julgada oriunda das decisões de julgamentos de contas. O primeiro ponto a se acertar são os verdadeiros contornos da coisa julgada jurisdicional, ou seja, quais são os seus efeitos. Há de se discutir também se a coisa julgada pode ser aplicada no âmbito administrativo e, em caso afirmativo, se ela apresentaria as mesmas características da coisa julgada jurisdicional.

Coisa julgada é a decisão judicial de que já não caiba recurso (art. 6, § 3º).[66] Ao analisar esse instituto, Celso Ribeiro Bastos afirmou que nele "[...] o direito incorpora-se ao patrimônio de seu titular por força da proteção que recebe da imutabilidade da decisão judicial".[67] Quanto às suas características, Walter Nunes da Silva Jr assevera que:

> *A força da coisa julgada manifesta-se com dois efeitos fundamentais, quais sejam a imperatividade e a imutabilidade. A imperatividade é por conferir à sentença, em relação às partes, força de lei, não restando alternativa outra a elas que não cumprir o que ficou determinado. A imutabilidade não só faz desaparecer o direito de a parte provocar, novamente, o Judiciário sobre o assunto, como também extingue o ofício do juiz.*[68]

Assim, pode-se concluir que a coisa julgada formal consistiria no fenômeno da imutabilidade da sentença pela preclusão dos prazos para recurso. Por sua vez, a coisa julgada material trata da relação jurídica que foi apreciada, ou ao bem da vida assegurado ao autor ou réu, em virtude do pronunciamento do Estado, impedindo que em outro processo seja decidida de modo diferente.[69]

Embora pese a existência de defensores da ideia de que o instituto da coisa julgada pode ser pacificamente aplicado aos atos da administração pública, a maioria da doutrina nega sua existência nesse âmbito ou simplesmente cria uma espécie de coisa julgada administrativa. Para Alceu José Cicco, existe diferença entre coisa julgada judicial e coisa julgada administrativa. Ele ressalta que um instituto não pode simplesmente ser copiado para outro ramo do direito. Há outra noção de coisa julgada administrativa que seria uma espécie de impossibilidade de retratação de um ato administrativo.[70]

Lafayete Josué Petter, com auxílio da lição de Cretella Júnior, traça algumas características da coisa julgada administrativa em detrimento da coisa julgada judicial:

1 – a *res judicata* administrativa tem âmbito mais restrito que a judicial;
2 – há todo interesse que a decisão administrativa seja mantida;
3 – não se incluem na jurisdição administrativa os atos que não geram situação jurídica individual, assim como aqueles que precisam periodicamente serem reajustados;
4 – não são coisas julgadas administrativas aqulas que gram inequivocamente situações jurídicas individuais;
5 – não se incluem nesse rol os atos atingidos pela prescrição e cujo prazo de decadência se extinguiu.[71]

---

66 Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. § 3º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso.

BRASIL. Lei de introdução ao Código Civil. Decreto-lei Nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del4657.htm>. Acesso em: 16 abr. 2010.

67 BASTOS, Celso Ribeiro. Dicionário de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 1994. p.20.

68 SILVA JUNIOR, Walter Nunes da. Coisa julgada: direito imperativo ou facultativo? Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/18585/18149>.Acesso em: 24 abr. 2010.

69 FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Da função jurisdicional pelos Tribunais de Contas. op. cit., p.85.

70 CICCO FILHO, Alceu José. op. cit., p.185-188.

71 PETTER, Lafayete Josué. op. cit., p. 18.

Assim, diante do conceito de coisa julgada judicial e a possível existência de uma coisa julgada administrativa (diferenciada da judicial), pode-se afirmar que, ao se admitir o caráter jurisdicional das decisões de julgamentos de contas, estar-se-á afirmando que ela opera coisa julgada judicial no tocante aos aspectos materiais.[72] A noção de coisa julgada administrativa ficaria, então, intrinsecamente ligada à questão dos limites do controle judicial. Para aqueles que entendem que o Judiciário pode revisar completamente um ato administrativo, não existiria a figura da coisa julgada administrativa. Por sua vez, para aqueles que argumentam a favor de um limite ao controle judiciário dos atos administrativos, existe uma espécie de coisa julgada que faria com que os aspectos materiais do ato não fossem atacados.

Para os defensores da tese de que não há limites para o controle judicial das decisões que julgam contas, o Judiciário poderia rever completamente todos os atos administrativos até onde o magistrado entende ser seu campo de atuação.[73] Oswaldo Bandeira de Mello, ao defender que os Tribunais de Contas não exercem função jurisdicional, explicita:

> *Julgar é dizer do direito de alguém em face dos fatos e relações jurídicas, tendo em vista a ordem normativa vigente. Se simplesmente apura fatos, sob a imprópria cognominação de julgar, não exerce função jurisdicional. E essa apuração poderá ser objeto de prova contrária em juízo. Não deve constituir por isso prejudicial a ser aceita pelo Poder Judiciário sem qualquer exame. A Justiça Comum não pode ficar presa a ela, uma vez que a Constituição não atribui expressamente a força de sentença às conclusões do Tribunal de Contas sobre o fato. E a quem cabe dizer do direito de alguém, em princípio, cabe a verificação do fato, em última análise. Logo, a Justiça Comum, ao dizer daquele, deve apreciar este. Inexiste bis in idem, porquanto uma coisa é a apreciação administrativa e outra a judicial de dado fato.*[74]

Por sua vez, Maria Sylvia Di Pietro, em uma visão menos radical da natureza administrativa, expõe que as decisões dos Tribunais de Contas fazem coisa julgada formal, porém, por força do controle da legalidade (entendido no seu sentido amplo), o poder judiciário poderia apreciá-las. A mesma autora segue afirmando que, caso essa reavaliação envolva matéria especializada, alusiva a aspectos contábeis, financeiros e/ou orçamentários, poderá o magistrado valer-se do auxílio de peritos, a exemplo do que se passa em inúmeros outros casos levados à cognição judicial.[75]

Nesse sentido, para aqueles que acreditam que as referidas decisões dos Tribunais de Contas são atos administrativos e que não operam coisa julgada administrativa, não há limites para o controle judicial desses atos. Por sua vez, para os defensores da tese de que tais decisões seriam atos administrativos, mas que produzem coisa julgada administrativa (imutabilidade material), ou para aqueles que entendem como atos jurisdicionais, poder-se-ia falar em exclusivo controle da legalidade do ato pelo Poder Judiciário.

Para Leonardo Felippe Ferreira, as revisões judiciais das decisões dos Tribunais de Contas devem ter como causa de pedir apenas alguma ilegalidade manifesta e devem resultar numa declaração de nulidade e numa ordem para que outra decisão seja prolatada em seu lugar. Elas são anuladas, mas nunca reformadas.[76] Considerando essa dimensão, Alceu José Cicco[77] afirma que:

> *Em suma, pode-se entender, de acordo com a doutrina majoritária, que não há per-*

72 Vale ressaltar que a coisa julgada judicial não é absoluta. A ação rescisória pode atacar uma decisão transitada nas hipóteses do art. 485 do Código de Processo Civil.

73 FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de direito administrativo. 6. ed.. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 240.

74 MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. op. cit., p. 172.

75 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Coisa julgada - aplicabilidade a decisões do Tribunal de Contas da União. op. cit., p. 26.

76 FERREIRA, Leonardo Felippe. op. cit., p. 20.

77 CICCO, Alceu José. op. cit., p. 177-182.

> *missão de que o Judiciário aprecie, quanto ao mérito, decisões advindas do TCU como, por exemplo, no que tange a processos de tomada e prestações de contas, visto que são decisões administrativas por excelência, constituindo, igualmente, função privativa da Corte de Contas. Deste modo, é conferida a este Tribunal autonomia em certas hipóteses de não haver exame judiciário acerca de suas deliberações.*[78]

Dessa forma, a revisão judicial deve recair apenas nos aspectos formais das decisões das Cortes de Contas. "Limitar-se-á, todavia, a violações graves à Constituição e ao ordenamento jurídico vigente, sendo vedada a revisão judicial do mérito."[79] Para Hely Lopes Meirelles,[80] as atividades dos Tribunais de Contas resultam em atos administrativos que comportam o controle judicial, controle a ser exercido *a posteori*, e sob o prisma exclusivo da legalidade, na medida em que estrito à verificação da conformidade do ato com a norma legal que o rege.

Segundo Flávio Lúcio Chaves de Resende, com base nos ensinamentos de Germana de Oliveira, o exame da legalidade deve alcançar a análise do respeito aos princípios gerais do Direito previstos explícita ou implicitamente na CF/88. Nessa direção, afirma o autor:

> *[...] sobre o mérito administrativo, isto é, sobre a conveniência, oportunidade, eficiência ou justiça do ato é defeso ao judiciário se pronunciar. Destaca-se que não se pode confundir mérito administrativo do ato, infenso à revisão judicial, com o exame de seus motivos determinantes, sempre passíveis de modificação em juízo.*[81]

Vale salientar que ato manifestamente ilegal é um conceito jurídico indeterminado. Para se solucionar os entraves do caso concreto, deve-se seguir a ideia de que ilegalidade é tudo aquilo capaz de induzir a uma nulidade absoluta do decisório (pertinente a ampla defesa, contraditório, devido processo legal etc.).[82]

Jorge Ulisses Jacoby entende que só cabe ao Judiciário o exame da legalidade dos atos administrativos. Ele defende que esse não se confunde com a antiga posição ortodoxa, mas, sim, consistiria em uma nova posição que não admite o exercício da aplicação concreta da lei com o afastamento da competência da autoridade administrativa. Afirma também que a ideia de controle apenas da legalidade não deve se pautar somente no controle legal, mas sim na análise da conformação do ato com a moral administrativa e com o interesse coletivo.[83] O autor arremata:

> *Julgar é apreciar o mérito e, portanto, mesmo que a Constituição não utilizasse expressamente o termo "julgar" ainda assim uma decisão dessa Corte seria impenetrável para o Poder Judiciário. Se a maculasse manifesta ilegalidade, como sentença, mas nunca, jamais, poderia se permitir ao magistrado substituir-se nesse julgamento de mérito. O juiz também deve conter sua atuação nos limites da lei e foi a Lei Maior que deu a competência para julgar as contas a uma Corte, devidamente instrumentalizada e tecnicamente especializada. Portanto, mesmo que o julgamento das Cortes de Contas não fosse um ato jurisdicional típico, mas apenas um ato administrativo, seu mérito jamais poderia ser revisto pelo Poder Judiciário.*

Assim, a revisibilidade judicial seria forma de controle da legalidade do procedimento administrativo conduzido pelo Tribunal de Contas. Quando esse órgão analisar a legitimidade de

---

78 Ibid., p.182.

79 DARCIE, Jonathan Doering. op cit., p. 282.

80 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 14 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 602-603.

81 RESENDE, Flávio Lúcio Chaves de. op. cit., p.12.

82 DARCIE, Jonathan Doering. op cit., p. 283-284.

83 FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Da função jurisdicional pelos Tribunais de Contas. op. cit., p. 4-5.

um ato, não cabe ao Judiciário rever o mérito e substituir o entendimento decisório da Corte de Contas sob qualquer pretexto pelos fundamentos acima expostos.[84]

Pode-se fazer uma analogia do julgamento de contas com as decisões do Tribunal do Júri, pois, em ambos os casos, o juiz de direito fica vinculado ao pronunciamento pretérito da Corte de Contas ou do corpo de jurados.[85]

Embora o estudo da jurisprudência não seja o enfoque principal, é importante destacar que os seus posicionamentos seguem a doutrina. Assim como essa, a jurisprudência encontra-se bastante controvertida. Não há nenhum posicionamento conclusivo a respeito da matéria no âmbito das Cortes Superiores. A sua análise resultaria na mesma argumentação exposta pela doutrina aqui demonstrada.

Em síntese ao exposto a respeito dos limites da revisibilidade das decisões do julgamento de contas, tem-se que o Judiciário deve limitar-se ao exame da legalidade (juntamente com a análise da moral administrativa e do interesse público) de forma que possa chegar ao máximo à anulação da decisão do Tribunal de Contas. É defeso ao Poder Judiciário reformar a decisão do Colegiado de Contas.

Dessa forma, seja por entender que os atos administrativos façam coisa julgada no tocante aos aspectos matérias, seja por compreender que tais julgamentos são expressões de jurisdição, as decisões do julgamento de contas possuem caráter de definitividade só sucumbindo no caso de ilegalidades.

Não se pode visualizar esse limite à apreciação do Judiciário como uma ofensa ao princípio da unicidade da jurisdição, pois ele continua a existir. O que se verifica no presente caso é uma diminuição do seu alcance em prol de uma competência constitucional importantíssima para o Estado Democrático de Direito.

Assim, como o que ocorre nas decisões de julgamento de contas realizadas pelos órgãos de contas (art. 71, II da CF), a apreciação das contas dos chefes do executivo pelo Poder Legislativo também só pode ser atacada nos aspectos legais, uma vez que se trata de um julgamento político que fora expressamente previsto pela Constituição Federal. Dessa forma, seja por ser um julgamento técnico ou político, tem-se a intenção do constituinte originário em dar força ao controle externo.

Não há como desconsiderar como argumento o fato dessas Cortes de Contas serem estruturas qualificadas para um julgamento técnico. Ter todo um arcabouço voltado para certa competência e mitigá-la por meio da ideia de existência de princípios intocáveis é um certo contrassenso diante do princípio constitucional da eficiência da administração. O próprio fato dos conselheiros e ministros dos Tribunais de Contas possuírem as mesmas prerrogativas dos juízes de direito, dá um caráter mais imparcial para os seus julgamentos. Nesse sentido, negar a existência de um limite à revisibilidade é admitir a existência de um controle externo assemelhado ao controle interno. Seria uma espécie de segunda revisão do controle interno.

Outro ponto a se destacar é que a classificação adotada para a natureza jurídica das decisões deve ser repensada. As competências constitucionais do Tribunal de Contas levam a esse embate teórico formidável, porém, sem poucos resultados práticos. Percebe-se que essa celeuma vigora desde a promulgação de nossa atual Constituição e não se percebe um caminho para a pacificação do tema. Deve-se ter em mente que o constituinte originário não cria competências a partir de institutos jurídicos pré-existentes, ou seja, o ato legislativo não se vincula às conceituações jurídicas. Por ser um exercício político soberano, salvo alguns direitos humanitários entendidos como já inerentes à sociedade, o constituinte originário não se prende ao ordenamento jurídico anterior, tampouco a conceituações doutrinárias. Fica nítido pela análise

84 RODRIGUES, Bruno Lemos. op. cit., p. 899.

85 MARQUES, Oliveira. O Tribunal de Contas, os limites da res veredicta e o contencioso administrativo. Revista de Informação Legislativa, n. 75, jul./set. 1982. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/181428/1/000398395.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2010. p. 201

da redação dos artigos que estabelecem o controle externo que a nossa Carta Magna não foi ousada ao ponto de colocar as Cortes de Contas dentro do Poder Judiciário, mas colocou-as em uma situação autônoma diante dos Poderes constituídos. Da mesma forma que hoje a doutrina caminha para o entendimento da existência de um órgão autônomo e independente, deve-se marchar para a conceituação de sua função de julgamento de contas como uma função supra-administrativa, ou melhor, uma função jurisdicional especial.

O que interessa ao estudo e, principalmente, à prática, é a delimitação dos efeitos dessa decisão, pouco importando tratar-se de uma decisão administrativa, jurisdicional ou jurisdicional especial. Fazer uma análise dessa natureza é também se posicionar sobre outros conceitos jurídicos, tais quais os institutos da coisa julgada, do ato administrativo, do ato judicial, do princípio da unicidade jurisdicional, do princípio da máxima eficiência da interpretação das normas constitucionais etc. Nesse sentido, cabe ao intérprete escolher a melhor forma de se alcançar à máxima efetividade dos órgãos de contas. Nenhum defeito prático teria uma tese que, embora argumente que as decisões dos julgamentos tenham natureza administrativa, defenda que essa matéria seja prejudicial ao judiciário. Não haveria diferença, da mesma forma prática, da tese que argumente que se trata de exercício jurisdicional, sendo também matéria prejudicial ao Poder Judiciário.

Assim, o que se deve ter em mente é que a justificativa para a existência de limites à revisibilidade das decisões dos Tribunais de Contas não é a conceituação dos seus institutos, mas sim a análise do seu papel no Estado Democrático de Direito. Não se trata, pois, de um argumento que busca determinado resultado prático a todo custo, sufragando um arcabouço jurídico solidificado. Trata-se, na verdade, de justificar a existência de tais limites para que o controle externo tenha um papel efetivo na sociedade e que os princípios democráticos de nossa República sejam satisfeitos. Fundamentar tal função apenas com conceituação jurídica pode levar a um caminho teórico auto-inflável. Quanto mais se estuda a respeito, mais se subdividem as teorias e mais surgem conceitos novos. Em que pese a necessidade de determinadas conceituações, estar-se-á diante de um caso em que a finalidade da função de julgamentos de contas prevalece sobre o estudo de sua natureza.

Dessa forma, com base na importantíssima função institucional dos Tribunais de Contas e, especificamente, da função de julgamento de contas por um órgão especializado e técnico, é que se pode falar em mitigação do princípio da unicidade jurisdicional. Essas decisões são, portanto, imutáveis nos seus aspectos materiais, sendo apenas atacáveis quanto a ilegalidades expressas que ataquem direitos como do devido processo legal.

Um ponto a se destacar é que não só as decisões precisam ser respeitadas pelo Judiciário ao exercer o seu controle, mas sim a própria competência do Tribunal de Contas. Não se trataria de um controle simplesmente *a posteori*, mas sim de uma reserva de competência que impediria que o Poder Judiciário se pronunciasse a respeito de matéria inerente aos julgamentos de contas públicas. Esse seria mais um motivo para que a argumentação da existência dos limites à revisibilidade judicial se enquadrasse exclusivamente na noção da natureza jurídica de tais decisões, pois, mesmo antes de qualquer pronunciamento a respeito da matéria, o Poder Judiciário já estaria proibido de atacar o mérito de tais julgamentos.

Por se tratar de reserva de competência, pode-se afirmar também que num eventual embargo de terceiros, no decorrer de uma execução de um título proveniente de uma imputação de débito ou multa atribuída pelo Tribunal de Contas, ficaria também o Judiciário proibido de rediscutir os aspectos materiais da constituição do título executivo.

Em síntese, respondendo ao objetivo desta pesquisa, pode-se afirmar que há limites ao controle judicial das decisões dos Tribunais de Contas. É defeso ao Poder Judiciário atacar o mérito das decisões dos Conselhos de Contas que julgam contas, seja embasando o entendimento na existência de uma jurisdição ou na possibilidade de revisão formal dos atos administrativos. Qualquer uma dessas duas argumentações apenas torna efetiva a importantíssima função dessas Cortes. Estar-se-ia diante de uma exceção à regra da unicidade jurisdicional do Judiciário e,

principalmente, privilegiando a interpretação da máxima efetividade das normas constitucionais.

4. CONCLUSÕES

O estudo dos limites à revisão judicial das decisões dos Tribunais de Contas é um tema que surgiu desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, mas que continua controvertido até a presente data.

Verificou-se que, para se chegar à análise de tal limite, é necessário entender o posicionamento desses órgãos dentro da Estrutura de Poder do Estado. Chega-se à conclusão que o melhor entendimento é que as Cortes de Contas são órgãos autônomos, independentes e possuidores de competências relevantes ao Estado Democrático do Direito. Embora previstas dentro do capítulo constitucional do Poder Legislativo, não se encontra subordinado funcionalmente nem estruturalmente a este.

Tendo-se a certeza que tais cortes não se caracterizam como sendo órgãos do Judiciário, há a necessidade de analisar a natureza jurídica de suas decisões para que, ao final, possa se posicionar a respeitos de seus limites.

Deve-se observar que tais órgãos possuem várias competências distintas. Eles exercem funções propriamente administrativas, tais quais as consultivas e as atividades de fiscalização, assim como funções sancionadoras e de julgamento. Essa última competência é a que dá ensejo aos debates a respeito de sua natureza jurídica e que resulta na celeuma a respeito do limite de sua revisibilidade.

A doutrina, fazendo o uso dos conceitos de jurisdição e de ato administrativo, chega às seguintes conclusões a respeito das decisões que julgam contas: são atos administrativos, atos jurisdicionais ou atos jurisdicionais especiais.

Em síntese, aqueles que defendem a natureza administrativa dessas decisões argumentam que: o princípio da unicidade da jurisdição vedaria a possibilidade de outro órgão julgar, além do Judiciário; o uso do vocábulo julgar no art.71, II da CF/88 foi um equívoco do constituinte originário; não se trata de uma exceção ao princípio da unicidade da jurisdição, pois não foi feita de forma expressa; o princípio da máxima efetividade esbarra no da interpretação constitucional; apurar contas não é julgar; os processos nessas cortes não possuem a mesma rigidez e garantia processual; o judiciário pode fazer uso de peritos nas matérias de análise de contas.

Por sua vez, os defensores da existência do exercício de jurisdição nas decisões que julgam contas argumentam que: tais julgamentos seriam um inútil formalismo e um absurdo *bis in idem* se forem passíveis de amplo controle judicial; o vocábulo julgar deve ser entendido em seu sentido técnico; esse mesmo vocábulo já existe desde as nossas primeiras Constituições; os Tribunais de Contas julgam fatos assim como qualquer outro Tribunal; a própria Constituição Federal estabelece exceções ao princípio da unicidade jurisdicional; o processo dentro desses órgãos é desenvolvido à luz do contraditório e da ampla defesa; as normas constitucionais devem ser interpretadas de uma forma que lhe deem a maior efetividade.

Por fim, os que entendem que a natureza jurídica das decisões dessas Cortes que julgam contas é uma expressão de uma jurisdição especial se baseiam nos mesmos argumentos desses últimos, porém não admitem que o conceito de jurisdição possa ser fielmente aplicada fora do contexto judiciário. Nesse sentido, trata-se de um posicionamento intermediário.

Assim, diante das formas de classificação jurídica das decisões de julgamento de contas, pode-se traçar um panorama a respeito dos limites dessas decisões: não há limites (ato administrativo suscetível de ser revisado em seu aspecto material e formal); há limites (só pode ser revisado em seu aspecto formal, seja por entender que o ato administrativo é insucessível de análise meritória, ou por ser um ato jurisdicional).

O melhor entendimento a respeito desse aspecto deve ser aquele que dê maior efetividade as decisões dos Tribunais de Contas. A natureza jurídica dessas decisões deve ser compreendida como jurisdicional ou administrativa, desde que entendido que é defeso ao Judiciário revisar os aspectos materiais dessas decisões. Em síntese, cabe ao Poder Judiciário apenas o controle da legalidade das decisões dos Conselhos de Contas independentemente da argumentação utilizada. Não pode aquele Poder re-julgar uma matéria que a Carta Magna expressamente atribuiu ao órgão auxiliar do controle externo. É necessário que se dê a máxima eficiência a esses órgãos para que o pleno exercício de suas competências resulte em um melhor desempenho do controle externo e, assim, da própria Administração Pública.

Portanto, em que pese existirem argumentos divergentes a respeito da natureza jurídica e dos limites do controle judicial das decisões dos Tribunais de Contas, deve-se fazer uma leitura em favor da máxima efetividade das funções desses órgãos autônomos e importantíssimos para o Estado Democrático de Direito. O controle externo é um dos pilares da democracia. Não se pode desprestigiá-los quando a própria Constituição deixou expressas suas funções e independências. Querer colocar os Conselhos de Contas dentro de uma conceituação genérica é ignorar a relevância deles. Nesse sentido, seja qual for o caminho conceitual utilizado, deve-se chegar à conclusão que dê maior efetividade a todo o arcabouço do controle externo.

Vale ressaltar que as conceituações doutrinárias não podem ser um óbice para a melhor interpretação e aplicação dos princípios democráticos. As classificações devem evoluir com as mutações do direito e, principalmente, devem ser úteis, visando não apenas a si mesmas.

Por fim, destaca-se que este tema deve ser encarado não apenas como um limite ao controle após decisão, mas sim como uma reserva de competência. Cabem apenas aos Tribunais de Contas os julgamentos das contas dos ordenadores de despesas. Qualquer processo que tenha matéria correlata deve ser considerado como prejudicial à analise do Judiciário. Considerando essa dimensão, tal discussão avoluma-se diante da possibilidade de maiores consequências. Chega-se, por fim, à conclusão de que já passa da hora do STF pronunciar-se de maneira definitiva a respeito da matéria.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Felipe Braga. *Lei de Responsabilidade Fiscal e o Poder Legislativo: uma análise do papel dos Tribunais de Contas.* Disponível em: <http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/Anais/Felipe%20Braga%20Albuquerque. pdf>. Acesso em: 19 abr. 2010.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo.* 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *O enquadramento constitucional do Tribunal de Contas.* **In:** FREITAS, Ney José de (coord.). *Tribunais de Contas: aspectos polêmicos.* Belo Horizonte: Fórum, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Dicionário de direito constitucional.* São Paulo: Saraiva, 1994.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 07 abr. 2010.

_____. *Lei de introdução ao Código Civil. Decreto-lei Nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del4657 .htm>. Acesso em: 16 abr. 2010.

_____. *Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 21689. Impetrante: Fernando Affonso Collor de Mello. Impetrado: Senado Federal. Relator: Min. CARLOS VELLOSO.* Tribunal Pleno. Brasília 16 de dez. 1993. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1563033>. Acesso em: 18 abr. 2010.

_____. *Supremo Tribunal Federal.* Súmula Vinculante nº 3. Brasília, 30 mai. 2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp? s1=3.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>. Acesso em: 18 abr. 2010.

_____. *Supremo Tribunal Federal.* Súmula da Jurisprudência Predominante nº 6. Brasília, 13 dez. 1963. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/ listarJurisprudencia.asp?s1=6 .NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas. Acesso em: 21 abr. 2010.

_____. *Supremo Tribunal Federal.* Súmula da Jurisprudência Predominante nº 347. Brasília, 13 dez. 1963. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia /listarJurisprudencia.asp?s1=347.NUME%20NAO%20S.FLSV.base=baseSumulas>. Acesso em: 21 abr. 2010.

BRITTO, Carlos Ayres. *O regime constitucional dos Tribunais de Contas.* **In:**_____. *O novo Tribunal de Contas.* 2. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

COSTA, José Rubens. *Controle jurisdicional dos atos decisórios dos Tribunais de Contas. Boletim de Direito Administrativo* – BDA, Ano XII, n. 6, jun. 1996.

CICCO FILHO, Alceu José. *Tribunal de Contas da União e a Natureza Jurídica de suas decisões.* Revista Jurídica, Brasília, v. 9, n. 84, p.171-194, abril/maio, 2007.

DARCIE, Jonathan Doering. *As decisões do Tribunal de Contas e o seu controle judicial.* Revista Interesse Público, Belo Horizonte, ano 11, n. 55, p. 273 a 304, maio/jun. 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo.* 17. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. *Coisa julgada - aplicabilidade a decisões do Tribunal de Contas da União.* Revista do Tribunal de Contas da União, v. 27, n. 70, out./dez. 1996.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário.* 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

FERREIRA, Leonardo Felippe. *Eficácia das deliberações dos Tribunais de Contas que julgam as contas dos administradores públicos: limites de revisibilidade pelo Judiciário.* Biblioteca Digital Fórum Administrativo Direito Público FA, Belo Horizonte: Fórum, v. 8, n. 84, p. 12-32, fev. 2008.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Da função jurisdicional pelos Tribunais de Contas.* Revista Brasileira de Direito Público - RBDP, Belo Horizonte, ano 3, n. 09, p. 83-108, abr./jun. 2005.

_____. *Limites à Revisibilidade judicial das decisões dos Tribunais de Contas.* Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, Ano XVI, n.º 02. 1998.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo.* 6. ed.. São Paulo: Malheiros, 2003.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado.* 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARQUES, Oliveira. *O Tribunal de Contas, os limites da res veredicta e o contencioso administrativo.* Revista de Informação Legislativa, n. 75, jul./set. 1982. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/181428/1/000398 395.pdf> . Acesso em: 15 abr. 2010.

MARTINS, Ives Granda da Silva. *Tribunal de Contas é Órgão Auxiliar do Controle Externo do Poder Legislativo e não, Institucionalmente, Órgão Equiparado ao Regime dos Tribunais - Reflexões Sobre sua Disciplina Jurídica - Opinião Legal.* Biblioteca Digital Fórum Administrativo Direito Público FA, Belo Horizonte, ano 8, n. 87, maio 2008.

MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas.* Revista de Informação Legislativa, Brasília, n. 108, 1990.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo.* Rio de Janeiro: Forense, 1974. v. II.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro.* 14. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 602-603.

MILESKI, Hélio Saul. *Tribunal de Contas: evolução, natureza, funções e perspectivas futuras.* **In:** FREITAS, Ney José de (coord.). *Tribunais de Contas: aspectos polêmicos.* Belo Horizonte: Fórum, 2009.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de direito financeiro.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PETTER, Lafayete Josué. *Direito financeiro.* Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

SILVA, Carlos Eduardo da Costa. *A controvérsia quanto à natureza jurídica dos atos do Tribunal de Contas da União.* Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/30681> Acesso em: 12 de abr. 2010.

RESENDE, Flávio Lúcio Chaves de. *Limites da atuação jurisdicional sobre as decisões dos tribunais de contas.* Brasília, mai. 2008. Disponível em: <http://www.clubjus.com.br/?artigos&ver= 2.18424&hl=no>. Acesso em: 27 mar. 2010.

RODRIGUES, Bruno Lemos. *O controle externo da administração pública exercido pelo tribunal de contas quanto ao aspecto da legitimidade.* Boletim de Direito Administrativo – BDA, São Paulo, nov. 2003.

SILVA JUNIOR, Walter Nunes da. *Coisa julgada: direito imperativo ou facultativo?* Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index. php/buscalegis/article/ viewFile/18585/18149>.Acesso em: 24 abr. 2010.

*REPRESENTAÇÃO AO TRIBUNAL DE CONTAS POR IRREGULARIDADES LICITATÓRIAS E O PRAZO DECADENCIAL DO ARTIGO 41, §2º, DA LEI 8.666/93 À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL **

Guilherme Farias Florentino
Acadêmico de Direito da Universidade Federal da Paraíba

RESUMO: *O presente artigo discorre, simultaneamente, sobre a Administração Pública e a função dos Tribunais de Contas, analisando, mais especificamente, a não aplicação do artigo 41, §2º, da Lei 8.666/93 às representações apresentadas às Cortes de Contas, que lhes noticiam impropriedades licitatórias. A análise do tema dá-se adstrita aos termos de um recente precedente judicial proferido pelo Supremo Tribunal Federal, publicado em março de 2010, que analisa, na via do mandado de segurança, o pleito de uma empresa contratada do Poder Público, que pretende ver prorrogada a avença até então firmada entre ela (a sociedade empresária) e a Administração.*

PALAVRAS-CHAVE: *Tribunal de Contas. Controle Externo. Fiscalização. Administração Pública. Representação. Artigo 41, §2º, da Lei 8.666/93. Licitações. Mandado de Segurança n. 27008/AM. Supremo Tribunal Federal.*

SUMÁRIO: *Introdução. 1. As funções essenciais exercidas pelos Tribunais de Contas; 2. A não aplicação do artigo 41, §2º, da Lei 8.666/93 às representações por irregularidades licitatórias; 3. Estudo de Caso: o Mandado de Segurança n. 27008/AM julgado pelo Supremo Tribunal Federal; 4. Análise dos fundamentos apresentados no precedente judicial da Suprema Corte; 5. Conclusões. Referências.*

INTRODUÇÃO

Se à própria Administração interessa verificar o modo pelo qual se realizam os gastos públicos na atividade de seus vários órgãos, de maior relevo então se configura a fiscalização efetuada por Poderes ou entidades estranhas à estrutura interna da adminis tração, em virtude da possível independência com que a realizam.[1]

** O presente texto obteve a segunda colocação na edição 2010 do Prêmio Tarcísio de Miranda Burity para artigos relacionados à Administração Pública e ao controle externo dos atos do Poder Público, organizado pelo Tribunal de Contas da Paraíba.*

1 MEDAUAR, Odete. Controle da Administração Pública. Ed. única. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1993. p. 112.

A análise do tema se dará adstrita aos termos de um recente precedente judicial proferido pelo Supremo Tribunal Federal, publicado em março de 2010, que analisa, na estreita via do mandado de segurança, o pleito de uma empresa contratada do Poder Público, que pretende ver prorrogada a avença até então firmada entre ela (a sociedade empresária) e a Administração.

Antes, porém, de adentrar propriamente no tema, cumpre fazer algumas pontuações no que toca às funções essenciais exercidas pelos Tribunais de Contas, de maneira a facilitar a exposição das idéias e, de certa forma, para "atar as pontas"[2] do texto.

1. AS FUNÇÕES ESSENCIAIS EXERCIDAS PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS

No dizer do constitucionalista Alexandre de Moraes, as Cortes de Contas são órgãos administrativos, auxiliares do Poder Legislativo, aos quais incube basicamente o poder-dever de fiscalização, exercido através do controle externo dos entes e órgãos públicos, bem como dos particulares, pessoas físicas ou jurídicas, que utilizem, arrecadem, guardem, gerenciem ou administrem dinheiros, bens ou valores públicos.[3]

Os Tribunais de Contas, por força de determinação constitucional, auxiliam o Poder Legislativo na referida atividade de fiscalização "contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial" (artigo 70, *caput*, da Lei Maior)[4], sobretudo através da apreciação e julgamento de prestações de contas – referentes à aplicação de recursos provenientes do Erário – apresentadas pelos mais diversos gestores públicos, incluídos, dentre eles, não só os detentores de mandato eletivo, mas também outros tantos ocupantes de cargos de direção e ordenação de despesas.

Além disso, as Cortes de Contas exercem outros misteres, tais como a realização, por iniciativa própria ou mediante provocação, de inspeções e auditorias; a apreciação, para fins de registro, da legalidade dos atos de admissão de pessoal; a aplicação aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções legais, que estabeleçam, por exemplo, multa proporcional ao dano causado ao erário; dentre outras atividades.

A partir daí, vê-se claramente que, em que pese o fato de muitas vezes existirem críticas à baixa coercibilidade de seus julgados ou aos critérios eminentemente políticos de escolha de seus representantes, é fato que os Tribunais de Contas, historicamente, exercem verdadeiro papel de guardião da sociedade civil, na medida em que diligenciam em busca de impropriedades na aplicação de recursos públicos e, dessa forma, discriminam os bons dos maus gestores, apontando incongruências nas administrações exercidas e indicando sanções.[5]

Ao mesmo tempo, essas Casas atuam de maneira pró-ativa, apontando melhores formas de

---

2 "Inversamente do que pretendeu Bentinho na obra Dom Casmurro, de Machado de Assis – "atar as duas pontas da vida, e restaurar na velhice a adolescência" a partir da narrativa de sua própria história de vida –, a análise introdutória desta pesquisa serve de esteio para que se compreenda sua abordagem final, centrada no estudo de um precedente da Suprema Corte, evitando-se assim "restaurações" vindas a destempo.

3 MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional.15ª Ed. São Paulo: Atlas. 2004, p. 404/405.
Para conferir um judicioso apanhado do histórico constitucional dos Tribunais de Contas em nosso país, desde a República Velha, passando pelos períodos de exceção iniciados nas décadas de 1930 e, depois, de 1960, até os dias atuais, confronte-se: TEMER, Michel. Elementos de Direito Constitucional. 20ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros. 2005, p. 133/134.

4 Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder. (...)

5 Traçando interessante visão histórica das Instituições de controle de contas, aduz Jayme Baleeiro Neto que: "as instituições superiores de controle, sejam controladorias, segundo o modelo vigente nos países que adotam o Common Law, ou sejam Tribunais de Contas, para os países que seguem o Direito Continental Europeu, passaram por fases históricas semelhantes: inicialmente foram criadas para atender a necessidade ora do poder Executivo, de cunho gerencial, ora do Poder Legislativo de limitar os gastos do Executivo e responsabilizar os agentes públicos. Somente em fase posterior é que, na esteira do modelo francês criado por Napoleão, desvincularam-se dos Poderes para assumir posição eqüidistante e independente." BALEEIRO NETO, Jayme. As Organizações Sociais e o controle dos Tribunais de Contas. Ed. única. Rio de Janeiro: Renovar. 2004, p. 18.

se operar a máquina administrativa[6], na medida em que estabelecem ressalvas nos julgamentos de contas, ou quando, diretamente, notificam os gestores para que procedam em conformidade com a legislação, sob pena de multa a ser aplicada pelo(s) seu(s) órgão(s) colegiado(s).

Dessa forma, não se duvida de que o papel dos Tribunais de Contas, de qualquer das esferas, é de fundamental importância, acima de tudo, para a sociedade complexa atual, na qual, cada vez menos, as pessoas possuem condições técnicas e dispõem de tempo para deixar seus afazeres diários e se empenharem no acompanhamento da gestão da *res publica* na localidade em que vivem.

2. A NÃO APLICAÇÃO DO ARTIGO 41, §2º, DA LEI 8.666/93 ÀS REPRESENTAÇÕESPOR IRREGULARIDADES LICITATÓRIAS

No exercício de suas funções, é natural que a Corte de Contas, seja ela da União, distrital, estadual ou municipal, receba representações dando conta de irregularidades em procedimentos licitatórios (futuros, em curso ou já findos) no âmbito da Administração direta ou indireta.

As representações geralmente são apresentadas por agentes dos órgãos internos de controle do Poder Público, tais como a Controladoria-Geral da União ou dos Estados – que, inclusive, têm o dever de noticiar a existência de irregularidades, sob pena, até, de serem responsabilizados solidariamente pelo cometimento de algum ato ilícito, consoante as palavras mesmas do art. 74, §2º, da Carta Magna[7]-, por licitantes diretamente interessados no tema ou, ainda, por adversários políticos do gestor público atacado, preocupados em fiscalizar suas atitudes, afinal, é assegurada a qualquer cidadão a legitimidade para noticiar irregularidades/ilicitudes perante o Tribunal de Contas.[8]

No que toca aos certames públicos, as irregularidades noticiadas podem se referir a requisitos endógenos ao edital da licitação – abstratamente considerados –, tais como cláusulas restritivas de concorrência ou outros dispositivos que dêem preferência injustificada a determinado contendor, em razão, por exemplo, de sua origem territorial e localização de sua sede negocial.

De outro modo, as irregularidades podem se relacionar a atos concretos praticados no curso do procedimento público pela Comissão de Licitação, a exemplo da adjudicação do objeto do certame em benefício de determinada sociedade empresária, sem levar em consideração o descumprimento de requisitos legais habilitatórios, como o de apresentação de certidão de regularidade fiscal na fase própria.

Independentemente da espécie de irregularidade que se pretenda impugnar, o fato é que,

---

6 No ponto, vale lembrar as palavras do eminente professor José Afonso da Silva, para quem "o princípio de que a Administração se subordina à lei – princípio da legalidade – revela-se como uma das conquistas mais importantes da evolução estatal. Seria, contudo, ineficaz, se não previssem meios de fazê-lo valer na prática. A função de fiscalização engloba esses meios que se preordenam no sentido de impor à Administração o respeito à lei, quando sua conduta contrasta com esse dever, ao qual se adiciona o dever de boa administração, que fica também sob a vigilância dos sistemas de controle". Para mais detalhes, veja-se: SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 29ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros. 2007. p. 749.

7 Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de: (...)
§ 1º - Os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária.

8 É o que decorre de uma interpretação sistemática dos artigos 74, §2º, c/c artigo 75 da Constituição Federal, in verbis:
Art. 74. (...) § 2º - Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União.
Art. 75. As normas estabelecidas nesta seção aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios.
Interpretando a norma constitucional, José Afonso da Silva declara, com a autoridade que lhe é peculiar, que "abre-se, agora, ao cidadão, aos partidos políticos, às associações e aos sindicatos, a oportunidade de participar do controle externo da Administração Pública". SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 29ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros. 2007, p. 757.

na esteira do que sinaliza a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o prazo decadencial de que trata o artigo 41, §2º, da Lei de Licitações e Contratos (Lei 8.666 de 1993)[9], não se aplica à hipótese de representação perante o Tribunal de Contas, visto que qualquer denúncia chegada a esta Casa, dando notícia de irregularidades em procedimento licitatório, ainda que após o prazo legal mencionado acima, pode – na verdade, deve – ser apurada e, por conseguinte, é passível de ensejar atos sancionatórios.

A explicação do tema consta, pormenorizadamente, do acórdão proferido pelo Plenário da Suprema Corte, que apreciou o Mandado de Segurança n. 27.008-AM. Comentários a seguir.

3. ESTUDO DE CASO: O MANDADO DE SEGURANÇA N. 27008/AM JULGADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O julgado-paradigma que abordou a matéria foi recentemente publicado pela Suprema Corte, em 12 de março deste ano de 2010, quando da apreciação do mandado de segurança n. 27.008-AM impetrado em face do Tribunal de Contas da União, por uma sociedade empresária contratada do Poder Público, a qual alegou, como matéria preliminar, que determinada representação de irregularidade licitatória manejada perante a Corte de Contas seria intempestiva, à luz do precitado artigo 41, §2º, da Lei 8.666 de 1993.

Primeiramente, veja-se a ementa da decisão relatada pelo Ministro Carlos Ayres Britto:

> *EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO QUE DETERMINOU A NÃO-PRORROGAÇÃO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.*
> *1. Não há direito líquido e certo à prorrogação de contrato celebrado com o Poder Público. Existência de mera expectativa de direito, dado que a decisão sobre a prorrogação do ajuste se insere no âmbito da discricionariedade da Administração Pública, quando embasada em lei.*
> *2.* ***A representação ao Tribunal de Contas da União contra irregularidades em processo licitatório não está limitada pelo prazo do § 2º do art. 41 da Lei 8.666/93.***
> *3. Segurança denegada.*
> *(MS 27008, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2010, DJe-045 DIVULG 11-03-2010 PUBLIC 12-03-2010 EMENT VOL-02393-02 PP-00301)*[10]

O mandado de segurança foi impetrado, com pedido de liminar, pela sociedade empresária J. N. Trindade Conservação e Limpeza, por ocasião do Acórdão n. 2.414/2007, proferido pela 2ª Câmara do Tribunal de Contas da União, a qual determinara ao Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA, que se abstivesse de renovar o contrato administrativo firmado com a impetrante.

Bem assim, a empresa pugnou judicialmente pela concessão da segurança, alegando, dentre outros argumentos, que a representação levada ao Tribunal de Contas, que denunciava irregularidades no procedimento licitatório de que participara e no respectivo contrato daí advindo, seria intempestiva, consoante o artigo 41, §2º, da Lei 8.666/93.

---

9 Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada. (...)
§ 2o Decairá do direito de impugnar os termos do edital de licitação perante a administração o licitante que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação em concorrência, a abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concurso, ou a realização de leilão, as falhas ou irregularidades que viciariam esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994).

10 Acesso em 25.04.2010. Disponível no sítio oficial do Supremo Tribunal Federal: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=ms 27008&base=baseAcordaos>.

Quando o remédio *juris* chegou até a Suprema Corte, o Ministro Relator em seu voto, seguido à unanimidade pelos seus pares, denegou a segurança, declarando, além de outras questões, o contrário do que fora pleiteado, isto é, que toda denúncia chegada ao Tribunal de Contas da União que noticie irregularidades em procedimentos licitatórios, ainda que após o prazo legal do artigo 41, §2º, da Lei 8.666/93, pode e deve ser apurada, o que, por conseguinte, dá azo a aplicação de atos punitivos por parte dos órgãos competentes (dentre eles, as próprias Cortes de Contas), tais como no caso vertente, em que se determinou à autarquia federal (INCRA), que se abstivesse de renovar o contrato administrativo firmado com a sociedade empresária impetrante.

Pois bem: as denúncias de irregularidades licitatórias em face dos Tribunais de Contas não se submetem ao prazo do mencionado dispositivo da Lei 8.666 de 1993. Vejam-se, neste momento, as justificativas do fato.

4. ANÁLISE DOS FUNDAMENTOS APRESENTADOS NO PRECEDENTE JUDICIAL DA SUPREMA CORTE

Antes de tudo, é preciso que se assente, desde logo, que, em se falando da espécie de irregularidade licitatória referente a atos concretos praticados no curso do certame público, nota-se, *prima facie*, que o artigo 41, §2º, da Lei 8.666/93 não é aplicável, na medida em que o dispositivo legal é expresso ao aduzir que o prazo decadencial de 02 (dois) dias úteis antecedentes à abertura dos envelopes de habilitação se direciona às impugnações eventualmente ofertadas em face dos "termos" do instrumento convocatório da licitação, e não às atitudes comissivas ou omissivas levadas a cabo pelos integrantes da Comissão de Licitação no curso do procedimento.

Trata-se de uma circunstância entendida desde a primeira vista. Tanto que nem sequer se comentou a mencionada hipótese no curso do julgamento do remédio heróico.

Do mesmo modo, o prazo decadencial da Lei 8.666/93 também não se aplica às irregularidades noticiadas à Corte de Contas, que se refiram aos termos do edital licitatório abstratamente considerados. Consoante a percuciente *ratio decidendi* apresentada pelo Ministro Carlos Ayres Britto em seu voto, isso se dá por três motivos principais.

O primeiro deles é que o dispositivo normativo se refere ao "direito de impugnar os termos do edital de licitação perante a *Administração*", não abarcando esta última expressão a figura do Tribunal de Contas, porquanto o texto legal tenha de ser interpretado, exclusivamente, como referente ao órgão ou entidade que realiza o certame. Afinal, a Corte fiscalizatória, no exercício do controle externo, não pode ser confundida com a Administração responsável pela licitação, nem a representação protocolizada junto àquele Tribunal fiscalizatório pode ser entendida como espécie de recurso administrativo.

O segundo fundamento a que se fez referência no julgado consiste no fato de que o artigo 113, §2º, da Lei 8.666/93, ao dispor sobre a fiscalização exercida pelo Tribunal de Contas quandodo procedimento licitatório, não menciona qualquer prazo decadencial ou prescricional[11], dando a entender que se trata de um "silêncio eloqüente" do qual o legislador fez uso. Ao mesmo tempo, o referido artigo 113, §2º, autoriza a exegese de que um prazo tão exíguo quanto o entalhado no artigo 41, §2º, seria incompatível e nada razoável diante do caso específico das Cortes de Contas, levando-se em consideração seu elevado dever de fiscalização dos atos e contas públicos.

Enfim, eis o terceiro e último motivo apresentado pelo julgador perante a Corte: "ademais, a

11 Art. 113. O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito pelo Tribunal de Contas competente, na forma da legislação pertinente, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, nos termos da Constituição e sem prejuízo do sistema de controle interno nela previsto.

§ 1o Qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar ao Tribunal de Contas ou aos órgãos integrantes do sistema de controle interno contra irregularidades na aplicação desta Lei, para os fins do disposto neste artigo. (...)

própria Administração Pública poderia, de ofício, anular ou revogar o ato". Quer dizer, consoante o Ministro Ayres Britto, o fato de a Administração, fazendo uso do poder de autotutela que lhe é inerente, poder, a qualquer tempo, retirar do mundo jurídico determinado ato, seja por ilegalidade ou por conveniência, implica o reconhecimento de que a caducidade do artigo 41, §2º não pode ser aplicada à Corte de Contas

Venia concessa, mas, a nosso ver, este fundamento não prospera, embora reconheçamos a higidez e correção dos demais motivos apresentados, que, por si sós, são suficientes para sustentar o entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de denegar a segurança requerida no caso concreto ora comentado.

Não obstante, é preciso notar que o poder de autotutela próprio da Administração Pública não interfere na aplicação de prazos extintivos. Tanto é assim que, a título ilustrativo, vê-se que o prazo prescricional para o ajuizamento de ação anulatória de decisão administrativa que denega a restituição tributária é de 2 (dois) anos, conforme aduz o artigo 169, *caput*, do Código Tributário Nacional[12], e, uma vez esgotado esse lapso temporal, o poder de autotutela da Administração diante dos seus atos persiste, de sorte que, na hipótese de o Fisco perceber que houve uma ilegalidade no lançamento de determinado tributo, este órgão pode vir a anular o crédito constituído, ainda que o prazo para o particular discutir a matéria em juízo já se tenha esvaído.

Noutras palavras, a existência ou não de prazo extintivo, bem como seu esgotamento, não guarda correlação inafastável com o poder de autotutela da Administração.[13]

Feitas essas considerações, vê-se, em resumo, que a Suprema Corte, como já dito, entendeu pela inaplicabilidade do prazo decadencial do artigo 41, §2º, da Lei 8.666/93 às representações ofertadas em face dos Tribunais de Contas, que noticiem irregularidades licitatórias, visto que: 1) trata-se de um dispositivo legal que se refere a representações ofertadas tão somente perante a Administração; 2) a norma não encontra paralelo no artigo 113, §2º, da mesma Lei de Licitações e Contratos (dispositivo este o qual versa sobre a participação das Cortes de Contas na fiscalização dos certames públicos); 3) e, ainda, porque, segundo a Suprema Corte, o poder de autotutela da Administração inviabiliza qualquer entendimento diverso.

Por oportuno, saliente-se que o precedente ora colacionado trata de uma hipótese relacionada, especificamente, ao Tribunal de Contas da União, mas esse entendimento aplica-se, de todo, aos Tribunais de Contas estaduais, distritais e municipais, dada a semelhança de atribuições entre as Cortes regionais e a Corte da União – obviamente que cada uma atua numa esfer determinada[14]. No ponto específico, interessa salientar que tanto o Tribunal federal quanto os demais podem vir a receber representações de irregularidades licitatórias, sendo a competência de fiscalização delimitada a partir da origem dos recursos envolvidos no objeto do certame.

Cumpre ainda atentar para o fato de que o Supremo Tribunal Federal, através do precedente ora comentado, mais do que realizar uma adequada exegese técnico-jurídica do dispositivo legal em vigor, constante da Lei de Licitações, e aplicá-lo corretamente ao caso concreto (ou melhor, deixar de aplicá-lo), adotou um posicionamento político oportuno e necessário a um efetivo controle dos atos públicos, que devem ser acompanhados sempre bem de perto não

---

12 Art. 169. Prescreve em dois anos a ação anulatória da decisão administrativa que denegar a restituição.
(...)

*13 O poder de autotutela da Administração Pública, inclusive, foi reconhecido e cristalizado pelo Supremo Tribunal Federal no enunciado n. 473 de sua súmula jurisprudencial: " A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial". Ainda, é amplamente comentado pela doutrina administrativista pátria e estrangeira. Ilustrativamente, veja-se o que diz, a respeito da autotutela, José dos Santos Carvalho Filho, para quem esta prerrogativa consiste num verdadeiro princípio administrativo: "A Administração comete equívocos no exercício de sua atividade (...) Defrontando-se com esses erros, no entanto, pode ela mesma revê-los, para restaurar a situação de regularidade". CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 13ª ed. Rio de janeiro: Lumen **Juris**, 2005, p. 19.*

14 Vale lembrar, mais uma vez, que por expressa previsão constitucional, os preceitos aplicáveis à Corte de Contas da União referem-se, também, aos Tribunais de Contas Estaduais (art. 75, caput).

só pelas Cortes de Contas, mas por toda a sociedade, não podendo este controle ser tolhido por prazos extintivos exíguos que, na prática, inviabilizam a fiscalização do emprego dado ao dinheiro público.

Isto é, as consequências sociais deste precedente-paradigma vão ao encontro do interesse público, são benéficas para os jurisdicionados e atendem ao princípio da máxima efetividade constitucional[15] que, costumeiramente, se busca em decisões judiciais, especialmente naquelas proferidas pela mais alta Casa Julgadora do país, de maneira que se mostra extremamente salutar que este julgado dê o prumo dos próximos precedentes da Suprema Corte, consolidando assim a jurisprudência da Casa a partir das balizas já postas.

5. CONCLUSÕES

Apresentados os esclarecimentos devidos sobre a matéria jurídica em análise, extraem-se algumas constatações da pesquisa.

Primeiramente, vê-se que o Tribunal de Contas, a exercer suas atribuições constitucionais, apresenta-se como protagonista na efetivação de direitos fundamentais e, ainda, como relevante instrumento de controle social da gestão pública, seja porque lhe incumbe, oficialmente, a fiscalização das atividades governamentais (dentre outras), seja porque as Cortes de Contas são, por sua definição e natureza, instituições abertas à participação popular, especialmente no que tange à possibilidade de qualquer um do povo bater às suas portas para noticiar desmandos e impropriedades perpetradas às custas do dinheiro público.

Em segundo lugar, destaque-se, na senda do que já foi comentado ao longo de todo o trabalho e consoante recente julgado do Supremo Tribunal Federal, que a observância do prazo decadencial entalhado no artigo 41, §2º, da Lei de Licitações não constitui condição necessária para que as Cortes de Contas adotem providências no sentido de proteger os bens, valores e dinheiros públicos, caso estejam, de qualquer modo, sendo malversados no curso de procedimentos licitatórios.

Trata-se de um entendimento escorreito, alcançado a partir de uma aplicação apropriada das normas de direito do ordenamento pátrio no caso concreto acima relatado, que aproveita a toda a sociedade e põe sob resguardo os interesses jurídicos mais nobres.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Joaquim Maria Machado de. *Dom Casmurro.* Ed. única. Fortaleza/CE: ABC Fortaleza. 1999. p. 9.

BALEEIRO NETO, Jayme. *As Organizações Sociais e o controle dos Tribunais de Contas.* Ed. única. Rio de Janeiro: Renovar. 2004, p. 18.

BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. *Código Tributário Nacional.* **In:** *Presidência da República. Legislação Republicana Brasileira. Brasília, 1966.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm>. Acesso em: 25 abril 2010.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.* **In:** *Presidência da República. Legislação Republicana Brasileira. Brasília, 1988.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 25 abril 2010.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. *Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações* e *contratos da Administração Pública e dá outras providências.* **In:** Presidência da República. *Legislação Republicana Brasileira. Brasília, 1993.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 25 abril 2010.

CANOTILHO, J. J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição,* 2.a ed. Coimbra: Almedina, p. 227.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo.* 13ª ed. Rio de janeiro: Lumen ***Juris***, 2005, p. 19.

15 Consoante o decano dos constitucionalistas, Joaquim José Gomes Canotilho, "este princípio, também designado por princípio da eficiência ou princípio da interpretação efectiva, pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. (...) é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais).". Com amplas considerações, visite-se: CANOTILHO, J. J. J. Gomes, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 2.a ed. Coimbra: Almedina, p. 227, apud <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4481&p=2>, acessado em 20.04.2010.

MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública.* Ed. única. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1993. p. 112.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*.15ª Ed. São Paulo: Atlas. 2004, p. 404/405.

QUINTO, Joseane Ribeiro Viana. *Da declaração incidental de constitucionalidade em acão civil pública* . Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 127, 10 nov. 2003. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4481>. Acesso em: 20 abril 2010.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 29ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros. 2007. p. 749.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Brasília, 2010. Jurisprudência disponível no sítio seguinte:<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=ms 27008&base=baseAcordaos>. Acesso em 25 abril 2010.
TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional.* 20ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros. 2005, p. 133/134.

O CONTROLE DA LEGALIDADE DA GESTÃO PÚBICA DECORRENTE DO REGULAMENTO AUTÔNOMO

Demétrio Demerval Trigueiro do Vale Neto
Ex-aluno da Université Lyon II (França). Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB).

RESUMO: *Diferentemente do que ensina a doutrina tradicional, o direito administrativo não surge imediatamente após a Revolução Francesa, com o destronamento do poder absoluto e a separação dos poderes, mas efetivamente quando essas três funções do Estado se emparelham em torno de suas autonomias contidas, momento que surge com a Lei Gambetta, que instituiu na França o sistema da justiça delegada, acabando com o privilégio de último recurso ao Rei no contencioso administrativo. Do emparelhamento entre os poderes se corre o risco da volta, hoje, do modelo retrógrado. O poder regulamentar, essência da administração pública desprende-se do império da lei, seu fundamento tradicional, para tentar se adaptar a uma nova realidade jurídica: a de uma administração pública gerencial, movida pelo princípio da eficiência, cuja função regulatória não mais se sujeita necessariamente à disponibilidade do legislador, mas busca preencher as necessidades da própria administração no objetivo do bem comum. No plano internacional, irreversivelmente, toma um papel político cada vez mais importante no espectro jurídico mundial a normatividade advinda dos blocos regionais e das organizações internacionais, regulando, com sucesso, diversos setores antes alheios aos olhares dos Estados, mesmo sem participação popular nas suas deliberações. Os novos regulamentos autônomos refletem uma gestão púbica também despida da submissão à lei formal, o que impende um controle de legalidade que, atendendo ao requisito da eficiência, da economicidade e da legitimidade na aplicação dos recursos públicos, obedeçam à Constituição. A única forma de conciliar uma administração pública de perfil gerencial com o respeito à legalidade e ao equilíbrio com as três funcionalidades estatais, contendo o arbítrio de uma administração que se pretende moderna, é pautar o exame da legalidade não sobre a lei formal, mas sobre a conformidade do ato de gestão à norma constitucional, temperando as três funções do Estado e, simultaneamente, dotando a administração de um caráter novo, republicano para pensar e empresarial para agir.*

PALAVRAS-CHAVE: *Poder Regulatório. Administração Gerencial. Fundamento. Norma Constitucional. Controle Externo.*

SUMÁRIO: *Introdução; 1. Do Direito Administrativo Tradicional; 1.1 O positivismo Jurídico como Plano de Fundo Teórico da Administração Pública Tradicional 1.2 As Bases do Direito Administrativo Tradicional; 2 Da Administração Pública Contemporânea; 2.1 O Pós-positivismo Jurídico como Plano de Fundo Teórico da Administração Pública Contemporânea; 2.2 As Bases do Direito Administrativo Contemporâneo; 3. A Redefinição de um Novo Modelo Gerencial a Partir das Necessidades Regulamentares; 3.1 A Destituição do Império da Lei como Limite ao Poder Normativo: Uma Questão de Evolução do Direito Administrativo; 3.1.1 A Integração Comunitária: A Experiência Administrativo-normativa da União Européia; 3.1.2 O Novo "Poder" Regulatório das Organizações Internacionais; 4. A Nor-*

ma Constitucional e a Legalidade da Gestão Pública Produto da Nova Regulação; 4.1 Da Regulação à Gestão Administrativa Reflexa: A Busca de uma Alternativa ao Insustentável Controle de Legalidade Estrito; 4.2 O Controle de Legalidade Sobre a Gestão Administrativa Reflexa: A Constituição e seu Papel Central; Conclusões; Referências

INTRODUÇÃO

A partir de um estudo de evolução do poder administrativo regulamentar, debruça-se sobre a constatação da necessidade de uma redefinição no fundamento de controle, pelos tribunais e pelas cortes de contas, da legalidade da gestão pública, outrora cingida à lei, mas agora permeada pela juridicidade, ocupando a Constituição, nesse contexto, um papel central.

Por meio da metodologia bibliográfica aliada à jurisprudencial, busca-se determinar quais fatores permitem a real afirmação de que o poder normativo não mais se assenta centralmente na lei, enquanto ato-produto dos representantes do povo. Em um segundo momento, traz-se esse espectro de constatação para os atos de gestão pública que são produto desses regulamentos autônomos, indicando a falibilidade da lei para balizar esse exame de legalidade. Busca-se, por fim, a consagrar o respeito à Constituição como fundamental para temperar a função executiva do Estado à legislativa e à judiciária, evitando-se que uma dessas funções ocupe sobrepujança e, assim, dê lugar ao arbítrio estatal.

O capítulo 1 do Trabalho intitula-se Do Direito Administrativo Tradicional, abordando as reais origens do desse ramo jurídico e definindo suas principais bases teórico-filosóficas. O capítulo 2, que tem como título Da Administração Pública Contemporânea, aborda as mudanças na doutrina administrativa a partir do modelo jurídico pós-positivista. O capítulo 3, por sua vez, trata da Constatação de um novo modelo gerencial a partir das necessidades regulamentares, a fim de estender suas conclusões aos demais atividades administrativas. O capítulo 4, a seu turno, busca, desvendando as conclusões deste artigo, demonstrar a norma constitucional e a legalidade da gestão pública produto da nova regulação.

1. DO DIREITO ADMINISTRATIVO TRADICIONAL

1.1 O POSITIVISMO JURÍDICO COMO PLANO DE FUNDO TEÓRICO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA TRADICIONAL

A distinção entre direito natural e direito positivo já era produto de estudo do filósofo grego Aristóteles, lições que, pelo conteúdo pragmático, continuam intangíveis desde os tempos mais remotos:

> *Da justiça civil uma parte é de origem natural, outra se funda na lei. Natural é aquela justiça que mantém em toda parte o mesmo efeito e não depende do fato de que pareça boa a alguém ou não; fundada na lei é aquela, ao contrário, de que não importa se suas origens são estas ou aquelas, mas sim como é, uma vez sancionada.*[1]

O direito positivo, assim, há muito se revelava inconfundível ao direito natural, como representação da lei posta, ocasional, não-comum em oposição àquela de viés estamental, permanente e comum. Com o advento do Estado liberal, contudo, surge um fenômeno nunca outrora

1 ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. Tradução de Leonel Vallandro e Gred Borheim. São Paulo: Abril Cultural S/A e Industrial, 1973, p.144.

visto, o processo de dogmatização desse direito positivo, ou seja, ocorre um processo de monopolização da produção jurídica por parte do Estado.[2]

É verdade que, anteriormente à formação dos Estados modernos, vivia-se sob a égide do sistema feudal, em que havia uma superposição de ordens jurídico-políticas, dada a descentralização do poder entre os senhores feudais. Mesmo em tempos anteriores, o Estado mais primitivo, em geral, não se preocupava diretamente em produzir normas jurídicas, deixava a sua formação a cargo do desenvolvimento da sociedade, de modo que caberia aos juízes, ao dirimir as controvérsias que surgiam, fixar as regras a serem aplicadas ao caso posto em exame.[3]

Essa realidade começa por se modificar apenas com o advento do Estado moderno, em sua matriz liberal. Em verdade, não bastava que o Estado tivesse a legitimidade exclusiva do poder legiferante, mas que fosse desbaratado o poder absoluto do príncipe, que não mais poderia ser visto como o detentor desmedido de todo o poderio do Estado.[4] Esse desiderato se perfez com o progresso principiológico do liberalismo e do iluminismo, alicerces que idealizavam a garantia de liberdade aos indivíduos pela defesa dos direitos individuais e pela divisão dos poderes do Estado.[5]

De outra parte, o substrato jurídico que serviu de anteparo à edificação do Estado liberal se assentou sobre o positivismo jurídico, marco teórico chave na própria edificação da ciência jurídico-administrativa enquanto ramo regulatório da atividade estatal. Com notável propriedade e abrangência, Noberto Bobbio o descreve, ao mesmo tempo, como modo de estudo, teoria e ideologia do Direito.

Em um primeiro momento, enquanto método de estudo, seria a adaptação ao estudo jurídico de um método científico, tal como o projetado para as ciências da natureza, o qual deveria ser claro e objetivo, apto a extrair do Estado a fonte única para aplicar normas claras e perfeitas; em segundo plano, a teoria positivista do direito seria coativa, legislativa e imperativa, a pressupor uma ordem jurídica cogente advinda do Parlamento, apta a integrar um ordenamento jurídico completo, coerente e acabado, fruto do processo de subsunção normativa; a terceira face seria o Direito Positivo como ideologia, a crença na segurança jurídica como o maior exemplo de justiça, já que conceberiam uma ordem válida como necessariamente justa.[6] [7]

A partir da contextualização do surgimento do Estado liberal, com uma ordem jurídica emanada do Estado para a limitação de suas próprias funções, pode-se falar na formação do Direito Administrativo enquanto ramo jurídico.

1.2 AS BASES DO DIREITO ADMINISTRATIVO TRADICIONAL

Pontificado o emergir do Estado Liberal de Direito, a Lei passa, assim, a regular a atividade pública administrativa, antes sob a égide do Antigo Regime. O momento notável desse fenômeno é justamente a Revolução Francesa, em 1789, acontecimento histórico em que se torna cediça a vitória política da burguesia sobre o Rei. A partir de então, desenvolve-se a partir da jurisprudência do Conselho de Estado, quando as leis então vigentes ainda eram insuficientes a abarcar todas as situações jurídicas administrativas surgidas.

Nesse contexto, é possível bem situar, no Direito francês, o momento exato em que se desenvolvem as primeiras linhas do Direito Administrativo enquanto ramo jurídico positivamente autônomo, o dito período de sua gestação. O prenúncio desse processo data da lei de 16-24 de agosto de 1790, quando se institui, pela primeira vez, o princípio da separação de poderes, que

2 ADEODATO, João Maurício. Modernidade e Direito. Revista Ciências Sociais, Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, 1997, p. 266.

3 BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico: lições de filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 2006, p. 233.

4 BONAVIDES, Paulo. Do estado liberal ao estado social. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p.40.

5 SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.112-113.

6 BOBBIO, Norberto. Op. Cit., p.238. Nota 3.

7 Vale citar o professor Fábio Konder Comparato: "na verdade, a própria lei é o padrão de justiça. Tudo o que contraria a lei é injusto, com referência a essa lei, embora possa ser justo com referência a outra lei de autoridade superior" (Ética: Direito, moral e religião no mundo moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 357).

bem distinguia as funções administrativa e judiciária. Mais tarde, a lei de 6-7,11 de setembro do mesmo ano, complementar àquela, vem a consagrar um modelo judiciário típico, o da divisão entre o contencioso administrativo e o judiciário. Desde a origem, na França, a competência para julgar as questões relacionadas à administração pública, tendo o Direito Administrativo como plano de fundo, permaneceu ligada ao Executivo, não ao Judiciário, dissociação justificada pelo próprio princípio da separação de poderes, que desconfiava da ingerência dos juízes nas querelas afeitas à administração. Criou-se a teoria do *ministre-juge*, pela qual a própria administração seria competente para julgar as contendas instaladas contra ela, por meio de recursos hierárquicos tendo o Rei como última instância.[8] Eis o conteúdo do artigo 1, capítulo IV da Constituição Francesa de 1791, que assenta que "o poder executivo supremo reside exclusivamente nas mãos do Rei. O Rei é o chefe supremo da administração geral do reino" e do artigo 5, seção II do capítulo IV do mesmo Texto Constitucional, a prever que "o Rei tem o direito de anular os atos dos administradores de departamento, contrários às leis e às ordens a eles dirigidas". Até mesmo o conflito de competências entre a administração seria resolvido por ela mesma, como mostra a lei de 7-14 de outubro de 1790, que previa também o Monarca como a instância terminativa para conflitos de competência entre diferentes setores administrativos.[9]

Nota-se que, em um primeiro instante, embora já se afirmasse a separação dos poderes e o princípio da legalidade[10], o direito administrativo ainda germinava, não tinha suas primeiras feições já definidas. Isso porque, ainda que os cidadãos tivessem a certeza de que as principais garantias de um Estado de Direito já se encontravam constitucionalizadas, o próprio Monarca Constitucional dava a última palavra nos recursos por excesso de poder, de modo que poderia reformar até as decisões do Conselho de Estado, órgão máximo do contencioso administrativo.[11] É indispensável assentar que, embora a Revolução Francesa inaugure o império da lei sobre os contornos de poder do aparelho estatal, a evolução prática dessa nova realidade não se deu repentinamente.

Como bem ressalta o jurista francês Grégoire Bigot, Professor da Universidade de Nantes, o pós-Revolução revela o período da justiça retida no contencioso administrativo francês, em que as próprias bases constitucionais do Direito Administrativo legitimavam um modelo napoleônico de ordem administrativa. A separação dos poderes desempenhava, até então, constitucionalmente, o papel político de manter a administração vinculada ao Governo e à autoridade que a controlava, o Rei.[12] O direito administrativo, se assim o chamássemos, regia-se pelo critério da potência pública, de sorte a ser a conseqüência de um Executivo que cumpre sua missão em nome da Soberania nacional, em uma ordem jurídica que era a expressão desta.[13]

Esse contexto de amadurecimento do Direito aplicado à administração pública se esvai a partir do final do século XIX, quando três fatores são determinantes para um período que ficaria marcado como a Idade de Ouro do Direito Administrativo.

O primeiro desses fatores aponta para a Lei Gambetta, de 24 de maio de 1873, a qual instituiu o sistema da justiça delegada. A partir dessa legislação de reorganização administrativa, o Conselho de Estado passa a atuar como órgão de cúpula do contencioso administrativo, sem a interferência do Rei. O artigo 9 do citado diploma é claro: "o Conselho de Estado estatui soberanamente os recursos em contencioso administrativo e os de anulação por excesso de poder em face dos atos praticados

---

8 BIGOT, Grégoire. Les bases constitutionneles du droit administratif avant 1875. Revue Française de Droit Administratif. 2003. p. 218.

9 MESTRE, Jean-Louis. La signification de la loi des 7-14 ocotobre d'après documents inédits. EDCE. 1992., p.281-282.

10 Não se fala ainda, por razões que serão ainda detalhadas, em legalidade administrativa, mas em legalidade sob o prisma privado. Nessa esteira dispõem os arts. 5º a 8º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que consagram a Lei única passível de limitar a liberdade dos cidadãos.

11 O Conselho de Estado fora instituído pela Constituição de 13 de dezembro de 1799, na I República, à clarividência de seu art. 13: "Sob a direção dos cônsules, um Conselho de Estado resta encarregado de redigir os projetos de lei e os regulamentos da administração pública e de resolver as querelas que surgirem em matéria administrativa.

12 MESTRE, Jean-Louis. Op. Cit., p. 224.

13 VEDEL, Georges. Droit administratif. Paris: PUF., 12 ed., 1992, p. 35.

pelas diversas autoridades administrativas". Mais adiante, um julgado proferido por este mesmo Tribunal em 3 de dezembro de 1889 [14] consagra o que já era previsão legal: o golpe de graça à teoria do *ministre-juge*, fazendo-o o juiz de direito comum do contencioso administrativo.[15]

O segundo aponta para fundadoras conclusões tomadas por um julgado do Tribunal de Conflitos, em 8 de fevereiro de 1873[16]. A sua importância é tal, que é considerado por muitos como o pedra angular do próprio Direito Administrativo. Esse julgado afirma, pela primeira vez, a sua autonomia, passando a ser visto como sistema de normas jurídicas autônomas, a se afastarem dos princípios gerais de Direito Civil e a se assumirem como especiais em relação às normas de direito privado. De outra parte, o julgado consagra o abandono definitivo do critério legislativo de competência da jurisdição administrativa, de modo que passa a ser suficiente a mera composição da administração pública em um dos pólos da questão jurídica em apreço. Nesse sentido pontificam as observações do Comissário do Governo David:

> *Os tribunais judiciários são radicalmente incompetentes para conhecer de todas as demandas contra a administração em razão de serviços públicos, qualquer que seja o objeto, ainda mesmo que não tendam a anular, reformar ou interpretar atos administrativos pela autoridade judiciária, mas simplesmente a pronunciar contra ela condenações pecuniárias em reparação a danos causados por seus operadores.*

O terceiro fator revela a grande importância da doutrina emergente, principalmente por meio do grande legado de Léon Duguit. Este autor parte do princípio de que o que justifica o ramo jurídico em tela é a prestação dos serviços públicos, já que até mesmo o Estado seria uma cooperação destes serviços, organizados e controlados pelos governantes.[17] É com ele que se dará o primeiro e verdadeiro substrato doutrinário à ciência jurídico-administrativa, ao se atacar de frente o imperialismo de sua inspiração napoleônica, por meio do qual o soberano estaria habilitado a assentar sua dominação em detrimento dos particulares. A partir de então, o subjetivismo jurídico passa a objetivismo, existiria uma ordem jurídica mesmo preexistente ao Estado e aos direitos dos particulares, a consagrá-los em pé de igualdade perante o sistema jurídico.

Assim, é importantíssimo frisar que, para o verdadeiro surgimento do Direito Administrativo, não se bastou uma ordem jurídica produto da via parlamentar, em um Estado permeado pela separação de poderes, mas a conjugação desses fatores com o contrabalanceamento de um Judiciário independente sobre as funções executivas. Nesse particular, lembra-se a lição do professor Celso Antônio Bandeira de Melo:

> *O Direito Administrativo não é um Direito criado para subjugar os interesses ou os direitos dos cidadãos aos do Estado. É, pelo contrário, um Direito que surge exatamente para regular a conduta do Estado e mantê-la afivelada às disposições legais, dentro desse espírito protetor do cidadão contra descomedimentos dos detentores do exercício do Poder estatal. Ele é, por excelência, o Direito defensivo do cidadão – o que não impede, evidentemente, que componha, como tem que compor, as hipóteses em que os interesses individuais hão de se refletir aos interesses do todo, exatamente para a realização dos projetos de toda a comunidade, expressados no texto legal.*[18]

---

14 CE, 3 décembre 1889, Cadot.

15 Apesar do grande avanço, com notável propriedade, René Cassin realça que, ainda assim, durante algum tempo, a administração ainda sofreu seqüelas do período anterior. Isso porque a competência jurisdicional do Conselho de Estado ainda se cingia, nas lides administrativas, aos casos estritamente previstos em lei, como um juiz de atribuição. Para os outros casos, ainda se aplicava a teoria do ministre-juge (CASSIN, René; GENEVOIS, Bruno. Les grands arrêts de la jurisprudence administrative. Paris: Dalloz, 16 ed., 2007, p. 38).

16 TC, 8 février 1873, Blanco.

17 DUGUIT, Léon. Traité de droit constitutionnel. Tomo II. Paris: Ancienne Librairie Fontemong & Cie. Éditeurs, 1923, p. 59.

18 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 22 ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 46.

Portanto, contata-se a série de reformulações jurídicas ocorridas ao cabo do século XIX como o período de verdadeiro surgimento do Direito Administrativo, a partir de quando se pode falar, realmente, em limitação do poder tendo em vista a realização do interesse público. Eis o princípio da separação dos poderes autenticamente transmutado à sua função, a de um controle recíproco entre as funções estatais, operacionalizando-as com o fito maior de propiciar o bem-estar aos administrados.

2. DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CONTEMPORÂNEA

2.1 O PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO COMO PLANO DE FUNDO TEÓRICO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CONTEMPORÂNEA

O positivismo jurídico, sob o amparo rígido da lei, representou a tentativa de conferir ao conhecimento jurídico a mesma cientificidade dada às ciências da natureza. Com o século XX, o modelo de um Estado Legislativo de Direito mostrou-se ineficaz e ultrapassado, diante da necessidade de conciliar os seus pressupostos teóricos com as experiências políticas que denotaram justamente os perigos do excessivo formalismo e do absolutismo legislativo, como o alvorecer de regimes totalitários na Itália e na Alemanha[19].

Além da problemática instrumentalização do Direito para fins políticos diversos, fator assaz temerário, a evolução do fenômeno jurídico mostrou a insuficiência de um modelo mecanicista de aplicação da norma jurídica, em um sistema de regras tomado como acabado e perfeito. Os casos difíceis submetidos a juízo realçavam a deficiência de uma teoria jurídica que, embora defendendo a completude do ordenamento, não mais se sustentava diante das inevitáveis lacunas existentes. Nesses casos, como o julgador não podia se imiscuir de uma decisão jurídica, apesar dos positivistas não reconhecerem Direito para além do ordenamento puro, o juiz seria obrigado a admitir a integração do sistema de normas por "não-normas" e a valoração de proposições jurídicas carentes de qualquer valor. A solução dessas questões cairia necessariamente na completa discricionariedade, ou seja, em um provimento jurisdicional arbitrário, já que haveria julgamento com base nas convicções pessoais daquele que julga, diante do exame de um caso difícil que fatalmente ultrapassaria os limites jurídicos do próprio ordenamento[20].

Cite-se ainda a problemática associação necessária entre justiça e segurança jurídica, que infalivelmente não se sustentava diante da necessidade de reflexão do julgador em cada caso concreto, que exigia um substrato de decisão também particular. A dinamicidade e a propriedade das questões submetidas a apreciação ia bem além do padrão estanque das leis a serem aplicadas, pois a complexidade e a especificidade da evolução dos fatos da sociedade não reclamavam soluções identicamente postas sobre um molde específico.

Assim, a insuficiência das propostas do positivismo jurídico em uma sociedade pós-moderna, ao final do século XX e início do século XXI, espraia terreno a uma teoria jurídica de caráter novo. As questões da pós-modernidade se revelam como dinâmicas, variáveis, prospectivas e relativas, não mais estáveis, estanques, imediatas e absolutas, anteriormente adequadas ao hermetismo dos ordenamentos jurídicos tomados como perfeitos. Abre-se espaço, desta feita, para a construção de sistemas normativos abertos e flexíveis a novos princípios jurídicos, ultrapassando o foco da segurança jurídica como valor único e fundamental do Direito.

Busca-se, com isso, a superação do modelo positivista puro, calcado na completa superação entre Direito e moral e fundado no modelo lógico de subsunção da norma jurídica, a partir de uma redefinição de seu perfil, com a aceitação do ideal da permeabilidade valorativa do ordenamento jurídico-positivo.[21] Concebe-se, agora, uma ordem não mais simplesmente de regras,

---

19 PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. La garantia en el Estado constitucional de derecho. Madrid: Trotta, 1997, p.54.

20 GRAU, Eros Roberto. O direito posto e o direito pressuposto. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 31.

21 BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, jul./set. 2001, p. 5-37.

mas permeada também a valores morais adaptados à técnica jurídica, compondo, junto àquelas, um conjunto uno.

O reflexo dessa necessidade se traduziu pela flexibilização da ordem jurídica enquanto sistema normativo, amoldando-o às mudanças trazidas pela pós-modernidade, o que teve como resultado a diferenciação entre princípios e regras, entendidos enquanto estruturas normativas além do mero modelo lógico de subsunção próprio do positivismo jurídico. Ambos seriam considerados normas jurídicas, tendo os princípios uma estrutura jurídica peculiar, conforme os ensinamentos de Ronald Dworkin:

> *Denomino 'princípio' um padrão que deve ser observado porque é uma exigência de justiça ou eqüidade ou alguma outra dimensão de moralidade [...] Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão [...] Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância* [22]

O pós-positivismo jurídico vem, portanto, a introduzir os princípios, ao lado das regras, como parte do ordenamento jurídico, cumprindo a complementação do dimensionamento valorativo de que tanto carecia o direito positivo. Haveria, assim, uma diferença de natureza entre essas duas espécies normativas. Se as regras seriam aplicadas à maneira do tudo-ou-nada, dependendo apenas de serem válidas ou não, os princípios, por outro lado, seriam normas jurídicas que funcionariam como mandamentos nucleares do sistema jurídico, incidentes sempre a orientar a aplicação das regras e a colimar suas lacunas, como exigência de justiça e equidade ao caso submetido a juízo.[23]

Esse conjunto de mudanças na idéia de positivismo jurídico, até então restrita, veio a reformular o conceito de norma jurídica. Com o reconhecimento da normatividade dos princípios, ter-se-ia uma teoria jurídica mais aberta à solução dos conflitos sociais, de sorte a remodelar a própria crença na onipotência do legislador. A aceitação de sua falibilidade constituiu o ponto de partida como pressuposto da consecução de um interesse público calcado em um reequilíbrio inter-poderes, já que tanto o Executivo quanto o Judiciário careciam, para a solução de conflitos judiciais e administrativos, de novas alternativas à mera lei posta.

2.2 AS BASES DO DIREITO ADMINISTRATIVO CONTEMPORÂNEO

Se o pós-positivismo assentou, além da insuficiência do modelo estrito de regras para a solução de conflitos judiciais, o alicerce teórico pronto para uma administração pública que não mais poderia se sustentar apenas no formalismo legal, que a burocratizava, o Direito Administrativo começou a mudar de eixo para abarcar essa nova situação jurídica, o que se iniciou a partir da sua constitucionalização.[24] Sobre o processo de constitucionalização do direito, dada a completude da definição, eis as palavras de Ricardo Guastini:

> *Por constitucionalização do ordenamento jurídico proponho entender um processo de transformação ao término do qual o mesmo resulta totalmente impregnado pelas normas constitucionais. Um ordenamento jurídico constitucionalizado se caracteriza*

---

22 DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 36.

23 Nesse contexto, defendemos que o pós-positivismo aplicado ao Direito tem um papel redentor, libertando as amarras de um positivismo que, embora tenha sido a base para a ciência jurídica pós-século XX, legou-lhe também as amarras de um Direito colonizado pela razão instrumental , só agora recuperado em seu viés emancipatório. A esse respeito, cf. VALE NETO, Demétrio Trigueiro do. O neoconstitucionalismo e as luzes de uma jurisdição constitucional pró-ativa: luzes ao Estado democrático brasileiro na pós-modernidade jurídica. **In:** *Efetividade Constitucional. George Salomão Leite (coordenador). Salvador: Juspodium. 2009, p. 79-94.*

24 BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Revista eletrônica sobre a reforma do Estado. Salvador, maio 2007, p. 12.

por uma Constituição extremamente invasiva, intrometida, capaz de condicionar tanto a legislação e a jurisprudência, como até a doutrina, a ação dos agentes políticos, assim como as relações sociais. [25]

Os primeiros passos rumo a esse processo se deram com o reconhecimento de três supedâneos principais: a supremacia da Constituição, a nulidade da lei que a contrarie e a atribuição ao Judiciário da condição de intérprete da Carta Fundamental, o que se deu por herança do julgado *Marbury vs Madison*, em 1803, pela Suprema Corte Americana, a inaugurar o controle de constitucionalidade das leis[26]. A partir de então, a afirmação da Constituição como o centro da ordem jurídica foi reconhecida pela grande parte dos outros países ocidentais, como a Alemanha, Itália, França, Espanha, Portugal, além do Brasil, processo que evoluiu com a Constituição de 1988.[27]

De outra parte, os princípios jurídicos passaram a ter a sua normatividade reconhecida pelas Constituições. Se antes já se tinha até o seu reconhecimento não apenas como mandados de orientação, mas como espécies efetivas de normas, com o seu reconhecimento constitucional, passaram a espraiar validade sobre toda a ordem jurídica, incluindo a administrativa.[28]

Isso criou a necessidade do próprio Direito Administrativo se conformar diretamente à Constituição, que passava a dirigir todo o direito infraconstitucional. O fenômeno da constitucionalização da ordem jurídica teve seu berço na Alemanha,[29] com a decisiva incorporação dos direitos fundamentais como parte imanente à Lei Fundamental, partindo de direitos subjetivos difusos à incorporação expressa e objetiva de seu conteúdo nos textos da Lei Maior.[30]

Ultrapassa-se o paradigma simplista da lei como a única a orientar a conduta administrativa. O ato administrativo passa, além do dever de correspondência à lei, à obrigação de conformidade direta ao próprio Texto Constitucional, no centro de todo o ordenamento jurídico, e em especial aos direitos fundamentais ali estabelecidos[31]. Esclarece Ingo Sarlet, ao invocar H. P. Schneider, que os direitos fundamentais constituem não só instrumentos a corroborar liberdades do indivíduo frente ao Estado, mas medida axiológica fundamentadora de todo o ordenamento, conforme conclamado pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão. Seriam, pois, medida de legitimidade das Constituições.[32]

O Direito Administrativo Contemporâneo se remodela em torno do cidadão, não mais do Estado. Se o advento do Estado Legislativo vem a contrabalancear a atividade Executiva, sob

---

25 GUASTINI, Ricardo. La 'constitucionalización' del ordenamiento jurídico: El caso italiano. **In:** *Miguel Carbonnel. Neoconstitucionalismo(s), 2003, p. 49.*

26 BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 8. Esclarece o autor o firmado na ocasião, que merece transcrição em vista do marco que o julgado significou para todo o Direito: "É enfaticamente da competência do Poder Judiciário dizer o direito, o sentido das leis. Se a lei estiver em oposição à Constituição a Corte terá que determinar qual dessas normas conflitantes regerá a hipótese. E se a Constituição é superior a qualquer ato ordinário emanado do Legislativo, a Constituição, e não o ato ordinário, deve reger o caso ao qual ambos se aplicam. Do contrário, se o Legislativo vier a fazer o que é expressamente proibido, tal ato, a despeito da proibição expressa, tornar-se-ia, em realidade, efetivo. Isso daria ao Legislativo uma onipotência prática e real".

27 Id., Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Op. Cit., p. 17-20. Nota 22.

28 Id., Ibid., p. 26.

29 Trata-se da decisão do Bundesverfassungsgericht no caso Lüth, fruto da compreensão dos direitos fundamentais como valores constiucionais objetivos intangíveis: "Esse sistema de valores, centrado na liberdade humana em sociedade, no livre desenvolvimento da personalidade e na dignidade da pessoa humana, deve vincular, como princípio constitucional, todo o sistema jurídico, direcionando e impulsionando o legislativo, a administração e o judiciário, influenciando também o direito privado. Nenhum dispositivo de direito privado pode contradizê-lo, devendo ser interpretados em conformidade com seu espírito" BVerfGE 7, 198 (1). Disponível em <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv007198.html> . Acesso em: 23 de janeiro de 2010.

30 Id. Ibid., p. 28.

31 Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, p. 5-37, jul./set. 2001.

32 SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 3ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 66

o páreo do Rei, o Estado Constitucional de Direito reforça a necessidade de re-equilibrar o Legislativo com a função Executiva e a Judiciária, redefinindo a infalibilidade da Lei com um novo padrão de justiça, o da Supremacia constitucional.

Nesse sentido, a Constituição traça um novo Direito Administrativo. Além de mais importante que limitar o arbítrio estatal ser a garantia dos direitos fundamentais na realização do ato administrativo, impõe-se respeito aos princípios constitucionais administrativos ali estabelecidos, os quais exigem diretamente da Administração Pública tanto a observância da lei quanto a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência, conforme a redação do *caput* do art. 37 da Constituição Federal, dada pela EC 19/98.

3. A CONSTATAÇÃO DE UM NOVO MODELO GERENCIAL A PARTIR DAS NECESSIDADES REGULAMENTARES

A realização do bem-estar coletivo requer à administração pública o uso de prerrogativas de Direito Público, sem as quais não haveria como submeter o interesse individual ao da coletividade. Mais que direitos, os poderes administrativos constituem pauta de dever do Poder Público na realização de suas funções, já que são irrenunciáveis e imprescindíveis ao andamento da atuação administrativa do Estado.[33]

O poder normativo é tomado como sinônimo de poder regulamentar por alguns doutrinadores, atinando à "prerrogativa conferida à administração pública de editar atos gerais para complementar as leis e permitir a sua efetiva aplicação".[34]Contudo, a maior parte da doutrina faz distinção entre ambos, de sorte que o poder regulamentar seria espécie daquele, conforme as lições de Geraldo Ataliba:

> *O poder regulamentar consiste na faculdade que ao Presidente da República – ou chefe do Poder Executivo, em geral, Governador e Prefeito – a Constituição confere para dispor sobre medidas necessárias ao fiel cumprimento da vontade legal, dando providências que estabeleçam condições para tanto." Sua função é facilitar a execução da lei, especificá-la de modo praticável e, sobretudo, acomodar o aparelho administrativo, para bem observá-la.*[35]

Parte-se, para fins deste estudo, da primeira corrente, do conceito de poder normativo que coincide com o regulamentar, de modo a entendê-lo como todo ato normativo que, embora de caráter geral, vem a complementar o sentido das leis e estabelecer regramentos destinados a atender necessidades administrativas, no bojo da função executiva do Estado, a qual, como própria ou imprópria, é partilhada entre os três poderes republicanos.

3.1 A DESTITUIÇÃO DO IMPÉRIO DA LEI COMO LIMITE AO PODER NORMATIVO: UMA QUESTÃO DE EVOLUÇÃO DO MODELO ADMINISTRATIVO

O poder de editar atos normativos, como quaisquer das outras prerrogativas de Estado, fundamentava-se estritamente na legalidade. A consagrar a limitação do poder do Estado, o princípio se vinculava à própria dimensão simbólica da lei, como produto do sistema representativo em um re-

---

33 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 77.

*34 Esta é a posição defendida por José do Santos Carvalho Filho (Manual de Direito Administrativo. 19 ed. Rio de Janeiro: Lumen **Juris**, 2008, p. 47).*

35 ATALIBA, Geraldo. Decreto Regulamentar no Sistema Brasileiro. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, 1969, p. 23. Acompanham esse posicionamento autores como ARAÙJO, Edmir Netto de. Curso de Direito Administrativo. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 433. ; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella.Op. cit., p. 89; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. Cit., p. 325. Nota 31.

gime democrático. A feitura dos atos legislativos proviria dos próprios representantes políticos, indiretamente responsáveis por desenvolverem essa tarefa. Interessante notar que, ainda que a representação política dos cidadãos pudesse não ser o espelho da vontade popular, a cultura jurídica moderna a admitia como o mecanismo hábil a conferir legitimidade aos atos legislativos, daí a forte dimensão simbólica do princípio da legalidade como fonte necessária da soberania popular [36].

A crença na legalidade era tamanha que, na França, onde o princípio evoluiu pela rigidez do direito codificado, como já discorrido, ainda antes da atual Constituição de 1958, não havia restrições quanto à competência material do legislador, que tinha diante de si apenas o processo legislativo como limite à feitura da lei, que poderia, dessa forma, versar sobre qualquer assunto interessante à República [37].

Dando-se azo à edição de normas produzidas a partir da própria participação popular, estatui-se a noção de que o próprio poder, exercido pela autoridade na prática de atos administrativos, sofreria limitação pelos administrados. Daí a consagração da legalidade administrativa, segundo a qual a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite, ao passo que o mesmo princípio significa, em uma ótica privada, que aos particulares é dado fazer tudo o que a lei não proíbe, sendo regidos pela autonomia da vontade. [38]

A administração pública do Estado Liberal propunha uma definição de ato administrativo como elemento estranho ao indivíduo, ainda que o resultado final das atividades administrativas chegasse aos administrados. Àquela seria conferida uma série de prerrogativas, para que garantisse a supremacia do interesse público em detrimento dos interesses particulares, por isso haveria a necessidade de sempre pautar a conduta na lei, sob pena do cometimento de abusos pelo Poder Público nessa relação de subordinação. [39]

Conclamam-se princípios aplicáveis a uma administração pública que se pretende nova, evoluída em relação à administração que só agia com o sinal de resposta do legislador, por pura necessidade de limitar o risco de um poder absoluto. Esses padrões normativos vêm a orientar e dirigir uma conduta administrativa adaptada a uma administração gerencial, econômica e eficiente, em oposição ao modelo administrativo burocrático anterior, de inspiração franco-prussiana.[40]

O significado da administração gerencial remonta à noção anglo-saxônica de *new public menagement*, revelando o pionerismo de uma iniciativa a pretender modernizar a administração pública por uma gestão a levar em consideração o mercado e técnicas de negociação. O novo modelo foi logo aprimorado no século XIX pelos ordenamentos inglês e americano,[41] conforme o descreve Flávio Cunha Resende:

> *O princípio basilar da new public management é o de que as organizações públicas podem ser gerenciadas atendendo aos imperativos da performance, combinando eficiência, efetividade e qualidade no atendimento às demandas por serviços públicos, desde que arranjos institucionais adequados possibilitem tal combinação.* [42]

No Brasil, o início da reforma administrativa coincidiu com a aprovação do Decreto-lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967, o qual vislumbrou o limiar de uma administração pública voltada

---

36 CHEVALLIER, Jacques. La dimension symbolique du principe de légalité. Revue française du droit public et de la science politique em France et à l'étranger, 1990, p. 1651.

37 AUBY, Jean-Marie. Droit Public. Paris: Economica, 1985, p. 196.

38 MEIRELES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 86.

39 DA SILVA, Vasco Pereira. Em busca do acto administrativo perdido. Coimbra: Almedina, 1998, p. 64.

40 MOREIRA NETO, Diogo Ferreira. Administração pública gerencial. Boletim do Iob, Rio de Janeiro, p. 19, 1998.

41 COELHO, Daniela Mello. Elementos essenciais ao conceito de administração gerencial. Revista de informação legislativa. Brasília. n. 147. 2000, p. 261.

42 A nova gestão pública, performance e reinvenção das instituições: um desafio para a reforma do Estado. Revista do Ministério da Administração e Reforma do Estado. n. 4, 1998, p. 28.

para a busca de modernização das técnicas de gestão pública e a prestação de serviços públicos de melhor qualidade, mais modernos e mais eficientes. O referido ato legislativo vislumbrava uma atuação administrativa reformulada pelos princípios da coordenação, planejamento, descentralização e delegação de competências, em oposição à organização anterior de máquina publica, fortemente ordenada pela burocracia, pelo excessivo formalismo.[43]

Em suma, com a mudança de paradigmas advinda a partir da sujeição à juridicidade da conduta administrativa, perante as normas constitucionais, mudou-se a feição da administração pública anterior, ainda arraigada pela burocracia. Passou a haver uma relação de colaboração entre a administração pública e o corpo social. A sociedade civil passa a interagir de forma permanente com o Estado na consecução de atividades públicas, até porque, com o advento da Constituição, o cidadão passa, mais que nunca, a ser o foco central da atuação estatal. Desta forma, o particular, em uma situação de franca interdependência perante a Administração, não somente deseja que esta atue, mas solicita ativamente essa intervenção como instrumento de satisfação do interesse cidadão.[44]

O maior exemplo de evolução desse modelo de administração púbica se assenta sobre uma nova concepção de poder regulamentar, que passa da sujeição absoluta à lei para a sujeição ao Direito. A constitucionalização da ordem jurídico-administrativa impôs aos atos normativos conformidade ao Direito antes mesmo de uma concepção legalista estrita, no simbolismo democrático do termo.[45] Como a Constituição passa a ocupar o centro do sistema, o fundamento do poder normativo exercido pela administração se assenta antes nas regras e nos princípios ali estatuídos, que impõem uma administração operacionalizada na celeridade e eficiência, de acordo com as necessidades públicas do Estado contemporâneo. O fundamento de atuação do Administrador, antes da lei, funda-se na Constituição, que não é mais simples Pacto Político fundador do Estado, mas norma jurídica suprema a que devem satisfação não só o cidadão, mas principalmente o agente público no exercício de suas funções.

Assim, a Constituição prevê hipóteses de exercício da função regulatória sem fundamento em lei específica, diretamente assentadas em seu texto constitucional, para atender justamente a necessidades da administração gerencial. Embora hipóteses excepcionais, configurem situações jurídicas que requerem estudo particular. Entre os vários exemplos, eis a previsão constitucional da edição de decretos autônomos, das resoluções do Conselho Nacional de Justiça, dos regimentos internos dos tribunais e do poder normativo das agências reguladoras, todas atividades-produto da função administrativa.

Trata-se aqui, como exemplo, pela notável especialidade, do poder normativo das agências reguladoras. Em verdade, extrai-se do art. 174 da Constituição Federal que ao Estado incumbe o exercício das funções de fiscalização, incentivo e planejamento, na condição de agente normativo e regulador da atividade econômica. A concretização do aludido preceito constitucional adveio por meio de leis instituidoras de autarquias especiais, as agências reguladoras, às quais o imperativo do art. 174 da CF vinha a se realizar nos diversos setores da economia.[46]

Primeiramente, adveio a Lei n. 9.427/96, que, ao dispor sobre os serviços de concessão de energia elétrica, criou a Agência Nacional de Energia Elétrica, com o propósito de concretizar as políticas e diretrizes do governo federal para a exploração da energia elétrica e o aproveitamento dos potenciais hidráulicos, expedindo os atos regulamentares necessários ao cumprimento das normas estabelecidas pela Lei no 9.074, de 7 de julho de 1995 (art. 3º, I), assim como regular o serviço concedido, permitido e autorizado e fiscalizar permanentemente sua prestação (art. 3º, XIX).

Depois, surgiu a Lei n. 9.472/97, que, buscando regular os serviços de telecomunicações, ins-

43 COELHO, Daniela Mello. Op. Cit., pp. 258-260. Nota 39.

44 DA SILVA, Vasco Pereira. Op. Cit., p. 64. Nota 37.

45 AUBY, Jean-Marie. Op. Cit., p. 192. Nota 35.

46 FILHO, José dos Santos Carvalho. Agências reguladoras e poder normativo. Revista eletrônica de Direito Administrativo Econômico. Salvador, n. 9, 2007, pp. 4-5.

tituiu a Agência Nacional de Telecomunicações com competência para instruir normas sobre prestação de serviços de telecomunicações no regime privado (art. 19, X), normas e padrões a serem cumpridos pelas prestadoras de serviços de telecomunicações quanto aos equipamentos que utilizarem (art. 19, XII), normas e padrões a serem cumpridos pelas prestadoras de serviços de telecomunicações quanto aos equipamentos que utilizarem (art. 19, XIV).

Com a Lei n. 9.478/97, por outro lado, criou-se a Agência Nacional de Petróleo, com competência para a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis (art. 8º, *caput*), abrangendo, dentre outras atividades, a regulação de serviços de geologia e geofísica aplicados à prospecção petrolífera, visando ao levantamento de dados técnicos, destinados à comercialização, em bases não-exclusivas; (art. 8º, III), das atividades relacionadas à produção, importação, exportação, armazenagem, estocagem, distribuição, revenda e comercialização de biodiesel (art. 8º, XVI); do acesso à capacidade dos gasodutos (art. 8º, XIX) e do exercício da atividade de estocagem de gás natural, inclusive no que se refere ao direito de acesso de terceiros às instalações concedidas (art. 8º, XXIII).

A atuação das agências é o melhor exemplo de uma administração nova, assentada antes de mais nada sobre a teoria das necessidades administrativas. A Constituição estabelece apenas implicitamente que o poder regulatório estaria a cargo dessas agências, elas surgiram para concretizar o dever do Poder Público de regular eficientemente setores da economia.

Como ensina José dos Santos Carvalho Filho, quando expedem regulamentos e instruções, exercem função administrativa, ainda que de carga de aplicabilidade genérica.[47] A própria lei instituidora das agências realça uma série de atividades de caráter eminentemente administrativo, entre as quais se inclui o poder regulatório. É bem verdade que, no estabelecimento dessas competências, o legislador não foi específico nos setores-objeto de regulação, deixando largo espectro de atuação às agências, por estarem, em determinados casos, em melhores condições administrativas de exercitar o poder regulatório. Nesse sentido, fala-se em um processo de deslegalização, pelo qual a competência para regular certas matérias é conferida, por autorização do legislador, para outras fontes normativas, por uma questão de necessidade da própria administração no cumprimento de suas missões.[48]

Apesar de ser um largo poder normativo, deve-se entender que o poder normativo das agências reguladoras se mostra como resultado de uma natural evolução no papel estatal de gestor dos interesses coletivos.[49] A natureza desse poder normativo é eminentemente técnica, de modo que não haveria razoabilidade, feriria até o princípio da eficiência, conferir ao legislador um papel normativo que não lhe é afeito.[50] Ademais, trata-se de um campo extremamente especializado de regulação, de sorte que seria impossível ao próprio legislador, ao circunscrever o âmbito de atuação administrativa das agências, estabelecer diretrizes de atuação para além das que foram elencadas pelas leis criadoras dessas autarquias.

Assim, não se vislumbra possível afronta ao princípio da legalidade, até porque não há que se confundir poder normativo, de natureza administrativa, com poder legislativo. Não destoa este processo de deslegalização do art. 5°, inc. II, da Constituição Federal, o qual impõe que só a lei é passível de criar direitos e obrigações, pois a própria lei cria, nestes casos, obrigações aos particulares, mas por meio do poder normativo autorizado das agências, mais adequado à própria exigibilidade das obrigações impostas. O citado preceito constitucional estabelece uma reserva de lei em termos relativos, sem impedir a atribuição legal ao executivo, explícita ou implicita-

47 Id. Ibid., p. 8.

*48 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 19 ed. Rio de Janeiro: Lumen **Juris**, 2008, p.*

49 CARVALHO FILHO, José dos Santos. As Agências Reguladoras e o Poder Normativo. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE). Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n° 9, fevereiro, março, abril, 2007. Disponível na internet: <HTTP://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2010, p. 7.

50 JUSTEN FILHO, Marçal, O direito das agências reguladoras independentes. São Paulo: Dialética, 2002, p. 102-110.

mente, para definir obrigações aos particulares no exercício de função normativa, vinculando-os.[51] O Supremo Tribunal Federal reconhece como legítima a deslegalização, como fenômeno a atender às peculiaridades administrativas do Poder Público:

> *EMENTA: TRIBUTÁRIO. IPI. ART. 66 DA LEI N° 7450/85, QUE AUTORIZOU O MINISTRO DA FAZENDA A FIXAR PRAZO DE RECOLHIMENTO DO IPI, E PORTARIA N° 266/88/MF, PELA QUAL DITO PRAZO FOI FIXADO PELA MENCIONADA AUTORIDADE. ACÓRDÃO QUE TEVE OS REFERIDOS ATOS POR INCONSTITUCIONAIS. Elementos do tributo em apreço que, conquanto não submetido pela Constituição ao princípio da reserva legal, fora legalizado pela Lei n° 4502/64 e assim permaneceu até a edição da* ***Lei. n° 7450/85, que, no art. 66, o deslegalizou, permitindo que sua fixação ou alteração se processasse por meio da legislação tributária*** *(CTN, art. 160), expressão que compreende não apenas a lei, mas também os decretos e as normas complementares (CTN, art. 96). Orientação contrariada pelo acórdão recorrido. Recurso conhecido e provido (STF, RExt n°140.669-1/PE, Rel. Min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, DJ 18/05/01).*

Essa tendência atual de atuação direta do Estado regulatório, sem encontrar respaldo direto na lei formal, é vista também a nível internacional, como a seguir deduzido nas experiências da Comunidade Européia e das organizações internacionais.

3.1.1 A INTEGRAÇÃO COMUNITÁRIA: A EXPERIÊNCIA ADMINISTRATIVO-NORMATIVA DA UNIÃO EUROPÉIA

No caso da União Européia, a necessidade de outorga de determinadas competências, antes jungidas ao poder uno e soberano de um Estado, a uma entidade política supra-nacional, criou também a necessidade de novos parâmetros administrativo-regulatórios.[52]

O processo de integração comunitária, por si, configura grande fator para uma mudança sem precedentes na própria administração pública contemporânea, já que é realidade tanto no caso brasileiro (embora em menor escala), com o MERCOSUL, quanto em outros espectros jurídicos, a exemplo dos países europeus, sob o estigma da União Européia (tomada aqui como o paradigma, pelo grande sucesso na perspectiva do Direito da Integração, como fenômeno geral). A confirmação de uma mudança conceitual no sentido do poder normativo administrativo, baseado agora no Direito, não na lei formal, faz-se sentir a partir dessa realidade de sobreposição de ordens jurídicas.

Partindo do modelo europeu, em primeiro lugar, o direito administrativo comunitário constitui uma ordem que se sobrepõe à estatal, estabelecendo princípios aos quais esta deve se ater: desde princípios fixados por normas (como o do "poluidor-pagador") que vinculam normas nacionais, até princípios fixados na órbita administrativa, a que devem respeito as administrações públicas nacionais. Haveria, portanto, uma correspondência tanto legislativa (comunitária-nacional) tanto administrativa (comunitária nacional). O poder normativo das administrações nacionais, logo, antes de se conformarem às leis votadas pelos respectivos parlamentos, deveriam observância aos princípios administrativos comunitários, como próprio imperativo de subsistência da ordem jurídica na Comunidade Européia.[53]

Em segundo lugar, o direito administrativo comunitário atua também de duas outras formas sobre os direitos administrativos nacionais: de uma parte, elenca princípios e procedimentos de igualdade aos quais estes devem se ater quando cuidam de interesses nacionais e comunitários, como a necessidade de licitações públicas para a escolha de contratantes com a administra-

---

51 GRAU, Eros Roberto. O Direito Posto e o Direito Pressuposto 7ª. Ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 246.

52 HESSE, Konrad. Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 105.

53 CASSESE, Sabino. Derecho administrativo comunitario y derechos administrativos nacionales. **In:** *"Actualidad en el Derecho Público". Buenos Aires: Ad-Hoc. 1998, vol. 7, p. 19.*

ção, situação em que eventuais restrições implicariam fatalmente em discriminações entre os cidadãos de outros Estados-membros, já que é a livre-iniciativa o princípio central no Direito Econômico Comunitário, de inspiração francamente liberal; de outra parte, subordina as administrações nacionais, transformando-as em executoras da Administração Comunitária, de sorte que, embora seja inegável a existência de administrações nacionais, elas passam a desempenhar funções também comunitárias. Esse fator constitui inconteste mecanismo de controle, a nível comunitário, do conteúdo dos regulamentos domésticos, fundamentados de forma total no Direito Comunitário.[54]

O advento do Direito Comunitário vem, assim, a redefinir o espectro das fontes normativas do Direito Administrativo. Contudo, no que atine ao poder normativo, o ponto patente da sua não sujeição à lei oriunda do Parlamento, mas ao Direito, é a questão do efeito direto das diretivas comunitárias.

O princípio do efeito direto das normas comunitárias encontra respaldo no reconhecimento da própria primazia do Direito Comunitário sobre as ordens jurídicas dos Estados-partes, a qual foi reconhecida pelo Tribunal de Justiça da Comunidade Européia por meio do célebre julgado Costa.[55] Restou consignado, na ocasião, que a Comunidade Européia se configura como produto de uma União de Estados que limitaram, ainda que em domínios restritos, seus direitos de plena soberania, criando uma ordem jurídica aplicável a seus cidadãos e a eles mesmos. Ao aprovarem, pois, os tratados comunitários originais pelas respectivas Constituições, conferem à União a legitimidade de legislar sobre determinados assuntos, sobre os quais os Estados membros não podem opor derrogações, sob pena de se esfacelar a sustentabilidade da própria Comunidade Européia. Proveniente de fonte autônoma, o direito nascido dos tratados não poderia, então, em razão de sua natureza especificamente original, sofrer oposição de qualquer lei de natureza interna aos Estados, sem que perdesse seu caráter comunitário e sem que seja posta em cheque a base jurídica da Comunidade.[56]

A base de sustentação da primazia do Direito Comunitário se concentrou no princípio do efeito direto de suas normas, segundo o qual, conforme o julgado fundador[57], como imperativo de garantir a plenitude e a uniformidade do direito da Comunidade nos Estados-membros, as normas comunitárias devem criar direitos e obrigações não apenas a eles, mas aos cidadãos que deles são parte. Desta forma, estes poderiam provocar a jurisdição de seus países para reclamar internamente os direitos decorrentes da ordem jurídica européia.

As diretivas, como espécies de normas comunitárias, constituem normas de resultado no Direito Comunitário. Nos termos do art. 249º do Tratado da Comunidade Européia, que as estabelece, trata-se de ato conjunto do Parlamento Europeu com o Conselho, do Conselho ou da Comissão que "vincula o Estado membro destinatário quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios". Assim, são normas que requerem dos estados membros as medidas gerais ou especiais capazes de assegurar o cumprimento da exigência disposta na diretiva.[58]

Portanto, assentados os objetivos, metas, modelos ou "standards" a alcançar, cabe aos Estados membros a escolha dos meios mais convenientes e oportunos para se chegar ao resultado posto, operação jurídica de direito interno a que se dá o nome de "transposição". Muitos desses meios são os regulamentos administrativos, decretos, portarias e até avisos.[59] Constituem atos

54 Id., Ibid., p. 23

55 JACQUÉ, Jean Paul. Droit Institutionnel de l'Union Européenne. Paris: Dalloz, 2009, p. 569.

56 Van Gend een Loos, arrêt du 5 février 1963, 26/62, rec. 3.

57 FRANCA FILHO, Marcílio. O silêncio eloqüente: omissão do legislador e responsabilidade do Estado na Comunidade Européia e no Mercosul. Coimbra: Almedina, 2008, p. 47-49.

58 Id., Ibid., p. 50.

59 CARTABIA, Marta. Le principe de l'effect direct des normes communautaires et le principe de legalité. En Annuaire Internacional de Justice Constitutionnelle. Vol. V-1989. Paris: Econômica. 1991, p. 76.

normativos que se baseiam integralmente em normas comunitárias elaboradas, algumas vezes, por órgãos destituídos de qualquer representação popular, já que, dos três de cúpula que são responsáveis pela edição de diretivas, apenas o Parlamento é escolhido pelos cidadãos europeus. O fenômeno é descrito por Marta Cartabia:

> *Para resumir, pode-se dizer que as evoluções recentes do efeito direto, que reconhecem às autoridades administrativas o poder e o dever de fundar sua atividade no direito comunitário, deixando de lado as leis nacionais**, implicam certamente a violação do princípio de legalidade**, enquanto exigência de garantia e enquanto exigência de democracia, no sentido clássico do termo. Mais genericamente, os processos normativos comunitários ameaçam seriamente a centralidade política dos órgãos representativos, em dois níveis: primeiro porque, na Comunidade, o poder real é exercido pelos Governos nacionais no seio do Conselho, ao passo que o único órgão eleito diretamente pelo povo, a saber, o Parlamento Europeu, tem poderes 'limitados, mal orientados e ilusórios'; em segundo lugar, porque as normas produzidas pela Comunidade sem as garantias da democracia clássica, têm, por conta de seu efeito direto, a capacidade e a força de reduzir também o papel dos Parlamentos nacionais.*[60]

3.1.2 O NOVO "PODER" REGULATÓRIO DAS ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS

Se a própria supra-nacionalidade vem redefinindo o conceito de soberania estatal, e, com ela, o poder regulamentar, o cenário jurídico-administrativo internacional também chancela essa afirmação.

A nível internacional, surge um espaço administrativo em escala global, nunca outrora visto. O processo de globalização acompanha uma crescente interdependência entre as nações, impulsionando a criação de diversas redes de instituições a nível transnacional, seja global ou regional, que desempenham importantes atividades administrativo-regulatórias. Trata-se de instituições que regulam os mais diversos segmentos da vida econômico-social, sob cinco formas jurídicas centrais: 1- organizações internacionais formais; 2- redes transnacionais de cooperação sem o revestimento de tratados formais; 3- acordos nacionais sob tratativas, redes ou outros regimes de cooperação; 4- regimes público-privados (híbridos) de cooperação transnacional; 5- instituições privadas com funções regulatórias. [61]

Como exemplo das primeiras organizações, eis o Banco Mundial, que prescreve padrões de boa governança para países em desenvolvimento como condição para a concessão de ajudas financeiras; no segundo caso, eis o *Basle Comitee*, ente que, provendo um fórum para regular cooperação em problemas de supervisão bancária, coordena problemas políticos sem qualquer tratado formal, estabelecendo metas eficazes de gestão de capital às entidades bancárias; no que tange às instituições público-privadas a nível internacional, é exemplo a Corte de Apelação do Banco Mundial; entre os organismos que combinam atores públicos e privados, cita-se a Comissão do Código Alimentar, que adota padrões de segurança alimentar que ganham quase um efeito mandamental, via o Acordo SPS, absorvido pelo Tratado que estabelece também o Banco Mundial; finalmente, no que tange a organizações puramente privadas, eis o crescente poder das ONGs no cenário mundial, ressaltando, como exemplo, o caso da *International Standardization Organization*, responsável pela adoção de 13.000 regras que harmonizam produtos e padrões procedimentais em todo o mundo.[62]

Essas instituições, formalmente estabelecidas ou não, atuam verdadeiramente como poderes político-normativos paralelos aos Estados, regulando matérias como segurança, desenvolvimento e assistência financeira para países em desenvolvimento, proteção ambiental, regulação bancária

---

60 KRISCH, Nico. The emergency of global administrative law. Law and contemporary problems. Vol. 68, 2005, p. 20.

61 Id., Ibid., pp.21-23.

62 KRISCH, Nico. The emergency of global administrative law. Law and contemporary problems. Vol. 68, 2005, p. 20.

e financeira, propriedade, imigrações, condições de trabalho e outras matérias afeitas ao poder normativo secundário que não carecem de ratificação pelos parlamentos nacionais para ter efetividade.[63] Nesse sentido, vale citar as lições do administrativista italiano Sabino Cassese:

> *Então, as decisões produzidas por órgãos internacionais produzem efeitos jurídicos diretos, ainda antes de se tornarem partes de Tratados Internacionais. Os* **standards** *globais produzem os próprios efeitos de forma mais complicada e diferente daqueles nacionais. Isto acha uma explicação na circunstância que o ordenamento global não tem uma exata ordem das fontes do direito e uma normativa sobre a sua eficácia, embora tendo já produzido uma considerável quantidade de normas*[64]

A multiplicação dessas fontes normativas a nível global guarda o lado positivo de conferir aos sistemas regulatórios atuais uma dimensão de eficácia bem maior, diferentemente se dependesse dos ordenamentos jurídicos de cada Nação. É nítido que essa rede de regulamentos a nível internacional brota para além da concepção positivista do atuar administrativo apenas autorizado por lei, visto que regulam matérias das mais diversas.

De uma parte, a regulática desempenha um papel importantíssimo no direito contemporâneo, visto que, se todas essas matérias tivessem que esperar os poderes administrativos domésticos, a desejada internacionalização dos direitos humanos seria projeto ineficaz; de outra parte, seria dispendioso que todas essas matérias tivessem que esperar os poderes administrativos domésticos, sem falar nas regulações que, com a passagem do tempo, restariam sem mais sentido. O processo de globalização da ordem jurídica é assim, essencial, o problema é saber a nota exata de como contê-lo do arbítrio.

4. A NORMA CONSTITUCIONAL E A LEGALIDADE DA GESTÃO PÚBLICA PRODUTO DA NOVA REGULAÇÃO

4.1 DE REGULAÇÃO À GESTÃO ADMINISTRATIVA REFLEXA: A BUSCA DE ALTERNATIVA AO INSUSTENTÁVEL CONTROLE DE LEGALIDADE ESTRITO

A evolução do fenômeno regulatório em âmbito mundial carece de controle. Se não se funda mais na lei emanada dos Parlamentos nacionais, fonte legítima do poder em nome do povo, deve se assentar em padrões uniformes de transparência, razoabilidade e proporcionalidade. O déficit de legitimidade é a questão de maior monta a ser enfrentada por organizações internacionais que, informal ou formalmente, propõem-se a regular, em escala global, questões que tradicionalmente pertenceriam às órbitas nacionais. A maioria desses organismos não têm seus representantes eleitos, nem possuem amplo mecanismo de controle decisório do povo sobre a execução de suas funções. O controle interno ainda é extremamente difuso, sem homogeneidade.[65]

O ideal seria o estabelecimento de um Direto Administrativo a nível global, com normas uniformes, a garantir padrões normativos de caráter procedimental e substantivo para os regulamentos e decisões proferidas. Esse intento encontra dois desafios centrais: a necessidade de determinar concepções basilares comuns sobre democracia e direitos fundamentais entre nações do Oriente e Ocidente, de orientações político-sociais extremamente diversas; o intento de estabelecer claramente qual a ordem institucional mundial a construir e a desenvolver, já que muitas das organizações internacionais da atualidade, em verdade, travestem-se de propósitos imperialistas, a prolongar a ingerência dos países mais ricos sobre os mais pobres.[66]

---

63 Id., Ibid., p. 19.

64 CASSESE, Sabino. Il diritto internazionale nel mondo contemporâneo. Bologna. 1984, p. 65.

65 KRISCH, Nico. Op. Cit., p. 37-42. Nota 71.

66 Id. Ibid., p. 52. Nota 71.

A disseminação de fontes regulatórias parece um processo irreversível ao modelo administrativo atual, seja provindo da ordem jurídica interna ou externa. A eficiência dos modelos administrativos atuais impulsiona a administração a agir de forma diluída, desconcentrada. O Estado não tem mais o monopólio, a exclusividade da regulação, mas tem o encargo de garantir que esta não afronte os seus princípios fundamentais.

O importante passa a ser submeter a regulação a normas primárias que garantam a sua legitimidade, seja por meio de uma Constituição a nível global ou, enquanto esta não se estabelece, no orbe dos Estados nacionais. Se, de um lado, a atividade regulatória que se dissemina mundialmente pode ser imprescindível à criação de uma comunidade jurídica internacionalmente vocacionada à proteção de valores jurídicos importantíssimos na atualidade, como o meio ambiente, faz-se mister que seja controlada por normas superiores, que estabeleçam princípios fundamentais a conter o arbítrio dessas funções administrativamente difusas. Não se reconhece atividade normativa para além dos limites Constitucionais; o contrário seria a ditadura da execução frente à legislação e à jurisdição, minando as bases do Estado de Direito, que só se tornou enquanto tal quando, na França, houve *accountability* real do poder régio.

A regulação atine apenas ao modelo mais pragmático do que já acontece com toda a administração. O regulamento que não se funda diretamente em lei formal gerará, posteriormente, atos de gestão pública nele baseados, os quais terão que ser sempre invalidados, se não houver revisão do modelo de controle de legalidade tradicional. A teoria das novas necessidades administrativas, amparada no modelo administrativo gerencial, cria modelos de exercício da regulação com autonomia à lei; como conseqüência, os atos de gestão administrativa reflexa, que são os baseados nestes regulamentos autônomos, também carecerão de controle especial, cuja legalidade não será suficiente.

4.2 O CONTROLE DE LEGALIDADE SOBRE A GESTÃO ADMINISTRATIVA REFLEXA: A CONSTITUIÇÃO E SEU PAPEL CENTRAL

É necessário, antes de tudo, dar substrato a esse novo controle de legalidade, examinar as condições em que são tomadas as decisões administrativas, verificando-se a conformidade da atuação do Poder Público, personificada no administrador, em relação à Constituição.

Em tempos de franco desprestígio da lei como mestra suprema do exercício do poder normativo, a sobrevivência do Direito Administrativo paira na Constituição, enquanto norma primária e fundante dos poderes do Estado, plenamente equilibrados. Admite-se mesmo a existência de um atuar administrativo para além das soberanias dos países, seja em organizações internacionais ou entidades supra-nacionais, desde que reconhecido o fenômeno expressamente pelas Constituições.

Diante de uma administração pública contemporânea, que se operacionaliza em torno do cidadão, e não mais do Estado, é necessário redefinir categorias jurídicas tradicionais, já ultrapassadas. Nesse sentido, eis as lições de Gustavo Binenbojm:

> *A grande inovação das Constituições da modernidade consiste em que, permeadas pelos ideais humanistas, posicionam o homem no epicentro do ordenamento jurídico, verdadeiro fim em si mesmo, a partir do qual se irradia um elenco farto de direitos fundamentais. Tais direitos têm assento, sobretudo, nas idéias de dignidade da pessoa humana e de Estado Democrático de Direito, servindo, concomitantemente, à legitimação e à limitação do poder estatal.*[67]

O direito administrativo, desde a gênese francesa, sempre teve como real fundamento o equilíbrio entre poderes como mecanismo central de coibir os arbítrios do Estado tripartido pe-

67 BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. Revista da Emerj. Rio de Janeiro, v. 8, n. 31, 2002, p. 153-195.

rante o indivíduo, e não o puro surgimento da lei. Surge quando efetivamente a lei conseguiu impor limites ao Estado, emparelhando a função administrativa com a legislativa e a judiciária.

Diante da força normativa da Constituição, não se pode mais falar em separação de poderes, que nada mais são, em verdade, espectros tripartidos de funções do Estado. Fala-se em interdependência funcional entre estes, que agora encontram, cada qual, fundamento na Constituição, a delinear seus campos de atuação. Nesse sentido, assiste razão à José Afonso da Silva, que fala em colaboração entre poderes. A ampliação das atividades do estado contemporâneo abriu terreno, pois, a novas formas de relacionamento entre o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.[68] A função administrativa, passa a encontrar fundamento imediato no texto constitucional, não mais primariamente na lei, que agora emana como fundamento mediato dos atos normativos.

Desse modo, o controle de legalidade dos atos de gestão pública, dever constitucional conferido aos Tribunais de Contas (art. 71, VIII e IX da Constituição Federal) e ao Poder Judiciário, deve se pautar primordialmente sobre a pedra de toque do conteúdo da Lei Fundamental, principalmente quando se fala de atuação do gestor tendo como base não a lei, mas ato normativo a ela análogo. Esses atos somente serão justificados em sua legalidade a partir de um exame de proporcionalidade e razoabilidade frente ao texto constitucional. É esta a medida de conciliação entre uma administração que não espera a lei, agindo e busca de concretizar os direitos fundamentais dos cidadãos, mas que, por outro lado, não foge dos contrapesos necessários às suas funções, sob pena de voltar à tona o arbítrio da função executiva do Estado, já que não mais refém da lei em sentido formal.

5. CONCLUSÕES

O exercício do poder regulatório na administração moderna, além de transpor a completa submissão à lei, passa necessariamente pela redefinição do próprio conceito de poder político, já que a definição de soberania também se assume como nova, ultrapassada a noção de plena independência política entre as nações, com um poder estatal indivisível e inalienável. A nova ordem mundial revela múltiplas esferas de poder como o caminho inevitável às nações; é relativizada a onipotência política do Estado perante a concessão de parcelas de competência dos Estados a organismos supranacionais e a organizações internacionais, cujo forte papel político no mundo globalizado encontra respaldo nas Cortes e tribunais de arbitragem reconhecidos. Não se pode mais compreender o Estado como detentor do poder normativo uno e supremo; as organizações supranacionais e internacionais exercem um poder regulatório tão marcante quanto o dos Estados, que ultrapassa a regulação, pautando a conduta de toda a gestão pública.

O enfoque da administração pública passa a ser o cidadão; mais importante que a conformação dos atos administrativos à mera legalidade é, em um modelo gerencial de Estado, garantir a eficiência administrativa em torno dos direitos fundamentais, contornando as necessidades administrativas em vista de concretizar um modelo administrativo eficiente e econômico, mesmo que essa não seja a exata solução dada pela Lei.

Nesse contexto, o paradigma do Direito Administrativo Moderno passa a ser a norma constitucional, a fundar todo o ordenamento jurídico. Enquanto não se tem a propalada Constituição global, a que o mundo tende a chegar como conseqüência natural dos processos de integração regional, é fundamental que o controle sobre a função regulatória, e da gestão pública a ela reflexa, recaia sobre as Constituições, dentro de um parâmetro de proporcionalidade e razoabilidade. A legalidade da gestão pública se justifica necessariamente pela Constituição, não necessariamente pela lei formal.

A Constituição é a nota de medida de um equilíbrio entre as funções do Estado, não de uma separação delas, como uma noção estanque e liberal. A separação de poderes é, diante da Cons-

68 SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. Rio de Janeiro: Malheiros, 2003, p. 197.

tituição, um mito autônomo; as funções Executivas, Judiciárias e Legislativas não estão separadas por natureza, elas se imbricam como funcionalidades constitucionais, já que a própria Lei Maior excepciona a regra de tripartição bem definida. Há, em verdade, uma inter-relação de equilíbrio entre os poderes, chave a sempre fundamentar o Direito Administrativo, fadado a desaparecer apenas com a chancela de uma ordem desigual entre o Estado executor, legislador e judicante da norma jurídica.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. *Modernidade e direito.* Revista Ciências Sociais, Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, 1997.

ARAÙJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo.* 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco.* Tradução de Leonel Vallandro e Gred Borheim. São Paulo: Abril Cultural S/A e Industrial, 1973.

ATALIBA, Geraldo. *Decreto regulamentar no sistema brasileiro.* Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, 1969.

AUBY, Jean-Marie. *Droit public*. Paris: Economica, 1985.

BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro.* Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, , jul./set. 2001.

_____. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Revista eletrônica sobre a reforma do Estado. Salvador,* maio 2007.

_____. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro.* 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BIGOT, Grégoire. *Les bases constitutionneles du droit administratif avant 1875. Revue Française de Droit Administratif. 2003.*

BINENBOJM, Gustavo. *Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. Revista da Emerj*. Rio de Janeiro, v. 8, n. 31, 2002.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social.* 6 ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

CAETANO, Marcello. *Manual de ciência política e direito constitucional.* 6ª ed. Lisboa: Coimbra Editora. 1970.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Alamedina, 2004.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Agências reguladoras e poder normativo. Revista eletrônica de Direito Administrativo Econômico.* Salvador, n. 9, 2007.

_____, _____. *Manual de direito administrativo.* 19 ed. Rio de Janeiro: Lumen ***Juris***, 2008.

CARTABIA, Marta. *Le principe de l'effect direct des normes communautaires et le principe de legalité. En Annuaire Internacional de Justice Constitutionnelle. Vol. V-1989.* Paris: Econômica. 1991.

CASSESE, Sabino. *Derecho administrativo comunitario y derechos administrativos nacionales. **In:** "Actualidad en el Derecho Público". Buenos Aires: Ad-Hoc. 1998, vol. 7*

_____. *Il diritto internazionale nel mondo contemporâneo.* Bologna. 1984.

CASSIN, René; GENEVOIS, Bruno. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative.* 16ª ed. Paris: Dalloz., 2007.

CHEVALLIER, Jacques. La dimension symbolique du principe de légalité. Revue française du droit public et de la science politique em France et à l'étranger, 1990.

COELHO, Daniela Mello. *Elementos essenciais ao conceito de administração gerencial. Revista de informação legislativa.* Brasília. n. 147. 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: Direito, moral e religião no mundo moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.*
DA SILVA, Vasco Pereira. Em Busca do Acto Administrativo Perdido. Coimbra: Almedina, 1998.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo.* 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

DUGUIT, Léon. *Traité de droit constitutionnel. Tomo II. Paris: Ancienne Librairie Fontemong & Cie. Éditeurs,* 1923.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério.* São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FRANCA FILHO, Marcílio. *O silêncio eloqüente: omissão do legislador e responsabilidade do Estado na Comunidade Européia e no Mercosul.* Coimbra: Almedina, 2008.

_____. Historia e Razón Del Paradigma Westfaliano. *Revista de Estudios Políticos.* n. 131, Madrid, 2006.

_____. *Introdução ao Direito Comunitário.* São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto.* 6 ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GUASTINI, Ricardo. *La 'constitucionalizatión' del ordenamiento jurídico: El caso italiano*. **In:** Miguel Carbonnel. Neoconstitucionalismo(s), 2003.

GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto 7ª. Ed.*, São Paulo: Malheiros, 2008.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Fabris, 1998.

JACQUÉ, Jean Paul. *Droit Institutionnel de l'Union Européenne*. Paris: Dalloz, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal, *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

KRISCH, Nico. *The emergency of global administrative law. Law and contemporary problems*. Vol. 68, 2005.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno. São Paulo: Revista dos Tribunais,* 1999.

MEIRELES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro 24 Ed.* São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo.* 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MESTRE, Jean-Louis. La signification de la loi des 7-14 ocotobre d'après documents inédits. EDCE. 1992.

MOREIRA NETO, Diogo Ferreira. *Administração Pública Gerencial.* Boletim do Iob, Rio de Janeiro, 1998.

PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. *La garantia en el Estado constitucional de derecho.* Madrid: Trotta, 1997.

RESENDE, Flávio Cunha. *A nova gestão pública, performance e reinvenção das instituições: um desafio para a reforma do Estado. Revista do Ministério da Administração e Reforma do Estado.* n. 4, 1998.

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

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo.* 27ª ed. São Paulo: Malheiros. 2007.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Introdução às Agências Reguladoras*. **In:** Direito Administrativo Econômico. (coordenador Carlos Ari Sundfeld). São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

VALE NETO, Demétrio Trigueiro do. O *neoconstitucionalismo e as luzes de uma jurisdição constitucional pró-ativa: luzes ao Estado democrático brasileiro na pós-modernidade jurídica.* **In:** Efetividade Constitucional. George Salomão Leite (coordenador). Salvador: Juspodium. 2009, p. 79-94.

VEDEL, Georges. *Droit administratif.* 12ª ed. Paris: PUF., 1992.

DOS PROCESSOS NOS TRIBUNAIS DE CONTAS NOS CASOS DE PREFEITOS FALECIDOS*

José Luciano Sousa de Andrade
Auditor de Contas Públicas do Tribunal de Contas da Paraíba, Mestre em Estruturas e Construção Civil pela Universidade de Brasília, Estudante de Direito do IESP

RESUMO: *O presente trabalho trata de um dos tipos de processos que tramitam nos Tribunais de Contas, com origem no dever de prestação de contas daqueles responsáveis pela gestão de Recursos Públicos. Assim, buscou-se investigar, no âmbito municipal, o que ocorre com esses processos após o falecimento do prefeito, haja vista que a Constituição Federal e o Código Civil estabelecem o paradigma de que a herança responderá pelas dívidas deixadas pelo falecido. Constatou-se que o falecimento do prefeito implica consequências diferentes nas suas contas de governo ou de gestão. No primeiro caso, as contas são submetidas a parecer prévio do Tribunal de Contas e julgamento pelo Poder Legislativo, de modo que eventual reprovação, em regra, não trará maiores prejuízos aos sucessores do* ***de cujus****, em face da natureza personalíssima da inelegibilidade. No segundo caso, as contas são julgadas unicamente pelo Tribunal de Contas e os sucessores do falecido responderão pelos danos causados ao erário, até o limite do patrimônio transferido. Entretanto, verificou-se que a meação do cônjuge sobrevivente não será atingida pela decisão do Tribunal, salvo se ficar provado que os recursos públicos desviados pelos atos ilícitos do falecido foram revertidos em benefício do casal. Ademais, conforme precedentes do Tribunal de Contas da União, se o falecimento ocorrer antes da notificação, o processo poderá ser arquivado por ausência de pressuposto de desenvolvimento válido e regular. Por fim, comprovou-se que a demora na atuação dos Tribunais de Contas poderá implicar prejuízos a ampla defesa dos sucessores do falecido, de modo a tornar as contas iliquidáveis, com consequente arquivamento do processo sem julgamento do mérito.*

PALAVRAS-CHAVE: *Tribunal de Contas. Prefeito. Falecimento. Responsabilidade.*

SUMÁRIO: *1. Introdução; 2. Escorço Histórico dos Tribunais de Contas; 2.1 O Dever Constitucional de Prestar Contas; 2.2 Julgamento e Apreciação de Contas Públicas; 3. Processo nos Tribunais de Contas; 3.1 Verdade Formal e Material; 3.2 Contraditório e Ampla Defesa; 3.3 Notificação e Revelia; 3.4 Decisões nos Processos de Contas; 3.5 Efeitos da Demora na Apreciação e Julgamento das Contas; 4. Falecimento do Prefeito e o Processo de Contas; 4.1 Efetividade do Contraditório Exercido pelos Sucessores; 4.2 Responsabilidade do Espólio; 4.3 Responsabilidade de Terceiros Envolvidos; 4.4 Situação do Cônjuge Sobrevivente; 4.5 Influência do Momento do Falecimento; 5. Conclusões; Referências.*

** O presente texto obteve a terceira colocação na edição 2010 do Prêmio Tarcísio de Miranda Burity para artigos relacionados à Administração Pública e ao controle externo dos atos do Poder Público, organizado pelo Tribunal de Contas da Paraíba.*

INTRODUÇÃO

A atividade de Controle Externo, cuja titularidade pertence ao Poder Legislativo, consiste na fiscalização das receitas e despesas do Estado e obriga todos aqueles responsáveis pela gestão de recursos públicos a prestar contas dos recursos que receberam. A idéia é simples: considerando que as despesas do Estado são custeadas, predominantemente, com as receitas dos impostos recolhidos por toda a sociedade, é dado ao próprio povo, representado pelos parlamentares eleitos pelo voto popular, o poder de fiscalizar as receitas e as despesas do Poder Executivo, Judiciário, e até mesmo do próprio Legislativo, seja nas esferas federal, estadual e municipal.

Desse modo, em uma situação comparável ao toque do Rei Midas, personagem da mitologia grega que transformava tudo que tocava em ouro, estão todos aqueles que tocam em recursos públicos, que ficam sujeitos a atuação do Controle Externo. Nesse raciocínio, o Poder Legislativo, que é integrado, em tese, por pessoas que não detêm o conhecimento necessário para analisar e julgar contas públicas, conta com o auxílio de um órgão colegiado especializado nessa área de conhecimento: os Tribunais de Contas. Instituições pouco conhecidas pela sociedade, muitas vezes confundidas como integrantes do Judiciário; um "quarto Poder", responsável por dar soluções aos problemas que o voto popular não conseguiu resolver; ou até mesmo meros órgãos de conferência de Contabilidade Pública, como infelizmente desejam maus gestores, entorpecidos com as benesses do Poder, mas desacostumados com o dever republicano de prestação de contas.

Nesse contexto, o presente trabalho trata dos processos que tramitam nos Tribunais de Contas nos casos de prefeitos falecidos, em face do paradigma da transferência aos sucessores da obrigação de reparar o dano até o limite do valor do patrimônio transferido (artigo 5º, inciso XLV, CF/88). Malgrado seja pacífica a aplicação deste comando constitucional no processo civil, no âmbito das Cortes de Contas, diante da complexidade das questões envolvidas na gestão de recursos públicos, mormente no âmbito municipal, é situação que merece maior aprofundamento.

Buscou-se restringir o presente estudo aos casos de prefeitos, pois, em tese, podem existir outras peculiaridades a serem debatidas nos demais casos de gestão pública (Presidente da República, Governadores, Secretários, entre outros). Ademais, a opção pelo gênero masculino é devida a maior participação dos homens na política, pois apesar da crescente e importante participação feminina na gestão dos municípios brasileiros, dados do Centro Feminista de Estudos e Assessoria (CFMEA) mostram, por exemplo, que no primeiro turno das eleições municipais de 2008 as mulheres eleitas atingiram o percentual de 9,1%, ao passo que os homens alcançaram 90,9% das prefeituras.

No tocante a este tema, coexistem, basicamente, duas correntes de pensamento: de um lado, vozes defendem que a morte do prefeito deva conduzir ao simples arquivamento do processo, sem maiores delongas nas análises das contas, e sem a transferência da obrigação de reparar o dano aos sucessores do falecido. Do outro lado, outros acolhem a tese da aplicação direta do comando constitucional (artigo 5º, inciso XLV, CF/88), fato que, na prática, implica transferência da responsabilidade de prestar contas aos sucessores do *de cujus*, que terão de provar a regularidade das contas do falecido, sob pena de serem atingidos pela decisão do Tribunal de Contas.

Assim, serão buscadas respostas para as seguintes indagações. O processo das contas de prefeitos falecidos será arquivado, ou seguirá o curso ordinário de qualquer outro processo? Quem será o responsável pela defesa do espólio do falecido perante o Tribunal de Contas? Qual será a situação do cônjuge sobrevivente, haja vista a tese de que a meação não seria atingida por eventual responsabilização perante os Tribunais de Contas, que só alcançaria os sucessores? O contraditório exercido pelos sucessores do prefeito falecido seria efetivo, ou estaria ferido um dos pressupostos de validade processual? A demora na atuação dos Tribunais de Contas tornaria as contas iliquidáveis, com consequente necessidade de arquivamento do processo sem julgamento do mérito?

1. ESCORÇO HISTÓRICO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS

A atividade de Controle da Administração Pública remonta à antiguidade. Costa (2006, p. 21), leciona que no Egito, 3.200 a.C, a arrecadação dos tributos já era controlada por escribas, e que o Código de Manu, na Índia, 1.300 a.C, trazia normas de regulamentação e de fiscalização da coleta de rendas públicas. O referido autor menciona que também em Atenas, na Grécia, o julgamento das contas dos administradores era feito por uma corte escolhida pelo povo. Por sua vez, Mileski (2003, p. 175-176) aduz que em Roma, após a instauração da República, 509 a.C, o Senado exercia atividades de fiscalização dos responsáveis pela gestão dos recursos públicos.

O Brasil tem como marco na área de Controle de recursos públicos o decreto nº 966-A, de 1890, de iniciativa do então Ministro da Fazenda Rui Barbosa. Segundo Pascoal (2004), este decreto sustentava a necessidade da criação de um corpo de magistratura intermediária à administração e à legislatura, cercado de garantias contra ameaças ao exercício de suas funções, contudo, não chegou a ser cumprido pela inexistência de executoriedade.

Desse modo, somente no texto da Constituição Republicana de 1891, artigo 89, foi inserida a criação de um Tribunal de Contas para liquidar as contas da receita e despesa e verificar a sua legalidade, antes de serem prestadas ao Congresso. Assim, nasce o Tribunal de Contas da União (TCU), em 17 de janeiro de 1893, graças ao empenho do então Ministro da Fazenda Innocêncio Serzedello Corrêa, com membros nomeados pelo Presidente da República, após aprovação do Senado.

Segundo Costa (2004, p. 22-25), a figura do Tribunal de Contas esteve presente em todas as demais Constituições do Brasil, com funções alargadas ou restringidas conforme o momento político do País. Entretanto, foi a Constituição de 1988 que estendeu a análise das Cortes de Contas para além do critério da legalidade, de modo a possibilitar avaliações também em relação aos critérios da legitimidade e economicidade da despesa pública.

1.1 O DEVER CONSTITUCIONAL DE PRESTAR CONTAS

A eleição ao cargo de Chefe do Poder Executivo, além dos benefícios de administrar a máquina pública, traz consigo o dever de prestar contas, cuja referência pode ser encontrada até mesmo na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, **verbis**: "Artigo 15. A sociedade tem o direito de pedir contas a todo agente público pela sua administração". Também na Constituição de 1988 o dever de prestar contas é considerado princípio cujo não atendimento, entre outras penalidades, é motivo de intervenção de um ente federativo em outro (artigo 34, VII, "d" e artigo 35, II, CF/88).

Acerca desse tema, Furtado (2007, p. 61/63) leciona que o dever de prestar contas nasce da responsabilidade de administrar recursos alheios, ou seja, de um lado figura o devedor das contas, o administrador, e do outro o credor delas, o titular dos recursos administrados. O referido autor menciona que, no âmbito municipal, essa obrigação é do prefeito e não do município. Por esse motivo, eventual procuração com poderes de representação do prefeito junto ao Tribunal de Contas deve ser dada por ele e não pelo município, haja vista que com o final do mandato haveria vício na representação. Por conseguinte, as citações e as intimações para ex-prefeitos não deverão ser encaminhadas para a prefeitura, mas para o endereço indicado pelo ex-gestor no Tribunal de Contas.

Além disso, cabe destacar que o atual prefeito não poderá ser responsabilizado por omissões ou danos causados pelo seu antecessor, contudo, nos casos em que o município celebra convênios com o Governo Federal, o TCU já sumulou que o prefeito sucessor deve apresentar as contas referentes aos recursos recebidos por seu antecessor, quando este não o tiver feito (Súmula nº 230). Assim, se o ex-prefeito não presta as contas de um convênio, por exemplo, deve o atual prefeito prestá-las, malgrado eventuais irregularidades continuem a ser de responsabilidade do seu antecessor. Ademais, na impossibilidade de prestar as contas (ausência de documentos comprobatórios, por exemplo), deve o atual prefeito adotar as medidas legais visando

o resguardo do patrimônio público, sob pena de co-responsabilidade, a exemplo das ações de busca e apreensão (art. 839, CPC) e de improbidade administrativa (artigos 11 e 14, Lei 8.429/92).

O município também pode vir a ser penalizado por irregularidades ou omissões na prestação de contas de convênios Federais, mesmo que causadas por ex-prefeitos, haja vista que ocorrerá a sua inscrição como inadimplente no Cadastro Informativo de Créditos não Quitados do Setor Público Federal – CADIN (Lei nº 10.522/2002); e no Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal – SIAFI, com consequentes dificuldades na obtenção de incentivos fiscais e financeiros, bem como à celebração de convênios, acordos, ajustes ou contratos.

Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu que deve ser liberada da inadimplência a prefeitura administrada pelo prefeito que sucedeu o administrador faltoso, quando tomadas todas as providências objetivando o ressarcimento ao erário (AgRg no Ag 1123467/DF). O STJ também assentou que quem deve ter o nome inscrito nesses cadastros (CADIN e SIAFI) é a pessoa que deixou de prestar contas e não o ente federado (REsp 872287/BA). Também o Supremo Tribunal Federal (STF) entende que a inscrição da entidade por suposta inadimplência nesses cadastros Federais pode sujeitá-la a efeitos gravosos, com desdobramentos para a transferência de recursos (AC 2200 REF-MC/MT).

Assinale-se que a morte do prefeito não transfere a titularidade das suas contas para seus sucessores, ou até mesmo para o prefeito atual. Nesse contexto, Cavalcanti (1999, p.21) leciona que os sucessores não podem ser titulares das contas, pois a eles não se transferem os deveres de gerir a coisa pública, mas somente a responsabilidade pela reparação do dano, até o limite das forças da herança. Assim, malgrado não sejam os titulares das contas, caberá aos sucessores, na prática, prestá-las, sob pena de que eventual herança deixada pelo prefeito falecido seja atingida pela decisão do Tribunal de Contas. Também Furtado (2007, p. 63) defende que na hipótese do falecimento do prefeito a prestação de contas será diferenciada, pois terá como único objetivo demonstrar a não ocorrência de danos patrimoniais, como medida de proteção à herança deixada pelo *de cujus*.

1.2 JULGAMENTO E APRECIAÇÃO DE CONTAS PÚBLICAS

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu que em algumas situações o Tribunal de Contas emite apenas uma peça opinativa para subsidiar o julgamento do Poder Legislativo. Em outras, o Tribunal exerce uma jurisdição especial, cujas decisões não podem ser revistas nem mesmo pelo Poder Judiciário, salvo nulidades por irregularidade formal grave ou manifesta ilegalidade (STF, RE 55821/PR).

No âmbito Federal e Estadual, e nos grandes municípios, em regra, os prefeitos ficam sujeitos apenas ao julgamento do Poder Legislativo (artigo 71, inciso I, CF/88), pois estes delegam a função de ordenador de despesas aos seus secretários, que ficam responsáveis pela emissão de empenhos e pagamentos, por exemplo. Desse modo, são os secretários, na condição de ordenadores de despesa, e não os prefeitos, que ficam sujeitos ao julgamento pelo Tribunal de Contas (artigo 71, inciso II, CF/88).

Acerca dessa delegação administrativa, vale destacar que o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais entende que esta transferência requer norma editada pelo próprio legislativo local, contudo, a responsabilidade do prefeito permanecerá, ainda que tenha sido delegada a prática do ato (Consulta nº 724.177). Em posição diametralmente oposta, Melo (1995, p. 115/116) defende que atos praticados por subordinados não devem ter implicações nas contas das autoridades, pois não seria razoável que atos praticados por terceiros fossem da responsabilidade do Chefe do Poder Executivo.

Não obstante a divergência em torno desta matéria, vale registrar que o STJ entende que ao concentrar as funções de ordenador de despesa e de Chefe do Poder Executivo, situação comum nos municípios de menor porte, os prefeitos ficam sujeitos a dois tipos de julgamento: Um político perante o Parlamento precedido de parecer prévio; o outro técnico a cargo da Corte de Contas (RMS 11060/GO).

Furtado (2007, p. 69-71) leciona que o julgamento político trata da análise das contas de governo do gestor, nas quais é avaliada a sua conduta no planejamento, direção e controle das políticas públicas. Por sua vez, o julgamento técnico-jurídico se refere às contas de gestão, aquelas em que o prefeito agiria na condição de ordenador da despesa, ao realizar contratações, assinar empenhos, emitir cheques, autorizar pagamentos, homologar licitações, por exemplo.

Nesse contexto, importa destacar que o falecimento do prefeito pode ter efeitos distintos nas suas contas de governo e de gestão. No primeiro caso, a consequência da rejeição das contas pelo Poder Legislativo, em regra, resume-se a inelegibilidade do agente político, conforme disposto no artigo 1º, I, "g", da LC nº 64, 1990. Assim, eventual rejeição das contas de um prefeito falecido, na prática, não terá maiores efeitos, além de afetar o patrimônio moral dos seus familiares, pois não torna seus sucessores inelegíveis por esse fato, haja vista que a responsabilidade pela prática de atos ilícitos é pessoal e intransferível.

No segundo caso, a reprovação das contas de gestão do prefeito falecido transferirá a obrigação de reparar os danos causados ao erário aos seus sucessores, até o limite do patrimônio transferido (artigo 5º, XLV, CF/88). Contudo, Fernandes (2005, p. 451/452) pontua que as multas eventualmente aplicadas nas decisões dos Tribunais de Contas, por serem personalíssimas, não podem ser transferidas aos sucessores. Assim, independentemente da fase em que se encontre o processo, necessário se faz prolatar novo acórdão pelo Tribunal, com cancelamento da multa aplicada ao falecido, haja vista que a decisão da Corte de Contas tem eficácia de título executivo extrajudicial (artigo 71, § 3º, CF/88).

Acerca desse tema, vale registrar que o Tribunal Superior Eleitoral (TSE), por maioria, assentou que a desaprovação das contas pelo Tribunal de Contas, mediante parecer prévio, não é suficiente para que se conclua pela inelegibilidade do candidato, pois a câmara de vereadores é o órgão competente para apreciar as contas de prefeito municipal (Recurso Especial Eleitoral nº 29.535/PB). Registre-se, no entanto, que o Ministério Público Federal (MPF) interpôs Recurso Extraordinário (nº 53.119) contra esta decisão, ainda pendente de julgamento no STF.

O TSE entendeu que irregularidades cometidas nas contas de governo não podem ser julgadas pelas Cortes de Contas, pois a titularidade do julgamento de contas de gestão é do Poder Legislativo, após emissão de parecer prévio pelo Tribunal de Contas. Entretanto, nos casos de contas de gestão o julgamento é feito unicamente pelos Tribunais de Contas, inclusive com possibilidade de aplicação de multa e determinação de ressarcimento de danos causados ao erário, mas esta situação não causará a inelegibilidade do prefeito.

A questão requer maior debate no âmbito do STF, pois a Constituição Federal considera a probidade administrativa, a moralidade, e a vida pregressa do candidato, como critérios a serem observados naqueles que querem disputar mandatos eletivos (artigo 14, § 9º, CF/88).

2. PROCESSO NOS TRIBUNAIS DE CONTAS

Os processos que tramitam nos Tribunais de Contas são regidos por rito próprio definido nas Leis Orgânicas e nos Regimentos Internos dos Tribunais. Contudo, na ausência de disposições específicas, em regra, os Tribunais admitem a aplicação subsidiária do código de processo civil. Assinale-se que este entendimento já é inclusive sumulado pelo Tribunal de Contas da União (Súmula nº 103) e usualmente seguido pelos demais Tribunais de Contas do país, embora não haja impedimento legal para que se estabeleça de maneira diversa. Entretanto, é necessário ressaltar que, apesar das semelhanças, o processo de contas não se confunde com o processo civil, e nem mesmo com os procedimentos administrativos propriamente ditos (Lei nº 9.784/1999, por exemplo).

Os processos nos Tribunais de Contas, no tocante à possibilidade da realização de diligências de ofício para a instrução processual, também guardam alguma semelhança com os inquéritos

policiais. Estes, segundo Távora (2009), são procedimentos administrativos que tem por objetivo identificar o autor do ilícito e os elementos que atestem a sua materialidade, de modo a contribuir para a formação da opinião do titular da ação penal.

Porém, na qualidade de meros procedimentos administrativos, os inquéritos policiais não se encontram submetidos à observância do contraditório e da ampla defesa. Por conseguinte, não havendo participação do indiciado no decorrer dos inquéritos, não pode o magistrado, na fase processual penal, lastrear-se unicamente nas provas colhidas nesse procedimento para a condenação do acusado. Por sua vez, nos processos de contas, do mesmo modo que nos processos civil e administrativo, deve prevalecer o atendimento ao princípio do contraditório, por força do disposto no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988, **verbis**: "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".

Assim, como nos processos de contas há efetiva participação do interessado na contradita das provas obtidas na instrução do feito, o Poder Judiciário pode até anulá-los, nos casos de nulidades por irregularidade formal grave ou manifesta ilegalidade, mas deverá devolvê-lo para nova instrução e julgamento pelo Tribunal de Contas.

2.1 VERDADE FORMAL E MATERIAL

A instrução processual deve buscar retratar a verdade dos fatos, contudo, é estratégia de defesa mitigar o "mal direito" de uma parte e esconder o "bom direito" da outra, em um jogo de dialética, no qual nem sempre vencerá o justo, mas aquele que consegue construir a "melhor verdade". Acerca desse tema, Donizetti (2007, p. 319-220) aduz que o processo deve retratar a verdade, e só existe uma, a real, obtida por meio da comprovação incontestável dos fatos. Assim, leciona o autor que deve o juiz perseguir a verdade real, sem esquecer que não pode substituir a vontade das partes.

No processo civil, em face do princípio da inércia da jurisdição (artigo 2º, CPC), deve o juiz decidir a lide nos limites em que foi proposta, sem a possibilidade de conhecer questões que não foram suscitadas, a cujo respeito à lei exige a iniciativa da parte (artigo 128, CPC). Portanto, na maioria dos casos, no processo civil prevalece à verdade formal, algumas vezes construída pela desídia ou despreparo na instrução processual, ou até mesmo a má-fé das partes.

Por seu turno, no processo penal há maior liberdade para o juiz na apreciação das provas (artigo 156 e 157, do CPP). Segundo Távora (2009, p. 48), o magistrado não deve se conformar com ilações fictícias ou afastadas da realidade, de modo a superar eventual desídia das partes na colheita das provas e buscar a verdade real. Entretanto, reconhece o autor que mesmo nos processos penais esta "verdade", em alguns casos, pode restar em mera materialização formal daquilo que teria acontecido.

Nos processos administrativos, consoante dispõe Meirelles (1993, p. 587/588), vigora o princípio da verdade real, também denominada material, de modo que a Administração pode se valer de qualquer prova que se tenha conhecimento para subsidiar o julgamento. Assim, enquanto nos processos judiciais o juiz deve cingir-se às provas indicadas pelas partes, no processo administrativo a autoridade processante ou julgadora pode, até o julgamento final, conhecer de novas provas, ainda que produzidas em outro processo ou decorrentes de fatos supervenientes.

Também no processo do trabalho há o princípio da primazia da realidade sobre a forma, por meio do qual, na lição de Delgado (2008, p. 208), autoriza o juiz a descaracterizar um contrato civil de prestação de serviços que esconda os elementos de uma relação de emprego: trabalho por pessoa física; pessoalidade; não-eventualidade; onerosidade; subordinação.

Nos processos que tramitam nos Tribunais de Contas a situação não é diferente, pois também se busca a verdade real, conforme disposto, por exemplo, no artigo 145, § 2º, do Regimento Interno do TCU. Assim, no exercício do seu trabalho, deve a Auditoria esgotar todos os meios disponíveis na busca da verdade dos fatos, e não apenas se conformar com uma verdade formal, no lugar de material, construída por maus gestores, com inúmeros artifícios para esconder as ir-

regularidades cometidas: manipulações contábeis; recibos falsos; empresas "fantasmas"; gastos fictícios com combustíveis; fraudes na realização de obras públicas, entre outros. Não se pode esquecer o fato de que a Auditoria, de igual modo, deve também buscar elementos que auxiliem gestores de boa-fé que cometam falhas meramente formais. Nesse sentido, vale trazer à colação o disposto no artigo 79, parágrafo único, do Regimento Interno do TCE/PB, **verbis**:

> *Art. 79. Parágrafo único. No exercício de suas atribuições deverá a Auditoria esgotar todas as possibilidades de obtenção de elementos que contribuam para a solução daquelas situações mencionadas no caput deste artigo, inclusive junto à comunidade interessada.*

A busca pela verdade real nos processos de contas de prefeitos falecidos fica ainda mais emblemática, pois muitas informações podem ter sido perdidas com o falecimento do gestor, de modo a dificultar, e alguns casos até mesmo impossibilitar, efetivas chances de defesa por parte dos seus sucessores. Assim, principalmente nos casos da realização de inspeções *in loco*, a Auditoria deve assegurar, em todas as fases do processo, o respeito ao princípio do contraditório e a ampla defesa. Com efeito, não se pode esconder a importância da efetiva participação de representante dos interessados nas diligências realizadas, haja vista que poderão ser levantadas questões técnicas favoráveis ao gestor, e até mesmo mais facilmente esclarecer pontos inicialmente não compreendidos pelo Auditor.

Nesse contexto, fica claro que o acompanhamento nas diligências preferencialmente deve ser feito pelos sucessores do falecido, os quais, querendo, têm o direito de acompanhar as inspeções realizadas. Não obstante, nos casos de não comparecimento dos interessados, ou de representantes autorizados por meio de procuração, somente resta a Auditoria ser acompanhada de representante indicado pela gestão atual do município, fato que, em algumas situações, implica nítidos prejuízos à defesa dos interessados.

2.2 CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA

Referências explícitas ao direito de defesa, notadamente com enfoque na seara criminal, podem ser encontradas desde a primeira Constituição Republicana, promulgada no ano de 1891, a qual, no artigo 72, § 16, já previa, aos acusados, em processos criminais, a mais plena defesa com os recursos e meios a ela essenciais.

A Constituição de 1934, no seu artigo 113, item 24, também assegurava ampla defesa aos acusados. Até mesmo a Carta de 1937, que suprimiu grande parte das garantias estabelecidas na Constituição de 1934, no seu artigo 122, item 11, assegurava as necessárias garantias de defesa. Textos semelhantes podem ser encontrados nas Constituições de 1946, artigo 141, § 25, e na Carta de 1967, outorgada na vigência do regime militar, a qual, pelo menos no seu aspecto formal, garantia ampla defesa aos acusados (artigo 153, §§ 15 e 16).

Entretanto, foi a Constituição de 1988, no seu artigo 5º, inciso LV, que mais ampliou as garantias da ampla defesa e do contraditório, agora explicitamente também para os processos administrativos, e inclusive com a elevação dessas garantias ao patamar de cláusulas pétreas, de modo a não ser possível o Poder Constituinte Derivado aboli-las (artigo 60, § 4º, inciso IV).

Nery Júnior (2000, p. 128) doutrina que a inovação dada pela Constituição de 1988 foi profunda, pois expressamente alcançou os processos civis e administrativos, haja vista que na Carta de 1969 havia previsão expressa apenas para o processo penal. O referido autor também leciona que o princípio do contraditório, além de constituir manifestação do princípio do estado de direito, também materializa a garantia da igualdade das partes e os direitos de ação e de defesa, que são manifestações do princípio do contraditório.

O princípio do contraditório, na lição de Grinover *et al* (2005, p.57), envolve a audiência bilateral das partes, sintetizada no brocardo romano *audiatur et altera pars*, por meio do qual cada um dos contendores age no processo em seu próprio interesse, mas a ação combinada dos dois

proporciona a eliminação do conflito ou controvérsia que os envolve, em benefício da própria justiça, ou seja, com a tese apresentada pelo autor e a antítese apresentada pelo réu, o juiz, em um processo dialético, poderá corporificar a síntese.

Os princípios do contraditório e da ampla defesa também devem ser respeitados nos processos que tramitam perante os Tribunais de Contas, pois, se assim não fosse, não seria processo, mas mero procedimento administrativo. Desse modo, nos processos de contas, sob pena de nulidade, deve ser dada oportunidade ao interessado de produzir provas ou apresentar fatos novos, capazes de influenciar na decisão dos julgadores.

A esse respeito, vale registrar que o STJ anulou processo de Tribunal de Contas que impôs multa ao impetrante sem facultar-lhe exercício de defesa (RMS Nº 24.043/GO). Também esse é o entendimento do STF, nos termos da súmula vinculante nº 03, aplicável aos processos que tramitam no Tribunal de Contas da União, **verbis**:

> *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.*

Apesar de não existir qualquer hierarquia entre o TCU em relação às demais Cortes de Contas do país, o fato é que as súmulas vinculantes editadas pelo STF são de cumprimento obrigatório por todos os entes da Federação, e pela Administração Pública (artigo 103-A, CF/88). Nesse sentido, registre-se que o STJ, em julgamento de procedimento administrativo realizado por Tribunal de Contas Estadual, fundamentou sua decisão no disposto na súmula vinculante nº 03 do STF (RMS 21929/SP).

Fajardo (2008, p. 33) menciona que, à primeira vista, o teor dessa súmula parece apenas reforçar o disposto no artigo 5º, inciso LV, da CF/88, contudo, a própria súmula faz ressalvas aos atos de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão, os quais, por serem atos complexos, só se aperfeiçoam mediante o registro no Tribunal de Contas. Calha avivar que atos complexos, segundo lição de Di Pietro (2005, p. 215), são aqueles que resultam da manifestação de dois ou mais órgãos, sejam eles singulares ou colegiados, cuja vontade se funde para formar um ato único (MS 25552/DF).

Fernandes (2003, p. 27), acerca dos atos complexos, exemplifica que um servidor que se aposenta, e tem esse ato tido como ilegal perante o Tribunal de Contas, não poderia pretender anular o julgamento sob o argumento de que não teria participado da relação processual. Nesse caso, o Tribunal deverá garantir o contraditório e a ampla defesa à unidade gestora do órgão que vai dar cumprimento à decisão do Tribunal, e não ao servidor atingido pela negativa de registro. Entretanto, este servidor terá direito à ampla defesa e ao contraditório em processo administrativo junto ao órgão que está vinculado.

Desse modo, excetuados os atos de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão, nos demais processos que tramitam nos Tribunais de Contas deve ser oportunizada a ampla defesa e o contraditório aos interessados. Nesse contexto, discute-se se essas garantias devem ser estendidas a terceiros interessados.

Fernandes (2003, p. 28) leciona que nos processos nos Tribunais de Contas não há, em regra, essa previsão, pois os terceiros são tidos como não diretamente alcançados pela ação dos Tribunais, que somente afetariam, de forma direta, os agentes públicos, e os particulares, incumbidos do dever de prestar contas (artigo 71, inciso II, CF/88). Entretanto, pondera o autor que mesmo assim é recomendável notificar terceiros interessados para acompanhar o processo. Também Dallari (2004) defende que o particular ao contratar com a Administração Pública incorpora ao seu patrimônio jurídico o direito de executar esse contrato e auferir a consequente remuneração. Assim, a declaração de nulidade desse contrato implica violação ao direito do particular, que deve ter a faculdade de expor as suas razões.

A esse respeito, vale citar que o TCU entendeu que a empresa deve ser notificada da decisão que decreta sua inidoneidade para participar de licitações na Administração, de modo a tornar efetivo o exercício do contraditório e a ampla defesa (Acórdão 56/2004 – Plenário). Também o STJ assentou que a Administração tem poder para rescindir unilateralmente seus contratos, mas não cabe a imposição de penalidades sem que a empresa possa se defender (RMS nº 10988/SP).

2.3 NOTIFICAÇÃO E REVELIA

O chamamento inicial do interessado para ingressar no processo de contas recebe denominações diferentes nas leis orgânicas dos Tribunais de Contas do país. No TCU estão previstas a audiência e a citação. A primeira, utilizada na constatação de irregularidades, sem a ocorrência de débito, e a segunda na hipótese de débito (artigo 202, II e III, RITCU). O TCE/PB, por exemplo, segue sistemática semelhante à adotada pelo Código de Processo Civil, pois o chamamento inicial é a citação e as demais notificações são denominadas intimações (artigo 91, §1º, incisos I e II, RITCE/PB).

As notificações dos Tribunais de Contas normalmente são materializadas por meio de envio de carta registrada ao interessado, com aviso de recebimento, e edital publicado no Diário Oficial (artigo 179, RITCU). Importante destacar que o TCE/PB, no rumo da implantação do processo eletrônico administrativo no âmbito das Cortes de Contas, instituiu que a citação será feita pela via postal com aviso de recebimento, mas as intimações serão feitas por meio de edital publicado no diário oficial eletrônico (artigo 91, § 2º, RITCE/PB). Ademais, vale ressaltar que citação pessoal do interessado também poderá ocorrer quando o interessado ficar silente ao primeiro chamado do Tribunal, mas comparecer a diligência posteriormente realizada, ou vier pessoalmente ao Tribunal de Contas e se der por ciente dos fatos do processo.

Câmara (2008, p. 255), no tocante aos processos civis, mas com raciocínio aplicável também aos processos de contas, leciona que a citação real é sempre preferível, pois assegura que o demandado foi efetivamente citado, ao passo que na citação ficta há mera ficção de que ele tomou conhecimento da demanda. Nessa ordem de idéias, importa registrar que o STJ entende que a citação por edital só se legitima se frustradas as tentativas de citação pessoal, regra aplicável aos processos judiciais e administrativos (RMS 7005/BA).

É importante ressaltar, com espeque na lição de Fernandes (2005, p. 644), que o interessado tem o direito de não atender a notificação do Tribunal de Contas, e não ser penalizado com multa apenas por exercer esta faculdade, contudo, o seu não comparecimento implicará revelia.

Didier Júnior (2005, p. 453-454) leciona que a revelia no processo civil tem os seguintes efeitos: prosseguimento do processo sem intimação do réu (art. 322, CPC), e julgamento antecipado da lide (artigo 330, inciso II, CPC). Ademais, dispõe o autor que a revelia também implica confissão ficta do réu (artigo 319, CPC), desde que haja suporte mínimo de verossimilhança nas alegações do autor. Nery Júnior (2000, p. 147-148), no mesmo sentido, também assevera que a confissão ficta, ou seja, a presunção de que os fatos alegados pelo autor são verdadeiros, também não se aplica nos casos de nomeação de curador especial ao revel citado por edital (artigo 9º, II, CPC), pois o legislador permitiu, de forma excepcional, a possibilidade de contestação por negação geral dos fatos alegados na inicial (artigo 302, parágrafo único, CPC).

Nos processos nos Tribunais de Contas também é possível a aplicação do efeito material da confissão ficta desde que haja suporte probatório mínimo nas alegações da unidade de instrução, de modo que o processo pode ir a julgamento lastreado exclusivamente com as conclusões técnicas.

Ademais, vale destacar que nos Tribunais de Contas não se aplica a nomeação de curador especial ao interessado revel que foi citado por edital (artigo 9º, II, CPC). Segundo Fernandes (2005, p. 646), este procedimento ofenderia o princípio da moralidade, na medida em que um comportamento irresponsável e omisso no dever de prestar contas iria consistir em ônus adi-

cional para a sociedade, que teria de contratar um profissional para defender o gestor faltoso. Ademais, no zelo pela defesa da Lei, os Tribunais de Contas já possuem, em sua estrutura orgânica, um Ministério Público especializado, de modo que a nomeação de terceiro interessado, em pouco ou nada poderia contribuir para a elucidação dos fatos.

No tocante ao prosseguimento do processo sem intimação do réu, Câmara (2008, p.323) lembra que, no processo civil, este efeito se produz apenas enquanto o réu permanecer silente, pois sua intervenção é possível a qualquer tempo, contudo, ele receberá o processo no estado em que se encontrar (art. 322, § único, CPC). Nesse sentido, vale transcrever o disposto na Súmula n º 231, do Supremo Tribunal Federal, **verbis**: "O revel, em processo cível, pode produzir provas, desde que compareça em tempo oportuno".

Fernandes (2005, p. 642) também menciona que o interessado revel deverá ser notificado se ocorrer mudanças no valor da condenação ou na acusação contra ele. Ademais, vale assinalar que o revel receberá o processo no estado em que se encontrar, pois, salvo a prova da existência de fatos importantes ao esclarecimento da verdade real, não serão refeitos os atos ou reapreciadas as provas ou, ainda, reabertas fases processuais.

Portanto, é necessário destacar que caberá ao interessado, e até mesmo aos seus sucessores, atualizarem o endereço no Tribunal de Contas (artigo 95, § 1º, RITCE/PB), sob pena de incorrerem em revelia, fato que se agrava principalmente após o término dos mandatos, pois as notificações não mais deverão ser encaminhadas para a prefeitura, mas para o endereço informado ao Tribunal.

2.4 DECISÕES NOS PROCESSOS DE CONTAS

As decisões nos processos dos Tribunais de contas podem ser preliminar, definitiva ou terminativa (LOTCU, artigo 10). Preliminar é a decisão que, antes da análise de mérito, determina o sobrestamento do julgamento, a notificação dos responsáveis, ou a realização de diligências para dirimir questões que o Relator ou o Tribunal considerar relevantes. Definitiva é a decisão que julga as contas regulares, regulares com ressalva, ou irregulares. Terminativa é a decisão que ordena o trancamento das contas que forem consideradas iliquidáveis.

As decisões preliminares, que têm como objetivo o saneamento dos autos antes do julgamento do mérito, se assemelham, conforme o caso, aos despachos e as decisões interlocutórias do Processo Civil (artigo 162, §§ 2º e 3º, do CPC). Estas, na lição de Castilhos (2007, p. 83) são atos judiciais que decidem uma controvérsia sem gerar o fim do processo. Aqueles são atos do juiz, desprovidos de conteúdo decisório, que visam à movimentação do processo.

Nas decisões definitivas, materializadas por meio de acórdãos, o Tribunal julga o mérito das contas, cujo entendimento pode ser pela regularidade, regularidade com ressalvas ou pela irregularidade. A primeira hipótese ocorrerá quando expressarem, de forma clara e objetiva, a exatidão das contas do responsável. A segunda quando forem evidenciadas impropriedades, que não resultem dano ao erário. A terceira quando ocorrerem omissão, prática de atos ilegal, ilegítimo, antieconômico (LOTCU, artigo 116). Assim, estas decisões podem ser comparadas às sentenças definitivas (artigo 269, do CPC), as quais, segundo Donizetti (2007, p. 343), resolvem o litígio, e, após o trânsito em julgado, torna imutável a relação de direito (artigo 467, do CPC).

Por sua vez, as decisões terminativas tratam das contas iliquidáveis, nas quais ocorrem caso fortuito ou força maior, comprovadamente alheio à vontade do responsável, que tornem materialmente impossível o julgamento de mérito. Nesses casos, o Tribunal de Contas ordenará o arquivamento do processo, que poderá ser reaberto se, no prazo de cinco anos, surgirem novos elementos, ao fim do qual as contas serão consideradas encerradas, com baixa na responsabilidade do administrador (LOTCU, artigos 20 e 21). Ademais, o TCU também entende ser terminativa a decisão que determina o arquivamento por ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo ou por racionalização administrativa e economia processual (artigos 201, § 3º RITCU).

2.5 EFEITOS DA DEMORA NA APRECIAÇÃO E JULGAMENTO DAS CONTAS

Desde o nascimento do ser humano o decurso do tempo influi nas relações jurídicas, seja na extinção de direitos, ou na sua aquisição. Esta não perpetuidade é necessária para que haja tranquilidade na ordem jurídica, pois de outro modo não haveria a consolidação de direitos, ou seja, o devedor jamais estaria livre de pagar duas vezes a mesma dívida; aquele que causou dano a outrem poderia, a qualquer tempo, ter contra ele aforada ação de reparação civil, ou haveria a obrigatoriedade da guarda infinita dos recibos de quitação. Portanto, é mister que as pessoas não vivam eternamente sob a ameaça de modificações de seus direitos e ou situações pessoais.

Delgado (2007, p. 250-252), com propriedade, distingue os institutos do direito civil que interferem no prolongamento das situações jurídicas no tempo. A decadência ocorre quando existe uma faculdade do agente exercer direitos segundo sua vontade (direitos potestativos). Portanto, nestes casos o direito e a ação nascem simultaneamente, e se extinguem pelo não exercício desta faculdade. Por seu turno, a prescrição se refere a direitos reais e pessoais, os quais envolvem uma obrigação a ser cumprida (dar, fazer, não fazer). Neste caso, violado o direito, nasce à pretensão de propositura da ação de reparação que se extinguirá pelo não exercício.

Gonçalves (2005 p. 467-469), diante das inúmeras divergências doutrinárias na conceituação da prescrição e decadência, menciona que os prazos prescricionais no direito civil são aqueles elencados nos artigos 205 e 206 do Código Civil, os demais prazos são decadenciais.

No âmbito da administração pública, a prescrição é tratada no artigo 37, § 5º, da Constituição Federal de 1988, **verbis**: "A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento."

Verifica-se, portanto, que a lei estabelecerá o prazo prescricional para a apuração da prática de atos ilícitos contra a Administração Pública, mas os danos causados ao erário são imprescritíveis. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já esposou que a prescrição quinquenal atinge os ilícitos administrativos dos agentes públicos, abrangidos o servidor público e o particular que lhes deram causa, nos termos do art. 23 da Lei 8.429/1992. Porém, a ação de ressarcimento dos prejuízos causados ao erário é imprescritível, e seu aforamento não está sujeito ao prazo estabelecido na Lei de Improbidade Administrativa (STJ, RESP 1067561/AM).

Não foi encontrada legislação que defina o prazo máximo da guarda dos documentos públicos e nem o prazo máximo de tramitação de um processo no Tribunal de Contas. Assim, parece vigorar a tese que os gestores ficarão indefinidamente responsáveis pelo dever constitucional de prestação das suas contas, até o momento que o Tribunal de Contas venha a apreciá-las.

É fato que mudanças de gestão, embora salutares ao regime democrático, muitas vezes são acompanhadas de problemas na transição dos gestores municipais. Assim, diante de alterações no quadro político, podem surgir questionamentos acerca da existência de documentações deixadas pelo prefeito responsável. Nesse contexto, diante das dificuldades de provar que toda a documentação comprobatória da despesa pública foi deixada no ente administrado, alguns prefeitos preferem se valer da guarda pessoal de cópias, ou até mesmo da posse dos originais, posto que, em tese, o atual gestor poderia alegar omissão do seu antecessor. Por outro lado, ex-prefeitos, de má-fé, podem se valer do benefício da dúvida, e acusar a atual gestão de ter extraviado a documentação deixada por eles.

A jurisprudência do TCU é pacífica no sentido de que o longo lapso temporal entre a prática do ato e a atuação do Tribunal prejudica o exercício da ampla defesa, com consequente entendimento pelo arquivamento do processo sem julgamento do mérito (Acórdão 209/2007 - Segunda Câmara). Entretanto, em face da importante missão constitucional dada aos Tribunais de Contas, é importante trilhar os caminhos da celeridade processual, de modo a evitar que o tempo venha a prejudicar a defesa de bons gestores, ou até mesmo sirva de manto para a prática de malversação de recursos públicos.

3. FALECIMENTO DO PREFEITO E O PROCESSO DE CONTAS

Importa investigar se o falecimento do prefeito implicará arquivamento do processo no Tribunal de Contas sem julgamento do mérito, ou se a morte do gestor em nada afetará o curso do processo, fato este que, na prática, ocasiona a transferência do dever de prestar de contas aos seus sucessores, algo aparentemente contraditório, haja vista que essa responsabilidade é pessoal do gestor.

No processo penal, a morte do agente é causa de extinção de punibilidade (artigo 107, I, Código Penal). A esse respeito, Nucci (2007, p. 499) aduz se tratar do princípio geral de que a morte resolve tudo (*mors omnia solvit*), acolhido pela Constituição Federal ao dispor que a pena não deverá passar da pessoa do condenado (artigo 5º, XLV, 1º parte), embora as dívidas deixadas pelo falecido devam ser transmitidas aos seus sucessores. Entretanto, as multa, por terem natureza de pena, não podem ser convertidas em prisão e serão extintas com a morte do sentenciado, pois não é possível a transmissão aos seus sucessores.

No processo civil, a morte do responsável não implica o arquivamento do processo, mas tão-somente a suspensão do processo pela necessidade de substituição do falecido pelo espólio ou sucessores (artigo 265, I c/c 1.055 e 1.062 do CPC). Assim, se o falecido deixar herança, esta responderá pelas dívidas deixadas por ele (artigo 5º, XLV, CF/88 e artigo 1.997 do Código Civil), por meio da simples habilitação dos credores no processo de inventário e partilha (artigo 1.017, CPC).

No tocante aos processos nos Tribunais de Contas, Cavalcanti (1999, p. 17-19) doutrina acerca da existência de três dimensões processuais: política, destinada a informar ao povo quais foram os critérios utilizados na gestão dos recursos públicos; sancionatória, cuja finalidade é punir gestores ímprobos; e indenizatória, que diz respeito à reparação de dano causado ao erário.

Segundo o autor, nos casos de falecimento do responsável, o processo na Corte de contas somente merece ser arquivado com relação à dimensão sancionatória, visto que somente o falecido poderá sofrer as consequências de sua má gestão, por força da pessoalidade das penas imposta pela Constituição (artigo 5º, XLV). No tocante às demais dimensões, segundo o autor, o processo de contas deverá continuar, haja vista que no primeiro caso o gestor é mero destinatário secundário do julgamento das contas públicas, as quais têm a sociedade como principal destinatária. Também no segundo caso o processo de contas não poderá ser arquivado, pois os sucessores serão chamados para defender a herança deixada pelo .

Portanto, a morte do prefeito não conduz ao imediato arquivamento do processo de contas, que deverá seguir o curso ordinário de qualquer outro processo até o julgamento final. Até mesmo nos casos das suas contas de governo (artigo 71, II, CF/88), cujo julgamento é feito pelo Poder Legislativo, o processo no Tribunal de Contas deverá seguir até a elaboração do parecer prévio, embora nesta hipótese, como mencionado alhures, não haverá maiores consequências aos sucessores, além de eventual abalo no patrimônio moral do falecido.

No que tange a aplicação de multas pelo Tribunal de Contas, Fernandes (2005, p. 451-452) argumenta que elas se extinguem com a morte do gestor, independentemente da fase em que o processo se encontrar, haja vista a sua natureza jurídica de obrigação personalíssima. Nesse sentido, Veloso (2007, p. 26), aduz que a multa somente deva ser aplicada ao responsável vivo, de modo que, na hipótese de sua aplicação por desconhecimento da morte do agente, será necessária a prolação de nova decisão para tornar sem efeito a anterior, pois se trata de título executivo extrajudicial (artigo 71, § 3º, CF/88), **verbis**: "as decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo".

3.1 EFETIVIDADE DO CONTRADITÓRIO EXERCIDO PELOS SUCESSORES

A bilateralidade proporcionada pelo contraditório, na lição de Rosas (1997, p. 45-46), está inscrita no próprio conceito de justiça, pois ninguém pode ser demandado sem ser ouvido. O autor assevera que essa idéia remonta à época do dramaturgo grego Aristófanes, a quem se

atribui a frase: "como era sábio aquele que disse: não julgues sem ter ouvido ambas as partes". Guerra (2005, p. 54) também entende que o contraditório e a ampla defesa, materializados no livre debate das razões postas em juízo, estão intimamente ligados ao princípio da igualdade das partes e, consequentemente, da garantia do devido processo legal. Entretanto, o contraditório e a ampla defesa não devem ser encarados apenas no aspecto formal.

No processo penal, segundo Távora (2009, p. 47), o respeito a esses princípios impõe que às partes deve ser oportunizada a possibilidade de influir no convencimento do magistrado, por meio da defesa técnica (realizada pelo advogado) e da autodefesa (pelo próprio acusado), que pode, inclusive, optar pelo silêncio. Nesse sentido, acerca da defesa técnica, vale trazer à colação o teor da Súmula nº 523, do Supremo Tribunal Federal, **verbis**: "No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu".

Nery Júnior (2000, p. 128) assevera que no processo civil não há essa amplitude, pois é suficiente que seja dada oportunidade aos litigantes para se fazerem ouvir no processo, por meio do contraditório recíproco, da paridade de tratamento e da liberdade de discussão da causa. Desse modo, como se trata, em regra, de direito disponível, o réu, por exemplo, pode deixar de contestar, sem que isso configure ofensa ao princípio do contraditório. Todavia, aduz o autor até mesmo no processo civil, essa oportunidade tem de ser real, efetiva, pois esse princípio não se contenta com o contraditório meramente formal.

O respeito ao contraditório e à ampla defesa deve oferecer possibilidade efetiva de influenciar os julgadores, pois, conforme expõe Diddier Júnior (2005, p. 44), de nada adiantaria permitir simplesmente a oitiva das partes, sem a real condição de influenciar no conteúdo da decisão, sob pena de ferir a garantia ao contraditório. Assim, o exercício da ampla defesa requer que o acusado tenha pleno conhecimento do que está sendo acusado, com todos os detalhes necessários para a elaboração do contraditório. Para tanto, no curso do processo, deve lhe ser assegurado o acesso aos autos, com a possibilidade de extrair cópias, de apresentar documentos e produzir provas.

Nos processos nos Tribunais de contas também não há obrigatoriedade de o prefeito se defender, e nem mesmo de ser representado por advogado, de modo que a ausência de defesa implicará revelia, contudo, sem a nomeação de curador especial para defendê-lo, como ocorre no processo civil (artigo 9º, II, CPC). Nesse caso, sem que haja ofensas aos princípios do contraditório e a ampla defesa, o processo de contas, desde que lastreado em suporte probatório mínimo, poderá ir a julgamento unicamente com as alegações da Auditoria.

Entretanto, como mencionado em tópico anterior, por se tratar de processo em que se busca a verdade real, muitas vezes escondida por trás de uma defesa desidiosa, ou obstacularizada pelas dificuldades na obtenção de documentos, deverá a unidade de instrução esgotar todos os meios de trazê-la para o bojo do processo. Nesse contexto, calha avivar que nas transições de governos, principalmente nos pequenos e médios municípios, é situação comum que sejam deixadas lacunas na documentação de comprovação da despesa pública. Assim, de um lado, gestores ímprobos podem tentar mascarar os maus atos da sua gestão com a simples alegação de que o seu sucessor extraviou a documentação deixada por ele. Do outro lado, gestores sucessores podem sonegar eventual documentação deixada pela administração anterior, sob o parco argumento que nada foi deixado nos arquivos da prefeitura no município.

Desse modo, a ausência desses documentos, se de fato existiram, pode dificultar sobremodo a defesa junto ao Tribunal de Contas, principalmente nos casos de prefeitos falecidos, haja vista que informações essenciais ao entendimento dos atos da gestão do prefeito podem ter sido perdidas com a sua morte. Assim, a comprovação da correta aplicação dos recursos públicos depende da apresentação de documentos que já não estão na posse dos sucessores do prefeito falecido, pois é natural que os originais fiquem nos arquivos da prefeitura do município. Nesses casos, sem dúvida alguma, os sucessores terão muitas dificuldades em provar a regularidade das contas do falecido, pois, em tese, esses documentos podem ter sido deixados nos arquivos da

prefeitura; nas mãos de terceiros; destruídos; ou até mesmo nunca existiram.

Assim, na elaboração da peça de defesa, por mais esforçados que sejam os profissionais contratados, podem ser necessários esclarecimentos que somente o gestor falecido dispunha, de modo que a notificação dos sucessores feita pelo Tribunal de Contas, em muitos casos, pode restar em mero procedimento formal. Diga-se, ademais, que esta situação pode ser agravada com o decurso do tempo, fato muitas vezes provocado pela demora na atuação do próprio Tribunal de Contas, com nítidos prejuízos a defesa dos sucessores do falecido (documentos podem ser extraviados, provas materiais destruídas, e testemunhas não mais estarem disponíveis, por exemplo).

A solução parece convergir na exigência de maior celeridade na atuação dos Tribunais de Contas, principalmente nos casos de gestores falecidos, haja vista que o decurso do tempo entre a morte do prefeito e o julgamento do processo, poderá, em alguns casos, prejudicar a efetividade do contraditório exercido pelos sucessores do *de cujus*. Ademais, os Tribunais de Contas também devem exigir a restauração de eventuais lacunas existentes na documentação da prefeitura do município, com a punição dos responsáveis pelas omissões, e a exigência de que o atual prefeito adote as medidas judiciais cabíveis com a finalidade de restabelecer a documentação pública.

3.2 RESPONSABILIDADE DO ESPÓLIO

A herança, em resumo, trata do somatório dos bens e das dívidas do falecido. Acerca desse tema, Gonçalves (2009, p. 506-507) leciona que, enquanto vivia, o patrimônio do devedor representava garantia genérica aos seus credores. Porém, com sua morte não há necessariamente a extinção das suas dívidas, pois o direito dos credores remanesce até o limite das forças da herança. Em outras palavras, as dívidas do falecido somente desaparecem com a morte quando ele não deixar patrimônio suficiente para saldá-las, pois do contrário basta que os credores se habilitem no processo de inventário e partilha para buscarem a satisfação dos seus créditos (artigo 1.017, CPC). Por este motivo é necessário apurar inicialmente o montante das dívidas do falecido, de modo que se estas absorverem todo o acervo de bens deixados por ele, os herdeiros nada receberão.

A sucessão tem início com o falecimento, momento no qual ocorre a transmissão imediata da herança (artigo 1.784, CC). Segundo Gonçalves (2009, p. 19-20), trata-se da aplicação do princípio da *saisine*, cuja origem remonta à idade média, na qual se evitava que com a morte do arrendatário as terras voltassem ao senhor feudal, de modo que para ter novamente a posse os seus herdeiros teriam de pagar tributo feudal. Assim, por meio desse princípio, criou-se uma ficção jurídica de que o falecido transmite, desde o momento da sua morte, a posse de todos os seus bens.

Gonçalves (2009, p. 456-457) menciona que, com a abertura da sucessão, instaura-se entre os herdeiros um verdadeiro condomínio nos bens do falecido, que só cessará com a partilha (artigo 1.791, parágrafo único, CC). Assim, embora os herdeiros adquiram a propriedade dos imóveis pertencentes ao *de cujus* desde a abertura da sucessão (princípio da *saisine*), é necessário realizar o inventário e a partilha para que os seus nomes passem a figurar no registro dos imóveis.

O referido autor leciona também que por meio do inventário é apurado o patrimônio do falecido, ou seja, são descritos e avaliados todos os seus bens, pagos os impostos e as dívidas do falecido, para depois, se sobrar, ser partilhado entre os sucessores. Na partilha, segundo Donizetti (2007, p. 868), são individualizados os quinhões que caberão a cada um dos sucessores. Assim, não existe partilha sem inventário, pois para partilhar é necessário relacionar o conjunto de bens (inventário). Porém, pode existir inventário sem partilha, nos casos da inexistência de bens a inventariar (inventário negativo), ou quando houver somente um herdeiro, pois neste caso haverá adjudicação dos bens deixados pelo falecido (artigo 1.031, § 1º, CPC).

Desse modo, o espólio, ou seja, o conjunto de bens, direitos e obrigações deixadas pelo falecido, será representado de início por um administrador provisório (artigos 985 e 986, CPC),

escolhido sucessivamente dentre aqueles elencados no artigo 1.797 do Código Civil: cônjuge ou companheiro; herdeiro que estiver na posse e administração dos bens; testamenteiro; e, por fim, pessoa de confiança do juiz.

Segundo Gonçalves (2009, p. 43), após despachar a inicial de abertura do inventário, o juiz nomeará o inventariante, pessoa que tem a função de administrar a herança até a homologação da partilha (artigo 1.991, CC), e cuja escolha é feita pelo magistrado, preferencialmente na ordem estabelecida no artigo 990 do Código de Processo Civil: cônjuge sobrevivente; herdeiro que se achar na posse e administração do espólio, se não houver cônjuge sobrevivente ou impossibilidade da sua nomeação; qualquer dos herdeiros, se nenhum deles estiver na posse e administração do espólio; testamenteiro, se a administração do espólio foi confiada a ele, ou se toda a herança foi distribuída em legados; inventariante judicial; pessoa estranha idônea (inventariante dativo).

O inventariante dativo, no magistério de Gonçalves (2009, p. 46), é a pessoa que desempenhará todas as funções de administração dos bens deixados pelo falecido, mas não poderá representar ativa e passivamente a herança, que continuará a ser feita por todos os sucessores do falecido. Entretanto, é importante destacar que este procedimento parece não se aplicar no âmbito dos Tribunais de Contas. O TCU, por exemplo, entende pela citação de inventariante dativo, em face da omissão no dever de prestar contas dos recursos repassados por meio de convênio na gestão do prefeito falecido (Acórdão 1891/2004 - Primeira Câmara).

Desse modo, na necessidade de citar os sucessores do prefeito falecido, antes da nomeação do inventariante, o Tribunal de Contas deverá encaminhar a citação para os sujeitos elencados no artigo 1.797 do Código Civil (normalmente o cônjuge sobrevivente). Após esta nomeação, a citação deverá ser encaminhada para aquele designado pelo juiz, dentre os mencionados no artigo 990, do CPC.

Ademais, importa ressaltar que o inventário dos bens do *de cujus* também poderá ser feito extrajudicialmente, nos termos do artigo 982, do Código de Processo Civil. Nesses casos, as citações do Tribunal de Contas deverão ser encaminhadas diretamente aos herdeiros contemplados com o patrimônio deixado pelo falecido, fato que conduz a necessidade de o Tribunal requerer que seja apresentada, juntamente com o endereço pessoal do prefeito, a relação dos seus sucessores, cujo endereço deverá ser atualizado até o julgamento final das suas contas.

Em resposta às citações do Tribunal de Contas, comumente são trazidas declarações por parte dos sucessores de que o ex-prefeito não deixou bens a inventariar, com a finalidade de que o processo de contas seja arquivado por falta de patrimônio para saldar eventuais danos causados ao erário. Entretanto, vale destacar precedentes do TCU cujo entendimento é que a inexistência de inventário não constitui obstáculo ao julgamento das contas, pois a investigação da real situação patrimonial do responsável falecido deverá ser realizada pelo órgão encarregado da execução dos acórdãos condenatórios (Acórdão 314/2004 - Primeira Câmara).

Realizada a partilha, eventual citação por parte do Tribunal de Contas terá de ser feita na pessoa dos sucessores, os quais responderão pelos danos causados pelo falecido, na proporção do quinhão conferido a cada um deles (artigo 1.997, CC). Entretanto, Cavalcanti (1999, p. 23) lembra que o Tribunal de Contas, ao ter a notícia do falecimento do gestor, muitas vezes desconhece fatos como a existência de patrimônio do morto, se há sucessores, e informações acerca do processo de inventário e partilha. Assim, recomenda o mencionado autor, por questões de economia processual, que se faça diligência prévia junto ao juízo competente da comarca do último domicílio do gestor falecido, com o fito de obter essas informações.

Não se pode olvidar, contudo, que todos estes procedimentos, em muitos casos, restarão em mera formalidade diante da esperteza de gestores ímprobos. É fato notório que estes, ao se apropriarem indevidamente de recursos públicos, adotam a cautela de adquirir patrimônio em nome de terceiros, normalmente em outras cidades, e até mesmo em outros Estados, com a finalidade de dificultar quaisquer tentativas de ressarcimento de danos causados ao erário. Assim, a oitiva juiz da comarca, indubitavelmente, restará em mera formalidade, haja vista que

os bens adquiridos com a prática dos atos ilícitos, normalmente, sequer estarão registrados em nome dele.

3.3 RESPONSABILIDADE DE TERCEIROS ENVOLVIDOS

Os atos ilícitos praticados na gestão de prefeitos usualmente envolvem mais de uma pessoa, que se reúnem para a prática de crimes: peculato (312), concussão (316), corrupção passiva (317) e ativa (333), entre outros elencados no Código Penal; além dos crimes tipificados a partir do artigo 89 da Lei de Licitações. Assim, o concurso de pessoas para a prática de crimes, na lição de Nucci (2007, p. 275), trata da cooperação desenvolvida por várias pessoas para o cometimento de uma infração penal, as quais responderão na medida da sua culpabilidade (artigo 29, Código Penal). Em outras palavras, com a morte do prefeito ocorre à extinção da punibilidade somente para ele (artigo 107, I, CP), contudo, os demais envolvidos na prática dos crimes podem vir a ser responsabilizados na esfera penal e civil, conforme o disposto no artigo 935, do Código Civil, **verbis**: "A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal."

Na esfera civil, os terceiros envolvidos com crimes praticados na gestão de prefeitos falecidos poderão responder solidariamente com os sucessores do *de cujus* pelos danos causados ao erário (artigo 942, CC). Segundo Gonçalves (2007, p. 113), o credor de obrigação solidária poderá exigir a totalidade da prestação de qualquer um dos devedores, pois todos eles ficam obrigados ao pagamento da dívida toda, como se fosse um único devedor (artigo 264, CC).

Dispõe o artigo 275 do Código Civil que a solidariedade não se presume, mas resulta da lei ou da vontade das partes. Assim, no âmbito dos Tribunais de Contas, a solidariedade está prevista, por exemplo, no artigo 16, § 2º, da Lei nº 8.443/1992, que trata da Lei Orgânica do TCU.

Nesse contexto, é importante destacar que o TCU no julgamento de processo que trata de esquema de fraudes em licitações, ante a ausência de bens a inventariar em nome do prefeito falecido, entendeu que as contas fossem consideradas iliquidáveis em relação a ele; mas julgou pela irregularidade das contas da pessoa jurídica contratada, e de membro da comissão de licitação, condenando-os, solidariamente, ao pagamento do dano causado ao erário (Acórdão 1927/2007 - Segunda Câmara).

3.4 SITUAÇÃO DO CÔNJUGE SOBREVIVENTE

Importa investigar a situação do cônjuge sobrevivente, que em alguns casos representa o espólio perante os credores da herança (artigo 1.797, I, CC, e 990, I, CPC), haja vista que a Lei nº 8.443/1992, que norteia grande parte das leis orgânicas dos demais Tribunais de Contas do país, dispõe que a jurisdição do TCU alcançará tão-somente sucessores.

O entendimento desta questão envolve o estudo da meação, a qual, na lição de Gonçalves (2009, p. 152), não se confunde com a herança, por se tratar de parcela dos bens do casal que já pertencia ao cônjuge sobrevivente. Assim, o patrimônio comum do casal, ou seja, o acervo de bens, direitos e obrigações adquiridas na constância do casamento será dividido pela metade no caso da dissolução da sociedade conjugal: morte de um dos cônjuges; nulidade ou anulação do casamento; separação judicial; divórcio (artigo 1.571, CC). Portanto, a existência da meação dependerá do regime de casamento estabelecido pelos cônjuges.

No regime separação total a administração dos bens será exclusiva de cada um dos cônjuges (artigo 1.687, CC). Assim, como não há comunicação de patrimônio, sejam os bens anteriores ou posteriores ao casamento, não há que se falar em meação. Nesse caso, eventual condenação não atingirá o patrimônio do outro cônjuge, salvo se não existirem ascendentes ou descendentes do falecido, pois assim será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge sobrevivente (artigo 1.838, CC).

Nos demais regimes de casamento haverá dos bens adquiridos na constância do casamento, de modo que o patrimônio do casal responderá pelos danos causados pelo prefeito falecido até

o limite da meação (artigo 1.686, CC), salvo se for provado que as obrigações provenientes dos atos ilícitos praticados pelo prefeito falecido se reverteram em proveito do casal (artigo 1.659, IV, CC).

Nessa ordem de idéias, importa investigar a quem caberá o ônus de provar se os frutos do ato ilícito foram revertidos em proveito ao patrimônio comum do casal. A jurisprudência do STJ parece não ser pacífica com relação a este tema. De um lado, a Terceira Turma esposou a tese de que a meação da esposa responde pela dívida contraída exclusivamente pelo marido, desde que em benefício da família, e que caberá à viúva, para excluir da penhora a meação, provar que a dívida não foi contraída em benefício da família (AgRg no Ag 594642/MG). Por outro, a Quarta Turma julgou que cabe ao credor provar que o empréstimo feito pelo marido beneficiou família do devedor para alcançar meação do outro cônjuge (REsp 647229). Nos processos de execução fiscal, contudo, a matéria no âmbito do STJ parece estar pacificada, como pode ser verificado no teor da Súmula 251, **verbis**: "a meação só responde pelo ato ilícito quando o credor, na execução fiscal, provar que o enriquecimento dele resultante aproveitou ao casal".

Também nas situações de união estável, na qual, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplicam-se as regras da comunhão parcial de bens (artigo 1.725, CC), o patrimônio do casal responderá pelas dívidas do *de cujus*. Assim, reconhecida a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família (artigo 1.723, CC), a companheira do prefeito falecido deverá ser citada para integrar a relação processual no Tribunal de Contas (TCU, Acórdão 182/2010 - Segunda Câmara). Entretanto, o mesmo não ocorrerá com a concubina, ou seja, nos casos de relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar (artigo 1.727, CC), pois esta não será chamada para ingressar no processo do falecido.

Verifica-se, portanto, que a meação do cônjuge sobrevivente, não será alcançada por decisão do Tribunal de Contas que condene o prefeito falecido por danos causados ao erário, haja vista que a condição, neste caso, de meeira da viúva, e não de herdeira, afasta a jurisdição do Tribunal. Nesse sentido, vale registrar que o TCU já entendeu que a viúva do *de cujus* deve ser excluída da relação processual, bem como a parcela dos bens que lhe é de direito no patrimônio do casal por se constituir meação e não herança (Acórdão 188/2002 – Plenário). Entretanto, importa destacar que, em algumas situações, o cônjuge sobrevivente poderá concorrer com os demais sucessores além da sua meação (artigo 1.829, I, e 1.836, CC), de modo que essa parcela, indubitavelmente, poderá ser atingida pela decisão do Tribunal de Contas que condene o prefeito falecido a ressarcir danos causados ao erário.

3.5 INFLUÊNCIA DO MOMENTO DO FALECIMENTO

Ao longo deste trabalho ficou demonstrado que a obrigação de reparar os danos causados pelo falecido, de fato, deve ser estendida aos sucessores, e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido, pois assim está estabelecido no artigo 5º, inciso XLV, da Constituição Federal de 1988. Se não bastasse a clareza do texto Constitucional, também o Código Civil de 2002 dispõe que a herança responderá pelo pagamento das dívidas do falecido (artigo 1.997, CC).

Entretanto, cabe frisar o momento em que ocorre o falecimento do prefeito poderá, em algumas situações, influenciar no seu processo de contas. Com efeito, se o falecimento ocorrer após a prolação da decisão do Tribunal de Contas, que é título executivo extrajudicial (artigo 71, § 3º, CF/1988), não há maiores dúvidas acerca da aplicação direta do referido comando constitucional. Porém, o falecimento do prefeito poderá ocorrer em outras fases processuais, ou até mesmo antes da formação do próprio processo de contas, com nítidos prejuízos à efetividade do contraditório e ao exercício da ampla defesa por parte dos seus sucessores.

Ademais, como já debatido em tópico anterior, a demora na atuação dos Tribunais de Contas, em alguns casos, poderá fulminar o direito de defesa dos sucessores do falecido, principalmente nos casos de mudanças de gestão, nas quais, embora salutares ao regime democrático, trazem

consigo inúmeras dificuldades na obtenção de documentos, que, em tese deveriam existir nos arquivos da prefeitura do município. Assim, o passar dos anos sem dúvidas trará prejuízos à defesa dos sucessores do prefeito falecido, pois o decurso do tempo faz desaparecer documentos públicos, testemunhas, e até mesmo a materialidade das provas da realização de despesas públicas.

Nesse sentido, o TCU entende que o decurso de longo prazo entre os fatos apontados e a oportunidade de ingresso dos sucessores do falecido implicaria prejuízos ao exercício da ampla defesa, no caso da citação do espólio ter sido realizada há mais de quatro anos após o óbito do responsável e mais de dez anos após o término do prazo para a apresentação da prestação de contas. Assim, neste julgamento o TCU julgou ser mais apropriado considerar as contas iliquidáveis, ordenando-se o seu trancamento e o conseqüente arquivamento do processo (Acórdão 920/2005 - Primeira Câmara). Em outra assentada o TCU, acolhendo a tese de comprometimento da ampla defesa, entendeu pelo arquivamento de processo de Tomada de Contas Especial instaurada mais de onze anos após o repasse dos recursos (Acórdão 2911/2008 - Segunda Câmara).

Vale repisar que as contas são consideradas iliquidáveis nas hipóteses de caso fortuito ou de força maior, comprovadamente alheio à vontade do responsável, que torne materialmente impossível o julgamento de mérito (artigo 20, Lei 8.443/1992). O falecimento do Prefeito, por óbvio, parece não se enquadrar nesta hipótese, pois não torna materialmente impossível o julgamento das suas contas. Entretanto, dispõe o artigo 201, § 3º, do RITCU, que o Tribunal ordenará o trancamento das contas que forem consideradas iliquidáveis, ou determina o seu arquivamento pela ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo ou por racionalização administrativa e economia processual, nos termos dos artigos 211 a 213.

O artigo 211 do RITCU trata das hipóteses de caso fortuito ou de força maior, comprovadamente, alheio à vontade do responsável, o que torna materialmente impossível o julgamento de mérito. O artigo 212, por sua vez, trata do arquivamento quando verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo. Por fim, o artigo 213, trata da racionalização administrativa e economia processual, com o objetivo de evitar que o custo da cobrança seja superior ao valor do ressarcimento, casos em que o Tribunal determinará o arquivamento de processo, sem cancelamento do débito, a cujo pagamento continuará obrigado o devedor, para que lhe possa ser dada quitação.

Verifica-se, portanto, que o simples falecimento do Prefeito não terá o condão de promover o arquivamento do processo, mas uma associação dos fatores elencados nos artigos 211 a 213 do RITCU, por exemplo. É fato que o julgamento das Contas deverá sempre acontecer, mesmo sem adentrar nas questões de mérito, pois este resultado interessa à sociedade, que necessita saber acerca da gestão daquele que foi eleito pelo seu voto e até mesmo aos seus sucessores na busca de preservar o patrimônio moral do falecido.

Nesse contexto, Fernandes (2005) entende que o falecimento antes da citação poderá implicar em arquivamento do processo por ausência de pressuposto de desenvolvimento válido e regular do processo. Entretanto, se já comprovada à irregularidade, obrigará a recomposição do erário até o limite das forças da herança. Também o TCU, nos casos em que o falecimento ocorre antes da citação, já entendeu pelo arquivamento sem julgamento de mérito, em face da impossibilidade de desenvolvimento válido e regular do processo (Acórdão 21/2001 – Plenário).

4. CONCLUSÕES

Verificou-se, portanto, que os processos nos Tribunais de Contas nos casos de prefeitos falecidos não serão arquivados, pois a sociedade tem o direito de saber a destinação dos recursos que lhe foram subtraídos, predominantemente, por meio da tributação. Ademais, a doutrina entende que a família do falecido tem legítimo direito moral para exigir o prosseguimento do processo em qualquer hipótese.

As dívidas deixadas pelo prefeito falecido, inclusive os prejuízos causados ao erário por atos de gestão fraudulenta ou antieconômica, deverão ser suportados por sua herança, conforme dispõe o artigo 5º, XLV, CF/88. Assim, os sucessores serão chamados a integrar uma relação processual no Tribunal de Contas não como titulares do dever de prestar contas, mas na defesa de uma potencial herança deixada pelo falecido, pois se suas obrigações superarem o acervo de bens e direitos deixados por ele, os herdeiros nada receberão!

Entretanto, ficou demonstrado que a meação do cônjuge sobrevivente não será atingida pela decisão do Tribunal de Contas que condene o falecido a ressarcir danos causados ao erário, exceto se ficar provado que os recursos públicos desviados pelos atos do prefeito falecido foram revertidos em benefício do casal. Porém, nas hipóteses em que o cônjuge sobrevivente concorrer com os demais herdeiros à parcela que supera a sua meação, a decisão do Tribunal de Contas poderá atingir a parcela excedente.

Foi visto também que o falecimento do prefeito pode ter consequências diferentes nas suas contas de governo e de gestão. As primeiras tratam da conduta do prefeito nas funções de planejamento, direção e controle das políticas públicas, e são submetidas a parecer prévio do Tribunal de Contas, e posterior julgamento pelo Poder Legislativo. Nesse caso, eventual reprovação das contas do prefeito falecido, na prática, não trará maiores consequências para os sucessores do falecido, além do inevitável abalo moral na imagem do *de cujus*. Por sua vez, as contas de gestão são aquelas em que o prefeito age na condição de ordenador da despesa, e cujo julgamento é feito unicamente pelo Tribunal de Contas. Nessa hipótese, se forem constatados danos causados ao erário, estes serão transmitidos para os sucessores do prefeito falecido, na medida das forças da herança. Todavia, eventuais multas aplicadas ao falecido, devido à natureza personalíssima, terão de ser canceladas.

O falecimento do prefeito também trará alterações no encaminhamento das citações por parte do Tribunal de Contas, pois, antes da abertura do inventário, estas deverão seguir para o administrador provisório (artigo 1.797, CC). Após a nomeação do inventariante, as citações deverão seguir para o escolhido pelo juiz (artigo 990, CPC). Realizada a partilha, o Tribunal deverá citar os herdeiros, que responderão pelos danos causados pelo falecido, na proporção do quinhão conferido a cada um deles.

Contudo, nos casos em que o inventário for extrajudicial, por tabelião, as citações do Tribunal de Contas deverão ser encaminhadas diretamente aos contemplados com o patrimônio do falecido, fato que conduz a necessidade de o Tribunal requerer que seja apresentada, juntamente com o endereço pessoal do prefeito, a relação dos seus sucessores, cujo endereço se manter atualizado, sob pena de revelia, até o julgamento final das suas contas do gestor.

Outrossim, ficou comprovado que declarações trazidas aos autos por parte dos sucessores de que o ex-prefeito não deixou bens a inventariar não terão o condão de paralisar o processo de contas, haja vista o entendimento de que a inexistência de inventário não constitui obstáculo ao julgamento das contas, pois a investigação da real situação patrimonial do responsável falecido deverá ser realizada pelo órgão encarregado da execução dos acórdãos condenatórios

Tratou-se acerca da solidariedade no âmbito dos Tribunais de Contas, que impõe a responsabilização de terceiros envolvidos com crimes praticados em conluio com o falecido, sejam eles integrantes da Administração, prestadores de serviço ou sócios de pessoas jurídicas contratadas, os quais responderão nas esferas criminal, civil e administrativa.

Constatou-se, ademais, que a demora na atuação dos Tribunais de Contas, em alguns casos, pode vir a tornar as contas iliquidáveis, com consequente necessidade de arquivamento do processo, sem julgamento do mérito, em face da ofensa ao princípio da ampla defesa. Assim, ficou claro que o decurso do tempo na atuação do Tribunal impõe prejuízos à defesa dos sucessores do falecido, haja vista que documentos públicos podem ser extraviados, testemunhas não mais estarem disponíveis, além da inevitável destruição da materialidade das provas da realização das despesas públicas.

Por fim, é importante assinalar que o desenvolvimento deste trabalho procurou demonstrar

que no direito não há paradigmas absolutos, pois se trata de ciência dinâmica que evolui conforme os valores estabelecidos pela sociedade contemporânea. Assim, não obstante os Tribunais de Contas devam buscar condições que possibilitem o ressarcimento dos danos causados ao erário, isso não pode ser feito, de modo algum, sem respeitar princípios processuais que garantam reais condições de contraditório e ampla defesa, fato que desafia a processualística do próprio Tribunal, que necessita de constante evolução para, cada vez mais, cumprir o seu mister constitucional de órgão fiscalizador das contas públicas.

REFERÊNCIAS

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*, volume I, 17 ed. Rio de Janeiro: Lumen ***Juris***, 2008.

————, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*, volume II, 15 ed. Rio de Janeiro: Lumen ***Juris***, 2008.

CASTILHOS, Erich Bernart. *Direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento.* São Paulo: Saraiva, 2007.

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

CAVALCANTI, Augusto Sherman. *O processo de contas no TCU: o caso do gestor falecido. Revista do Tribunal Contas da União.* Brasília, v. 30, n. 81, jul/set 1999.

DALLARI, Adilson Abreu. *Observância do devido processo legal pelo tribunal de contas. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, Belo horizonte.* Edição nº 03 de 2004 - Ano XXII. Disponível em: < http://www.tce.mg.gov.br> Acesso em: 15 fev. 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 18 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Direito Processual Civil: Tutela jurisdicional individual e coletiva*, volume I, 5 ed. Salvador: JusPODIVM, 2005.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, 17 ed. São Paulo: LTr, 2008.

FAJARDO, Cláudio Marcelo Spalla. *Súmula Vinculante nº 03 do STF: uma abordagem crítica sobre as garantias da ampla defesa e do contraditório nos processos perante o Tribunal de Contas. Revista do Tribunal de Contas da União*, Brasília, ano 40, número 112, maio/agosto de 2008.

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

————, Jorge Ulisses Jacoby. *Princípio da ampla defesa e do contraditório: uma visão prática. Revista do Tribunal de Contas do Distrito Federal*, Brasília, v. 29. Disponível em: < http://www.tc.df.gov.br > Acesso em: 15 fev. 2009.

FURTADO, José de Ribamar Caldas. *Os regimes de contas públicas: contas de governo e contas de gestão. Revista do Tribunal de Contas da União*, Brasília, ano 38, n. 109, p. 61/89, maio/agosto 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Parte Geral.* Volume 01. 2º edição. São Paulo: Saraiva, 2007.

————, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral das Obrigações.* Volume 02. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

————, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito de Família.* Volume 06. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

————, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões*. Volume 07. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini et alii. *Teoria Geral do Processo*. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GUERRA, Gustavo Rabay. *Direito Processual Constitucional*. Recife: Nossa livraria, 2005.

MILESKI, Helio Saul. *O controle da gestão pública.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo Brasileiro*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro.* 18 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*, 7 ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais,* 2007.

PASCOAL, Valdecir. Direito financeiro e Controle Externo: teoria e jurisprudência. 4 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

ROSAS, Roberto. *Direito Processual Constitucional: princípios constitucionais do processo civil.* 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

TÁVORA, Nestor e Rosmar Rodrigues Alencar. C*urso de Direito Processual Penal,* 3 ed. Salvador: Jus PODIVM, 2009.

VELOSO, Alexandre Cardoso. Multa aplicada pelo Tribunal de Contas da União a gestor de recursos públicos falecido ou que venha a falecer depois da aplicação da punição (considerações sobre o princípio da pessoalidade, previsto no artigo 5º, inciso XLV, da Constituição Federal. *Revista do Tribunal Contas da União*. Brasília, ano 38, n. 108, jan/abril 2007.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br > Acesso em: 25 fev. 2009.

————————. Constituição do Estado da Paraíba. Promulgada em 05 de outubro de 1989. Atualizada e acompanhada dos textos integrais das Emendas Constitucionais n°s. 1 a 26, bem como dos dispositivos e expressões suspensos por medida cautelar e os declarados definitivamente inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. Disponível em: http:// www.al.pb.gov.br> Acesso em: 25 fev. 2009.

————————. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br >. Acesso em 10 de dezembro de 2009.

————————. Lei nº 8.429, de 02 de Junho de 1992. 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. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br >. Acesso em 10 de dezembro de 2009.

————————. Lei nº 8.443, de 16 de Julho de 1992. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br >. Acesso em 10 de dezembro de 2009.

————————. Lei Complementar Estadual nº 93, de 13 de julho de 1993. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado da Paraíba. Disponível em: < http://www.tce.pb.gov.br >. Acesso em 10 de dezembro de 2009.

————————. Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990. Estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br >. Acesso em 13 de dezembro de 2009.

————————. Resolução nº 155, de 04 de dezembro de 2002. Aprova o Regimento Interno do Tribunal de Contas da União. Disponível em: < http://www.tcu.gov.br >. Acesso em 10 de dezembro de 2009.

————————. Resolução Administrativa RA TC Nº 02/2004, João Pessoa, 20 de maio de 2004. Aprova o Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado da Paraíba e dá outras providências. Disponível em: < http://www.tce.pb.gov.br >. Acesso em 10 de dezembro de 2009.

————————. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral Nº 29.535/PB. Relator: Ministro Marcelo Ribeiro. Informativo TSE – Ano X – Nº 29 Brasília, 22 a 28 de setembro de 2008. Disponível em: <http://www.tse.gov.br >. Acesso em: 29 de novembro de 2009.

FRANÇA. Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. De 26 de agosto de 1789. Disponível em: < http://www.direitoshumanos.usp.br>. Acesso em: 20 de dezembro de 2009.

————————. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. AC 2200 REF-MC/MT. Relator: Cármen Lúcia. Brasília, 02 de fevereiro de 2009. DJ 27-02-2009.

————————. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. RMS 7005/BA. Relator: Ari Pargendler. Brasília, 23 de setembro de 1997. DJ 15/12/1997 p. 66351.

————————. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. RMS 10988/SP. Relator: José Delgado. Brasília, 17 de agosto de 2000. DJ de 16/10/2000 p.160.

————————. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. RMS 11060/GO. Relator: Laurita Vaz. Relator p/ Acórdão: Paulo Medina. Brasília, 25 de junho de 2002. DJ 16/09/2002 p. 159.

————————. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. REsp 872287/BA. Relator: Teori Albino Zavascki. Brasília, 03 de outubro de 2006. DJ 15/03/2007 p. 286.

————————. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. AgRg no AgRg no Ag 594642/MG. Relator: Humberto Gomes De Barros. Brasília, 21 de fevereiro de 2006. DJ 08/05/2006 p. 197.

————————. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. RMS 21929/SP. Relator: Luiz Fux. Brasília, 16 de dezembro de 2008. DJ 16/12/2008.

————————. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. REsp 1067561/AM. Relator: Eliana Calmon. Brasília, 05 de fevereiro de 2009. DJe 27/02/2009.

————————. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. REsp 647229/ MG. Relator: Aldir Passarinho Junior. Brasília, 01 de dezembro de 2009. DJ 18/12/2009.

————————. Tribunal de Contas da União. Acórdão 21/2001 - Plenário. Relator: José Antonio B. de Macedo, 21 de fevereiro de 2008. DOU de 09/03/2001.

————————. Tribunal de Contas da União. Acórdão 188/2002 - Plenário. Relator: Iram Saraiva. Brasília, 15 de maio de 2002. DOU de 24/05/2002.

————————. Tribunal de Contas da União. Acórdão 56/2004 - Plenário. Pedido de Reexame (em Relatório de Auditoria). Acórdão 56/2004. Relator: Augusto Sherman Cavalcanti. Brasília, 04 de fevereiro de 2004. DOU de 12/02/2004.

————————. Tribunal de Contas da União. Acórdão 314/2004 - Primeira Câmara. Relator: Guilherme Palmeira. Brasília, 02 de março de 2004. DOU de 11/03/2004.

————————. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1891/2004 - Primeira Câmara. Relator: Augusto Sherman Cavalcanti. Brasília, 03 de agosto de 2004. DOU de 12/08/2004.

————————. Tribunal de Contas da União. Acórdão 920/2005 - Primeira Câmara. Relator: Guilherme Palmeira. Brasília, 17 de maio de 2005. DOU de 30/05/2005.

————————. Tribunal de Contas da União. Tomada de Contas Especial. Acórdão 209/2007 - Segunda Câmara. Relator: Aroldo Cedraz. Brasília, 27 de fevereiro de 2007. DOU de 02/03/2007.

————————. Tribunal de Contas da União. 1927/2007 - Segunda Câmara. Relator Aroldo Cedraz, 17 de setembro de 2007. DOU de 19/07/2007.

————————. Tribunal de Contas da União. Acórdão 2911/2008 - Segunda Câmara. Relator: Ubiratan Aguiar. Brasília, 12 de agosto de 2008. DOU de 15/08/2008.

————————. Tribunal de Contas da União. Acórdão 182/2010 - Segunda Câmara. Relator: Benjamin Zymler. Brasília, 26 de janeiro de 2010. DOU de 29/01/2010.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO E O CONTROLE SOBRE A GESTÃO PÚBLICA DO MEIO AMBIENTE UMA ABORDAGEM SOBRE A AUDITORIA AMBIENTAL DE NATUREZA OPERACIONAL

Ana Celecina Lucena da Costa
Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa.

RESUMO: *Este artigo objetiva apresentar o novel modo de controle externo, exercido pelo Tribunal de Contas da União no âmbito da gestão pública do meio ambiente, denominada auditoria ambiental de natureza operacional. A questão central encontra-se na necessidade de proteção do meio ambiente, de forma que ele continue sadio e ecologicamente equilibrado, essencial à tutela da vida, da saúde, da dignidade da pessoa humana, entre outros direitos, que devem ser assegurados às presentes e futuras gerações. É pertinente a constatação de que o referido instrumento constitui modo eficaz para análise da gestão pública, nos aspectos da eficiência, eficácia, economicidade e efetividade, por oportunizar aos administradores públicos e/ou privados a consultoria, e as consequentes recomendações daquele Órgão de Controle Central, tendentes a proporcionar mudanças efetivas para a gerência dos recursos públicos, incluindo-se aí os naturais. O estudo da auditoria ambiental de natureza operacional constitui aprofundamento para os profissionais atuantes na área, propondo-se também a informar a sociedade como um todo.*

PALAVRAS-CHAVE: *Tribunal de Contas da União. Meio Ambiente. Gestão Pública. Auditoria.*

SUMÁRIO: *Introdução - 1. Tribunal de Contas da União; 1.1. Origem; 1.2. Natureza Jurídica; 1.3. Estrutura e organização institucional; 1.4. Funções; 2. Gestão Pública do Meio Ambiente; 2.1. Definição de meio ambiente; 2.2. Princípios do direito ambiental aplicáveis à gestão pública; 2.3. Definição de gestão pública; 2.4. Gestão Pública do Meio Ambiente; 3. Auditoria ambiental de natureza operacional; 3.1. Delineamentos iniciais; 3.2. Finalidades; 3.3. Formas de realização; 4. Conclusões; Referências.*

INTRODUÇÃO

Este artigo versa sobre o delineamento técnico e jurídico da auditoria ambiental de natureza operacional, no âmbito do Tribunal de Contas da União, como forma de controle externo exercido sobre a gestão pública do meio ambiente.

Fixado o tema, uma questão se apresenta: como a auditoria ambiental de natureza operacional constitui modo eficaz para tutela do meio ambiente na gestão pública? Considerando os

problemas ambientais verificados ao longo dos anos, e de como é essencial à vida do Planeta que se preserve e proteja o meio ambiente, faz-se premente a delineação daquela, utilizada recentemente pelo Tribunal de Contas da União, nas gestões públicas que envolvem recursos, atividades e/ou insumos que potencial ou efetivamente causem danos ao meio ambiente, desenvolvendo administradores capacitados e promovendo transformação social.

Tal auditoria serve de norte aos gestores públicos, especificamente quanto à forma de atuar na administração do meio ambiente, permitindo que aqueles conheçam as melhores maneiras de proteger a coletividade e o direito desta à vida, à saúde, entre outras, pela prévia defesa deste importante patrimônio público, qual seja, o meio ambiente.

Ademais, proporciona o embasamento teórico buscado pelos interessados, atuantes ou não neste campo.

O presente artigo está estruturado da seguinte maneira: a primeira seção inicia-se com uma análise do Tribunal de Contas da União, especialmente quanto a sua origem, natureza jurídica, organização e funções; o a segunda seção aborda a gestão pública do meio ambiente, versando acerca de sua conceituação, separada e conjuntamente, bem como os princípios aplicáveis a ela; na última seção, adentra-se ao tema central do presente trabalho, expondo a conceituação, as finalidades e os procedimentos da auditoria ambiental de natureza operacional, realizada pelo Tribunal de Contas da União, demonstrando, inclusive, a sua aplicação prática na orientação e punição dos gestores públicos.

1. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

1.1 ORIGEM

O primeiro órgão responsável pela análise das receitas e das despesas do Reino foi o Erário Régio, cuja implantação ocorreu em 22 de dezembro de 1761. Contudo, diversamente da formação atual do Tribunal de Contas da União (TCU), aquele não tinha autonomia funcional.[1]

Já a nomenclatura "Tribunal de Contas" teve seu nascedouro em 1849, em virtude da extinção do Conselho Fiscal de Contas.[2]

As tentativas para implantar o TCU iniciaram-se desde 1826, perdurando até 07 de novembro de 1890, quando foi publicado o Decreto n.º 966-A, de autoria do então Ministro da Fazenda, Rui Barbosa, criando formalmente aquele órgão. Todavia, sua instalação só ocorreu em 17 de janeiro de 1893, através do Decreto n.º 1166.

Desde então, vem crescendo em importância, pelo aperfeiçoamento de suas funções, deixando de executar análises superficiais, para aprofundar o exame dos processos de sua competência, abordando os aspectos de legitimidade, eficiência, entre outros, além de dedicar-se, também, as chamadas fiscalizações operacionais e patrimoniais, acrescentadas pela Constituição Federal as já existentes fiscalizações contábil, financeira e orçamentária, com caráter mais formal.

1.2 ESTRUTURA E ORGANIZAÇÃO INSTITUCIONAL

A estrutura e a organização do TCU, sediado no Distrito Federal e com jurisdição em todo o País, encontra-se, predominantemente, nos arts. 73, 127 e 130 da Lei Maior[3], nos seguintes moldes:

a) Plenário e Câmaras: órgãos colegiados, não podendo seus integrantes, que são os Ministros e Ministros-substitutos, julgar isoladamente.

---

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

2 Passim.

3 BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm>. Acesso em: 10 mai. 2010.

Seus membros possuem todas as garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Antes de serem escolhidos para integrar esse órgão, eles devem preencher condições indispensáveis, como terem mais de trinta e cinco anos de idade, possuir idoneidade moral e reputação ilibada, além de notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos e financeiros ou de administração pública, mostrando, para tanto, ter experiência comprovada (na seara pública e/ou privada) de mais de dez anos, em qualquer das áreas mencionadas.

Ademais, são escolhidos do seguinte modo: dois terços pelo Congresso Nacional, e um terço pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal, sendo que dois deles alternadamente dentre auditores e membros do Ministério Público junto ao TCU, indicados em lista tríplice por este, segundo os critérios de antiguidade e merecimento.

Vale salientar, por fim, que nas licenças, férias, impedimentos e/ou suspeições dos Ministros do TCU, em sessão plenária ou nas câmaras, os substituirão os auditores, em número de no máximo três, recrutados por concurso público de provas e títulos.

b) Ministério Público junto ao TCU: chamado de *Parquet* Especial, tem sempre um procurador-geral, três sub-procuradores e quatro procuradores.

O ingresso na carreira inicial, qual seja, procurador, se dará por prévia aprovação em concurso público de provas e títulos, de profissionais com mais de três anos de atividade jurídica e titulação de bacharel em direito, assegurando-se a participação da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) durante todo o processo seletivo.

Os seus membros têm os mesmos direitos, garantias, vedações, impedimentos e forma de investidura dos membros do Ministério Público Comum.

A presença de um representante do *Parquet* é essencial nos julgamentos colegiados, embora não tenha poder decisório, incumbindo-se da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, que porventura sejam afetados.

c) Secretarias técnicas, que abrangem determinado conteúdo (licitação, prestação de contas, entre outros): são conhecidas como Auditorias.

d) Setor de apóio técnico-administrativo (Secretaria): faz parte desta o setor de protocolo, as secretarias das câmaras e do plenário, entre outras.

No caso dos itens c e d, a sua existência é decorrente da autonomia funcional do Tribunal de Contas da União, pois possui quadro próprio de pessoal, adentrando neles por concurso público de provas ou de provas e títulos.

e) Instituto Serzedello Côrrea: especializa os servidores integrantes do TCU, capacitando-os para um melhor desempenho de suas atribuições.

1.3 FUNÇÕES

A Carta Magna traz rol taxativo das competências do Tribunal de Contas da União, nos arts. 71 e 74, §§ 1.º e 2.º.[4]

A doutrina não é unânime quanto ao enquadramento das funções constitucionais atribuídas ao TCU. Por isso, utilizaremos a classificação de Valdeci Pascoal, por ser a mais completa. Contudo, permitimo-nos, com as devidas vênias, implementar pontos de vista de outros autores, bem como do nosso posicionamento, visando facilitar o presente estudo.

São elas:

a) Função consultiva: art. 71, inc. I da CRFB.

Consiste, basicamente, na elaboração de pareceres prévios sobre as contas do Presidente da República, dos Chefes dos Poderes Legislativo e Judiciário e do Ministério Público, a fim de subsidiar seu julgamento pelo Congresso Nacional. Engloba, também, resposta a consultas feitas por determinadas autoridades sobre dúvidas em assuntos de competência do Tribunal, bem como resposta a consultas específicas da Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscaliza-

4 Loc. cit.

ção do Congresso Nacional sobre a legalidade de despesas.[5]

O Parecer Prévio, elaborado em até sessenta dias, a contar do seu recebimento pelo TCU, traduz uma melhor análise das contas anuais do Chefe do Poder Executivo, posto ser técnico e especializado. Inobstante essa qualificação, não vincula as decisões políticas do Congresso Nacional.

A disciplina das consultas feitas pelas autoridades interessadas, acerca das matérias afetas ao TCU, está disciplinada na Lei Orgânica deste.

b) Função judicante ou de julgamento: art. 71, inc. II da CRFB.

Conforme mencionado acima, o TCU só exara Parecer Prévio sobre as contas anuais do Chefe do Poder Executivo, mas a atribuição de julgar as contas abrange os demais administradores e responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos (da Administração direta e/ou indireta federal). Esta função é muito abrangente, pois não deixa escapar aqueles que causem algum prejuízo ao Erário Público Federal, seja pela perda, extravio ou outra irregularidade/ilegalidade.Todos os processos de competência do Tribunal de Contas da União são de cunho administrativo, mas possuem todas as garantias do direito processual comum, quais sejam, contraditório e ampla defesa, recursos, produção de provas e contraprovas (através de encarte e/ou solicitação), atendimento de prazos processuais e motivação das decisões exaradas, razão pela qual os seus Acórdãos têm caráter de coisa julgada administrativa formal.

c) Função fiscalizadora: art. 71, incs. III ao VI da CRFB.

No caso vertente, necessária a aferição apartada de cada dispositivo.

O inciso III diz respeito à apreciação, para fins de registro, da legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, seja temporário e/ou efetivo, exceto no caso das funções comissionadas, em virtude da exigência da realização de concurso público ou seleção pública para contratação de pessoal para preenchimento de cargos federais vagos, no âmbito de todos os Poderes.

Todos esses atos, quando denegados pela Corte de Contas da União, não obtém registro por parte desta, razão pela qual devem os servidores efetivos e/ou provisórios serem exonerados, revertidos (no caso de aposentadoria), ou não receberem pensão (no caso dos dependentes).

No que tange ao inc. IV, encontramos uma fiscalização mais específica, onde o Tribunal de Contas da União pode inspecionar ou auditar todos os Poderes, quanto à natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e/ou patrimonial, por iniciativa própria ou pelo requerimento da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e/ou de Comissão técnica ou de inquérito.

Dentro dessas inspeções ou auditorias, podemos avaliar, concomitantemente ou não, os aspectos da legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas.

Finalmente, relativamente aos incisos V e VI, aqui analisados conjuntamente, comprovado está o poder fiscalizador que o TCU possui, tanto nas análises de contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, direta ou indiretamente, como no exame da aplicação de quaisquer recursos repassados por ela mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, aos Estados, Distrito Federal ou Municípios.

Percebe-se aqui uma fiscalização de cunho mais amplo, seja em função da pessoa (primeiro caso) ou em função da matéria (segundo caso).

d)Função informativa: art. 71, inc. VII da CRFB.

As vertentes desta competência, constantes na Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União (LOTCU), são resumidamente citadas por Valmir Campelo, nestes termos:

> *É desempenhada principalmente mediante três atividades: envio ao Congresso Nacional de informações sobre fiscalizações realizadas, expedição dos diversos alertas previstos na Lei de Responsabilidade Fiscal e manutenção de página na Internet com dados sobre contas públicas das esferas de governo federal, estadual e municipal.*[6]

---

5 CAMPELO, Valmir. O Tribunal de Contas no ordenamento jurídico brasileiro. ***In:*** *O novo Tribunal de Contas: órgão protetor dos direitos fundamentais. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 136-137.*

6 Ibid., p. 137.

Vê-se, pois, como o Tribunal de Contas da União bem utiliza os princípios da transparência, probidade, informação e publicidade.

e) Função coercitiva, repressiva ou sancionatória: art. 71, inc. VIII e § 3.º da CRFB.

Capacidade de o Tribunal de Contas da União sancionar o administrador público por irregularidades ou ilegalidades, causadoras de danos (desvio de verbas públicas ou má administração dos recursos financeiros) ou não ao erário público (burla dos princípios da Administração Pública, como o da publicidade, moralidade, eficiência, dentre outros), através de multas proporcionais ao prejuízo causado ao erário, além de outras, de índole não pecuniária, como afastamento do cargo, entre outras, fixadas nos exatos limites de normas emitidas por aquele.

f) Função corretiva: art. 71, incs. IX e X, e §§ 1.º e 2.º da CRFB.

Quando da análise de qualquer dos processos de sua competência, o Órgão de Controle assina prazo peremptório à autoridade examinada, para esta contornar a tempo as situações ilegais e/ou irregulares.

Caso não atendido em seu requerimento, o Tribunal susta o referido ato impugnado, comunicando tal fato à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal.

Especificamente nos casos dos contratos administrativos é que a sustação se dará pelo Congresso Nacional, solicitando imediatamente ao Poder Executivo as medidas cabíveis ao saneamento do contrato inexato com a lei ou irregular.

O Tribunal de Contas da União só decidirá a respeito dos contratos administrativos no caso em que ambos os Órgãos mencionados no parágrafo anterior não tomarem as respectivas providências, no prazo de noventa dias.

Se não forem atendidos ou não puderem ser sanadas as irregularidades e/ou ilegalidades encontradas, imputar-se-á débito e/ou multa.

g) Função representativa: art. 71, inc. XI da CRFB.

O Tribunal de Contas da União é competente para representar aos órgãos competentes, encaminhando para tanto documentos e processos suficientes para verificação de responsabilização em outras esferas que não são de sua competência.

Assim, inobstante não ser competente para analisar as searas eleitoral, trabalhista, previdenciária, penal e cível, o TCU protege a coletividade e defende as condutas administrativas probas, e por isso pode representar perante os órgãos competentes, atuando, também, como se violado nos seus direitos fosse.

h) Função de ouvidoria: art. 74, §§ 1.º e 2.º da CRFB.

Observe-se o que a respeito explana Valdecir Pascoal:

> *Trata-se, com efeito de uma das competências mais nobres do Tribunal de Contas, em manifesta sintonia como o sistema democrático e com a cidadania. Afinal, é a população quem mais possui legitimidade para solicitar a apuração de fatos que lhes pareçam suspeitos ou irregulares, uma vez que os recursos geridos pelos administradores pertencem a ela.*[7]

Essa função é muito abrangente porque, cabe aos partidos políticos, às associações e/ou aos sindicatos denunciarem qualquer irregularidade e/ou ilegalidade, quando tomarem conhecimento de fatos suspeitos, como também aos cidadãos, seja externa, como instrumento da cidadania, ou internamente, no caso dos próprios servidores públicos, utilizando aquele meio, para preservação dos ditames éticos e legais dentro de um órgão público, pela comunicação de qualquer ilegalidade e/ou irregularidade, sob pena de responder solidariamente por omissão.

i) Função normativa: não está contida no corpo da Constituição, e sim na LOTCU, atribuindo

7 PASCOAL, Valdeci Fernandes. A intervenção do estado no município: o papel do Tribunal de Contas. Recife: Nossa Livraria, 2000, p.149.

ao TCU o poder regulamentar, através das resoluções, instruções normativas, entre outras, bem como pela uniformização da jurisprudência nas matérias afetas a sua competência, perfazendo uma rede mandamental de cunho obrigatório para os gestores públicos, sob pena de incorrerem nas mais variadas responsabilidades.[8]

Logo, o fato de não estar fundamentada na Constituição Republicana não torna a função normativa menos importante, porque ela é fundamental para a orientação dos seus jurisdicionados, bem como dos administradores públicos.

Diante do fato de ser detentor de complexo e variado rol de funções, o Tribunal de Contas da União tornar-se-ia um forte aliado no efetivo socorro do meio ambiente.

E desde 1988, por expresso permissivo constitucional, presente no art. 225, aquele Órgão de Controle pode atuar na defesa do meio ambiente.

A atuação nessa área está mais intimamente ligada às funções de ouvidoria, fiscalização e julgamento, acima referidas.

No entanto, abordaremos somente a tutela ao meio ambiente iniciada em 1995, pela implantação e desenvolvimento da auditoria ambiental de natureza operacional, objeto desta monografia.

Para tanto, devemos entender primeiramente o objeto deste procedimento auditorial, qual seja, a gestão pública do meio ambiente, exposto no próximo capítulo.

2. GESTÃO PÚBLICA DO MEIO AMBIENTE

2.1 DEFINIÇÃO DE MEIO AMBIENTE

Dentre os doutrinadores, José Afonso da Silva conceitua meio ambiente da seguinte forma:

> *O ambiente integra-se, realmente, de um conjunto de elementos naturais e culturais, cuja interação constitui e condiciona o meio em que se vive. Daí porque a expressão "meio ambiente" se manifesta mais rica de sentido (como conexão de valores) do que a simples palavra "ambiente". Esta exprime o conjunto de elementos; aquela expressa o resultado da interação desses elementos. O conceito de meio ambiente há de ser, pois, globalizante, abrangente de toda Natureza original e artificial, bem como os bens culturais correlatos, compreendendo, portanto, o solo, a água, o ar, a flora, as belezas naturais, o patrimônio histórico, artístico, turístico, paisagístico e arqueológico.*[9]

Já a Lei n.º 6938/1981[10], especificamente no art. 3.º, inc. I, o determina como "o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas".

Recepcionando aquela legislação, exsurge a Constituição Federal, com uma concepção diferenciada, notadamente no art. 225, *caput*[11], mas não excludente da constante na lei acima referida, afirmando que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é direito de todos, pois é "bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida".

O aspecto do meio ambiente abordado pela Constituição é resumido por Paulo Affonso Leme Machado, sendo considerado "um patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo". [12]

---

8 ABREU, Geraldo Márcio Rocha de. O princípio da precaução e o controle externo pelo Tribunal de Contas da União em matéria ambiental. Disponível em: <http://www.neoreader.com.br/item/view/125917/>. Acesso em: 15 abr. 2010.

9 SILVA, José Afonso da. Direito ambiental constitucional. 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 20.

10 BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Lei n.° 6938/81. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm>. Acesso: 10 mai. 2010.

11 Op. cit., nota 3.

12 MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito ambiental brasileiro. 12. ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 140.

Por isso mesmo, a Constituição introduz na conceituação de meio ambiente uma visão nitidamente antropocêntrica, ou seja, volta-se para o homem, no sentido de que este, quando da sua interação com o meio (natural, artificial, cultural e do trabalho), deve usufruí-lo, proporcionando, para tanto, o cuidado necessário desses recursos destinados a sua sobrevivência, bem como de todo o planeta.

Conjugando os conceitos supramencionados, conclui-se que o meio ambiente pode ser conceituado como a necessária relação do meio e os seres vivos envolvidos, especialmente com o homem, essencial à constituição e à continuidade da vida, para a atualidade e a posteridade.

2.2 PRINCÍPIOS DO DIREITO AMBIENTAL APLICÁVEIS À GESTÃO PÚBLICA

A priori faz-se necessário entender o conteúdo e a importância dos princípios para a formação dos ramos e áreas jurídicas em geral.

Assim, os princípios são tidos como fundamento, base empírica para as regras existentes em determinada seara.

Ademais, por se adequar a vários fatos, de maneiras variadas, servem para interpretar e limitar as normas, bem como preencher lacunas.

Neste sentido, cabe enaltecer alguns princípios do direito ambiental, aplicáveis ao estudo da gestão pública do meio ambiente, a cargo do TCU.

O princípio do ambiente ecologicamente equilibrado, tutelado no *caput* do art. 225[13], anteriormente mencionado para conceituar o meio ambiente, tem como ideia central a proteção das gerações atuais e vindouras, pelo uso racional e adequado do meio ambiente, de forma que a coletividade possa usá-la com qualidade para suas vidas, de modo contínuo.

Corroborando com o exposto, encontramos os arts. 2.º, *caput* e 4.º, inc. VI da Lei n.º 6938/81, dispondo que a busca pela preservação e restauração do meio ambiente e dos recursos a ele inerentes proporcionam condições de uso racional e permanente pela sociedade, fazendo-a desenvolver sócio-economicamente, criando meios propícios e equilibrados à continuação da vida no planeta.[14]

Por isso, não há dúvida, constitui o princípio analisado essencial a todo o ordenamento jurídico ambiental, ostentando, segundo Édis Milaré, "o *status* de verdadeira cláusula pétrea"[15], pois, conforme o disposto no inc. IV, § 4.º, do art. 60[16] da Constituição, não se pode abolir desta qualquer direito e/ou garantia individual, também instituída como direito fundamental.

Os princípios da prevenção e da precaução estão intrinsecamente ligados, em função do perigo ou risco que tutelam, só diferenciando sua abrangência.

Édis Milaré acertadamente delineia o princípio da prevenção, afirmando que ele ocorre "quando o perigo é certo e quando se tem elementos seguros para afirmar que uma determinada atividade é efetivamente perigosa".[17]

Visando ampliar a tônica da prevenção, o princípio da precaução foi instituído para os casos em que a comunidade científica não guarda certeza das consequências que certos atos, insumos e/ou atividades irão causar ao meio ambiente.

Por isso, pela dificuldade de recuperação da qualidade e diversidade de um ambiente degradado, a repressão não é o modo mais adequado de atuação para fins de proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, e sim a prevenção.

O princípio da educação ambiental surgiu como preceito e instrumento capaz de proporcionar conhecimento à coletividade, orientando acerca da degradação ambiental existente, e conduzindo para instrução e mudança social.

---

13 Op. cit., nota 3.

14 Op. cit., nota 10.

15 MILARÉ, Édis. Direito do ambiente: doutrina. jurisprudência. glossário – a gestão ambiental em foco. 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 763.

16 Op. cit., nota 3.

17 MILARÉ, Édis. op. cit., p. 766, nota 15.

Seu conceito e abrangência encontram-se textualizados nos arts. 225, § 1.º, inc. VI, da Carta Republicana, e 1.° e 2.° da Lei Federal n.° 9795\1999, que dispõe sobre a educação ambiental, instituindo a sua política, nestes termos:

> *Art. 225. Omissis*
> *§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:*
> *[...] omissis;*
> *VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;*[18]
>
> *Art. 1o Entendem-se por educação ambiental os processos por meio dos quais o indivíduo e a coletividade constroem valores sociais, conhecimentos, habilidades, atitudes e competências voltadas para a conservação do meio ambiente, bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida e sua sustentabilidade.*
> *Art. 2o A educação ambiental é um componente essencial e permanente da educação nacional, devendo estar presente, de forma articulada, em todos os níveis e modalidades do processo educativo, em caráter formal e não-formal.*[19]

O duplo aspecto da educação ambiental, quais sejam, formal e não-formal, está delineado na legislação infraconstitucional supra mencionada. A formal abrange desde a educação básica até o ensino superior, sem excluir a educação especial, profissionalizante e a de jovens e adultos, em todas as instituições. Já a educação informal adota políticas para instrução da coletividade, nos meios rural e urbano, através de diversas medidas, a exemplo de congressos, palestras, apresentações nas praças, divulgação de informações e pesquisas na *internet*, e hodiernamente, o estímulo ao ecoturismo, como forma de perpetuar as belezas e particularidades de cada local e, consequentemente, mundial.

A Constituição nos remete a uma variedade de dispositivos que asseguram os princípios da publicidade e da informação, no âmbito da Administração Pública. Entre eles encontram-se os arts. 5.º, incs. XIV e XXXIII, e 37, *caput*[20].

Conjuntamente com eles, o inc. IV do § 1.º do art. 225 da Constituição Federal obriga a publicidade dos estudos de impacto ambiental por ocasião da realização de obras ou atividades que potencialmente tragam degradação ambiental, justamente para prevenir atos ilegais, bem como orientar a sociedade sobre o que será realizado, e em que condições.

Acerca da informação ambiental, Paulo Leme Machado nos esclarece que ela "serve para o processo de educação de cada pessoa e da comunidade. Mas a informação visa, também, a dar chance à pessoa informada de tomar posição ou pronunciar-se sobre a matéria informada"[21].

E, relativamente ao princípio da publicidade, Wellington Pacheco Barros[22] nos ensina que "a Administração torna-se transparente para que a sociedade e os órgãos de controle possam tomar conhecimento de seus atos e impugná-los, se viciados ou em desacordo com a legalidade e a moral administrativa".

Logo, percebe-se a similitude da conceituação de ambos os princípios, no sentido de que a sociedade deve tomar conhecimento dos atos e fatos administrativos existentes, possibilitando, assim, uma reação proporcional ao que foi exarado pela Administração Pública.

O princípio do desenvolvimento sustentável é definido pela Carta Magna, nos arts 170, inc. VI e

---

18 Op. cit., nota 3.

19 BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Lei n.° 9795/99. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9795.htm>. Acesso: 5 mai. 2010.

20 Op. cit., nota 3.

21 MACHADO, Paulo Affonso Leme. op. cit., p. 78 e 80, nota 12.

22 BARROS, Wellington Pacheco. Curso de direito ambiental. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2008, p. 83.

186, inc. II[23], bem como pela Lei n.º 6938/8, especificamente no art. 4.º, incs. I e VI[24].

O sentido deste princípio, exposto em todos os dispositivos, aponta para a equalização do crescimento sócio-econômico com a constante preservação dos recursos naturais, essencial à continuidade da vida.

A Lei n.º 6938/81, especificamente no art. 2.º, inc. I, tutela o princípio da natureza pública da proteção ambiental, onde o Poder Público deve agir através de "ação governamental na manutenção do equilíbrio ecológico, considerando o meio ambiente como um patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo"[25]. (grifo nosso)

Por isso, o meio ambiente, por sua condição de patrimônio público, quando burlado, pode ser defendido pelos meios administrativos e judiciais existentes, a exemplo do mandado de segurança (individual/coletivo), ação popular e ação civil pública, atendendo, nesse sentido, aos princípios de direito administrativo, quais sejam, da primazia do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade do interesse público sobre o privado.

Já o princípio do poluidor-pagador está fundamentado juridicamente no § 3.º do art. 225 da nossa Constituição Republicana[26], bem como no art. 4.º, inc. VII da Lei 6.938/81[27].

Nesta senda, Luiz Guilherme Marinoni nos traz profícua compreensão desses dispositivos, nestes termos:

> *Quando um dano é resultado de atividade não permitida, ou ainda da falta de observância de medida de prevenção ou de precaução, é fácil concluir que aquele que violou a norma deve responder pelo dano. Porém, maior dificuldade existe no caso em que a atividade produziu um dano, ainda que tenha sido permitida ou mesmo que as medidas de prevenção ou precaução tenham sido perfeitamente observadas. Lembre-se que a liberação de uma atividade, ou sua admissão desde que adotadas medidas de prevenção ou precaução, não elimina – nem poderia eliminar - a possibilidade de danos. A questão é saber quem deve arcar com os danos em tais hipóteses. A solução deve ser encontrada no princípio do poluidor-pagador.*
> *Não é possível esquecer que o empresário, ao exercer sua atividade, está se valendo de um recurso ambiental que não é dele, mas sim da coletividade. Assim, cabe a ele pagar pela utilização de tais recursos, seja custeando as medidas de prevenção ou de precaução (pagando para não poluir), seja respondendo pela poluição que a sua atividade produziu (pagando porque poluiu).*[28]

Primeiramente, evidencie-se que o princípio comentado decorre diretamente dos princípios da prevenção e precaução, cabendo ao empresário ou à Administração internalizar os custos e os materiais necessários para prevenir possíveis danos que obras, atividades e/ou insumos podem provocar. Se ocorrer a poluição, deverá tais agentes, agora repressivamente, despender também os recursos indispensáveis à reparação do prejuízo causado.

Por último, cabe salientar que a responsabilização das pessoas (físicas e/ou jurídicas) independe da existência de culpa, abarcando as esferas penal, cível e administrativa, a fim de ampliar o leque de amparo ao meio ambiente.

O princípio do controle do poluidor pelo Poder Público vem demonstrar que este deve exercer o poder de polícia em relação aos seus administrados, públicos e/ou privados, para prevenir e punir,

---

23 Op. cit., nota 3.

24 Op. cit., nota 10.

25 Loc. cit.

26 Op. cit., nota 3.

27 Op. cit., nota 10.

28 MARINONI, Luiz Guilherme. O direito ambiental e as ações inibitória e de remoção do ilícito. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 5 mai. 2010.

através da fiscalização dos atos atentatórios ao meio ambiente, conforme nos mostra o preceptivo constitucional inserto no art. 23, inc. VI, posto competir à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios "proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas"[29].

Além disso, o art. 225, § 1.º, inc. V, da nossa Constituição Republicana[30], nos mostra outra faceta deste princípio, segundo o qual o Poder Público deve se utilizar de todos os instrumentos possíveis para constatação da poluição, prejudiciais à qualidade de vida e ao meio ambiente.

Assim, trata-se aqui de competência material, exercida por todos os entes federativos, e também pelo TCU, tutelando ainda mais o meio ambiente e a sociedade que dele depende.

Os princípios da moralidade e da probidade administrativa estão arrimados nos arts. 5.º, inc. LXXIII, e 37, *caput* e § 4.º da Lei Fundamental[31].

A moralidade administrativa engloba não só uma atuação honesta com vistas à consecução do bem comum, como também à idéia da boa administração.

A probidade, como forma de moralidade, não é observada quando gera má qualidade de uma administração, pela prática de atos que implicam em enriquecimento ilícito do agente ou em prejuízo ao erário ou, ainda, em violação aos princípios que orientam a gestão pública.

Por isso é que o administrador público, na sua atuação, deve não só se pautar pela lei, como também pelos princípios que regem a Administração Pública.

Por fim, o princípio da gestão ambiental será posteriormente esmiuçado, quando da análise da gestão pública do meio ambiente.

2.3 GESTÃO PÚBLICA DO MEIO AMBIENTE

O princípio da gestão ambiental é muito recente, não estando ainda amparado ou conceituado na legislação. Contudo, já se mostra essencial para uma administração consciente dos meios e recursos públicos disponíveis.

Neste particular, Milaré traz uma definição exata de gestão ambiental, debruçando-se, também, sobre outros aspectos constitutivos, nestes termos:

> *É um conjunto de diretrizes, normas e ações destinadas à administração dos recursos naturais, da qualidade ambiental e do meio ambiente como um todo. Tudo isto supõe políticas apropriadas, ações coordenadas e um grande empenho participativo, seja do Poder Público, seja de segmentos organizados da sociedade: são fatores constitutivos da gestão.*[32]

No caso do administrador público, esse dever ainda mais se alteia, porque a gestão pública do meio ambiente se refere aos bens e interesses da coletividade e assume o caráter de *múnus* público, isto é, de um encargo para quem o exerce, exclusivamente para aquela.

E, para que uma gestão ambiental se torne eficiente, necessário que o administrador público observe alguns requisitos básicos, delineados por José Carlos Barbieri, nestes termos:

> *Qualquer proposta de gestão ambiental inclui no mínimo três dimensões, a saber: (1) a dimensão espacial que concerne a área na qual espera-se que as ações de gestão tenham eficácia; (2) a dimensão temática que delimita as questões ambientais às quais as ações se destinam; e (3) a dimensão institucional relativa aos agentes que tomaram as iniciativas de gestão.*[33]

---

29 Op. cit., nota 3.

30 Loc. cit.

31 Ibid.

32 MILARÉ, Édis. op. cit., p. 735, nota 15.

33 BARBIERI, José Carlos. Gestão ambiental empresarial: conceitos, modelos e instrumentos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 26-27.

Seguindo tal modelo, a gestão pode ser implementada de diversas maneiras, como, por exemplo, através de programas e projetos estabelecendo meios protetivos e preventivos ao meio ambiente, para serem utilizados no âmbito interno e externo da Administração Pública (como a informação e a publicidade, bem como a educação ambiental, formal ou informal), além de estímulos e incentivos fiscais para pessoas físicas e jurídicas, que direta ou indiretamente, se utilizem de recursos naturais.

A função de consultoria que o TCU exerce na área da gestão pública do meio ambiente concorre para o aperfeiçoamento desta, especialmente porque indica as melhores práticas de administração sustentável, quando da realização das chamadas auditorias ambientais de natureza operacional, matéria abordada no próximo capítulo.

3. AUDITORIA AMBIENTAL DE NATUREZA OPERACIONAL

3.1 DELINEAMENTOS INICIAIS

Inicialmente, impende realçar a origem do termo "auditoria operacional" e o modo como se implementou no TCU, especialmente na área ambiental.

Dessa forma, Fernandes prolata que o nascedouro daquela expressão ocorreu em 1971, quando da realização do VII Congresso Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores[34], onde a partir de então, a Organização Internacional das Instituições Superiores de Controle das Finanças Públicas (INTOSAI), passou a orientar as Entidades Fiscalizadoras Superiores (EFS), entre as quais se encontra o TCU, através de normas e de métodos procedimentais de auditoria operacional, determinados nos congressos ou seminários internacionais realizados e/ou no âmbito interno da própria instituição.

O aspecto ambiental das auditorias no âmbito do Tribunal de Contas da União é permitido desde 1988, pela Norma Fundamental, conforme o disposto no art. 225, *caput*[35], com caráter operacional ou não, a depender da complexidade do caso.

Por isso, é que ambas as auditorias (operacional e ambiental) foram oportunamente unidas pelo TCU, visando investigar mais profundamente a gestão pública, abordando os enfoques da economicidade, efetividade, eficácia e eficiência.

A auditoria ambiental de natureza operacional ou auditoria operacional sobre o meio ambiente divide-se em: auditoria ambiental de desempenho operacional e avaliação de programa.

Na auditoria de desempenho, delineada pela principal norma orientadora das auditorias realizadas pelo TCU, especialmente na seara ambiental, qual seja, a Portaria n.º 214/2001, de autoria daquele Órgão, devem ser observados:

- o modo como os órgãos e entidades públicas adquirem, protegem e utilizam seus recursos (economicidade e eficiência);
- as causas de práticas antieconômicas e ineficientes;
- o cumprimento das metas previstas (eficácia);
- as causas de eventuais desvios no atingimento das metas previstas;
- a obediência a dispositivos legais aplicáveis aos aspectos da economicidade, eficiência e eficácia da gestão.

Desse modo, o foco da auditoria de desempenho operacional é o processo de gestão nos múltiplos aspectos - planejamento, organização, procedimentos operacionais e acompanhamento gerencial. (grifos do autor)[36]

---

34 FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. op. cit., nota 1.

35 Op. cit., nota 3.

36 BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Portaria n.º 214/01. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/

Constata-se de pronto que os critérios de economicidade, eficácia e eficiência são analisados numa auditoria de desempenho, não bastando averiguar a administração dos recursos existentes (financeiros, ambientais, materiais, físicos, humanos, entre outros), mas também se refletem o melhor gasto e a melhor aplicabilidade.

Já na avaliação de programa é investigado se o fim colimado pelo gestor público, com relação aos programas, atividades e/ou projetos implementados, foi realmente alcançado.

Ressalte-se, porém, que a auditoria ambiental de natureza operacional não analisa somente os aspectos acima mencionados, de cunho mais aprofundado, fiscalizando também se a legislação ambiental, bem como de outras normas, ligadas a esta, estão sendo obedecidas pelos gestores públicos (aspecto formal).

Para a implantação dessa espécie de auditoria operacional, a Corte de Contas da União realizou inúmeros estudos para: capacitar o corpo técnico, aperfeiçoar técnicas e normas a serem aplicadas, bem como delinear as entidades a serem analisadas.

Por isso, desde a implementação do Projeto de Desenvolvimento da Fiscalização Ambiental (PDFA), através da Portaria n° 383, de 5 de agosto de 1998, é que o TCU promove intercâmbio com outros órgãos, nacionais e internacionais, visando habilitar o quadro de pessoal direcionado a essa área, captar métodos e tecnologias para uso e desenvolvimento das auditorias, assim como receber ou fornecer dados requisitados.

Com relação às entidades a serem examinadas, Cláudio Sarian Altounian, conjuntamente com outros autores, declaram que:

> *O campo de atuação do TCU inclui todas as ações de responsabilidade do Governo Federal que estejam relacionadas à proteção e à utilização do meio ambiente – inclusive as decorrentes de repasse de verbas para Estados e Municípios por meio de convênios e outros instrumentos congêneres.*[37]

A partir de 2001, as auditorias ambientais são realizadas pela Secretaria de Fiscalização de Obras e Patrimônio da União (Secob), responsável por coordenar todos os atos atinentes àquelas, externamente falando, pelo relacionamento com outras EFS, ou na seara interna, pela orientação e estímulo às Secretarias de Controle Externo existentes no âmbito do TCU, como a 4.º Secretaria de Controle Externo (4.º Secex), qualificada para analisar a ação governamental dos gestores na esfera do meio ambiente, especialmente nas tomadas e nas prestações de contas, a Secretaria de Fiscalização e Avaliação de Programas de Governo (Seprog), encarregada de todos os procedimentos relacionadas às avaliações dos programas de Governo, e todas as Secretarias do Tribunal de Contas da União, situadas nos Estados-membros.[38]

Por último, no respeitante à forma de exercer as auditorias ambientais de cunho operacional, observe-se o último ponto deste trabalho.

3.2 FINALIDADES

Em face da amplitude da temática abordada, faz-se necessário conhecer as finalidades deste recente procedimento auditorial, para aprofundamento da matéria.

Assim, à luz do propugnado por Luiz Henrique de Moraes Lima[39], as finalidades das auditorias ambientais podem ser expostas, com adaptações nossas, desta maneira:

Docs/judoc/PORTN/20090206/PRT2001-214.doc>. Acesso em: 5 mai. 2010.

37 ALTOUNIAN, Cláudio Sarian et al. O Tribunal de Contas da União e o controle da gestão ambiental. ***In:*** *Revista do TCU. Brasília: TCU, ano 35, n.º 100, abr./jun. 2004, p. 85-86.*

38 Passim.

39 LIMA, Luiz Henrique de Moraes. O TCU e as auditorias ambientais. Disponível em: <http://www.tcm.rj.gov.br/WEB/Site/Noticia_Detalhe.aspx?noticia=1695&detalhada=1&downloads=1&group=MeioAmbiente>. Acesso em: 5 mai. 2010.

Espécie	Descrição
Legais	Verificar o cumprimento da legislação. Ser instrumento de fiscalização interna e externa.
Políticas	Fazer frente a pressões externas. Informar consumidores, funcionários e o público. Subsidiar campanhas institucionais e publicitárias.
Econômicas	Ser elemento para a certificação ambiental de produtos e serviços. Negociar prêmios de seguros e taxas de financiamento. Detectar potenciais de redução/reciclagem de matérias e insumos.
Gerenciais	Aferir políticas, diretrizes e programas ambientais do órgão ou empresa. Adotar equipamentos e processos menos poluentes. Servir para o monitoramento ambiental. Proporcionar treinamento para a gestão ambiental. Melhorar a higiene e a segurança do trabalho. Subsidiar a elaboração de balanços ambientais e demais demonstrativos de contabilidade ambiental.

Cabe destacar, outrossim, que alguns pontos deste rol, meramente exemplificativo, estão diretamente conectados com as atribuições exercidas pelo TCU.

As finalidades legais retratam como o Órgão Central de Controle possui a incumbência de fiscalizar as instituições, públicas e/ou privadas, bem como os programas, projetos e ações que fazem parte destas, servindo, neste sentir, como instrumento hábil tendente a analisar amplamente a gestão, inclusive pela legislação aplicável ao caso.

Como parte essencial da auditoria ambiental, as finalidades políticas surgem para atender aos princípios da publicidade e da informação, podendo e devendo ser do conhecimento da sociedade todas as averiguações e as consequentes correções constatadas, visando à transparência e ao controle social.

Não obstante tenha maior aplicação no setor privado, as finalidades econômicas podem ser perfeitamente empregadas na seara pública, a fim de que sejam implementados os materiais e/ou insumos ecológicos ou econômicos.

Por último, convém enaltecer que, conjuntamente com as finalidades políticas, as de cunho gerencial são de grande relevância para a auditoria ambiental, posto que o Tribunal de Contas da União, quando no exercício desta atribuição, afere os achados auditoriais, encontrando irregularidades ou não, tendo, subsequentemente, um papel opinativo-indicativo, conduzindo o administrador público a implantar modificações no respectivo órgão/entidade, para uma completa efetividade das políticas públicas existentes.

3.3 FORMA DE REALIZAÇÃO

Para realizarmos auditoria ambiental de natureza operacional sobre a gestão pública ou de programas governamentais, o TCU necessita de alguns requisitos, não podendo deixar de estar presente qualquer deles.

Eles são definidos pela Portaria n.º 214/01, como[40]: a) recursos técnicos e materiais: pelo apoio técnico de órgãos das esferas federal, estadual, distrital e municipal, firmando instrumentos de cooperação, bem como a utilização de profissionais especializados (quadro funcional) ou contratação de consultoria, na forma da lei, inclusive na Lei nº 8666/93; b) informações ambientais: disponibilizadas pelo Sistema Nacional de Informações sobre o Meio Ambiente (Sinima),

40 Op. cit., nota 35.

que foi criado pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA) para subsidiar as análises da auditoria; c) legislação ambiental: normas orientadoras da auditoria ambiental, como a Constituição Federal, a Lei 6938/81, a Lei 9795/99, a LOTCU, o Regimento Interno do TCU, bem como as demais normas expedidas por este, de cunho procedimental (resoluções, portarias, instruções normativas, etc), e as normas de outros órgãos atuantes na área de meio ambiente, como o IBAMA, entre outros, e; d) equipe de auditoria: variável, conforme o objeto a ser analisado, devendo seus componentes ter conhecimentos diversificados (multidisciplinar), colaborando uns com os outros para subsidiar uma análise mais detalhada e precisa das auditorias realizadas (interdisciplinar), utilizando-se, necessariamente, dos recursos técnicos e materiais acima explicitados.[41]

Atendidos tais requisitos, a auditoria ambiental de natureza operacional será realizada em três fases, a saber: levantamento, execução e relatório.[42]

O levantamento visa conhecer o órgão ou o programa, objeto da auditoria, dividindo-se em: a) elaboração da análise preliminar do ente auditado: busca saber quem ele é, suas funções e atribuições, os recursos (financeiros, materiais, técnicos e de pessoal) recebidos e as despesas realizadas, focando sua pesquisa nos aspectos ambientais; b) coleta de dados para avaliação do desempenho do ente auditado, captados através questionamentos; c) especificação dos critérios de auditoria: eficácia, economicidade, eficiência e efetividade; d) definição da metodologia a ser adotada; e e) elaboração do relatório.

O item b, respeitante à coleta de dados para avaliação de desempenho, se divide em: I) organização: questiona se o Órgão auditado formula políticas ou normas ambientais a serem observadas, se acompanha o desempenho ambiental e se possui documentação sistemática ou sistema de informações ambientais[43]; II) recursos: questiona se existe alocação de pessoas e equipamentos adequados, inclusive para situações emergenciais, a exemplo do que ocorre com as mudanças climáticas e as decorrentes de acidentes[44]; III) políticas e diretrizes: pergunta acerca da existência ou não de políticas e diretrizes ambientais, sua clareza e abrangência, se são ou não compatíveis com outras políticas, diretrizes, princípios e normas ambientais, como ocorre a sua divulgação, aceitação, aplicação, avaliação e reformulação, acaso necessário[45]; IV) princípios e normas: as questões enfatizam a formulação e a adoção de normas e de princípios (de cunho obrigatório ou não), e se são devidamente observados pelo pessoal envolvido na gestão ou na ação implementada[46]; V) planejamento e operação: diz respeito a como cada uma dessas etapas foram realizadas, e se obedeceram aos princípios da informação e da gestão ambiental, ou seja, contaram com a participação da sociedade, inclusive pela informação das ações planejadas e executadas, além de se estas foram previamente estudadas, para efeito de caracterizar danos e/ou impactos ambientais e de suas consequências[47] e; VI) controle: trata do acompanhamento que proporcione a avaliação e a correção, caso necessário, dos procedimentos operacionais e dos resultados ambientais ocasionados pela ação do gestor.[48]

Todos esses aspectos vêm de informações pormenorizadas do meio ambiente natural e artificial; das políticas públicas realizadas nesses dois meios; dos diversos índices e níveis existentes para averiguação da qualidade de vida do ente auditado; danos ambientais existentes na atualidade, os que estão na iminência de ocorrer e os verificáveis futuramente, bem como as ações implementadas pelo respectivo gestor, tendentes a evitar ou a contornar esses danos;

41 Passim.

42 Passim.

43 Passim.

44 Passim.

45 Passim.

46 Passim.

47 Passim.

48 Passim.

quantificação e tramitação de ações judiciais ou administrativas, que visem à proteção do meio ambiente natural, artificial e/ou cultural, através dos variegados instrumentos utilizáveis, como requisição, ação civil pública, denúncia, ação popular, representação, mandado de segurança (individual ou coletivo), dentre outros; atuação do *Parquet* Estadual ou Federal como *custos legis*, para a defesa do direito ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado; busca, por parte do administrador, de meios alternativos de auxílio e/ou proteção ao meio ambiente, a exemplo de convênios de cooperação e contratos, com entidades públicas e/ou privadas; e normas existentes, tutelando o meio ambiente, nos âmbitos municipal, estadual ou federal, disciplinadoras do respectivo ordenamento jurídico analisado, verificando eventual ou potencial burla daquelas pelo respectivo gestor.[49]

A especificação dos critérios de auditoria é importante para definir o que será analisado: ou a gestão pública de um órgão ou programa deste.

A eficácia busca quantificar e detalhar as medidas e/ou ações estabelecidas em relação ao previsto legalmente.

A economicidade liga-se à sustentabilidade, no sentido de buscar a forma mais econômica (não só de pessoal, como também operacional, financeiramente, etc.), ou seja, a melhor maneira para implementação de programas e/ou atividades.

A eficiência, segundo Frederico de Freitas Tenório de Albuquerque, "decorrente da economia, avalia o gasto que, em um determinado tempo, gerou produtos (bens, valores e/ou serviços) decorrentes de atos e/ou atividades".[50]

Já a efetividade diz respeito ao cotejamento dos efeitos que eram esperados e o que realmente ocorreu, quando da introdução de um projeto, programa e/ou atividade, ou seja, ela busca comparar as medidas e/ou ações objetivadas e as que realmente foram constatadas.

A metodologia a ser empregada na auditoria ambiental pode ser usada isoladamente ou não, a depender do caso concreto.

Ademais, visando uma melhor análise auditorial, existe, por vezes, um acordo prévio entre o gestor público e o auditor, acerca da metodologia da auditoria operacional a ser realizada, em especial, no que diz respeito ao planejamento, estabelecimento de objetivos e produção de indicadores.[51]

O TCU utiliza os seguintes métodos: a) estudo de caso: as informações obtidas constituem o arcabouço fundamental para o exame de cunho abrangente das situações complexamente analisadas no caso; b) pesquisa: fundamenta os estudos de caso; c) delineamento experimental: baseia-se em todas as hipóteses cabíveis, visando à constatação dos fatos; d) delineamento quase-experimental: as hipóteses são escolhidas, fundando-se na que se quer achar ou melhor constatar e; e) delineamento não-experimental: só pode ser utilizado com outro(s) método(s).

Depois dos métodos de auditoria, deverão ser escolhidos um dos métodos de coleta de dados, que são: a) entrevista: oitiva do gestor e do pessoal (da administração pública ou não), diretamente envolvido na ação governamental; b) questionário enviado pelo correio: forma indireta de entrevista; c) observação direta dos fatos em exame e; d) utilização de dados secundários: estipulados e utilizados, dependendo do caso.

Também existem as técnicas de análise de dados, que são: a) tratamento estatístico; b) análise de conteúdo; c) triangulação e; d) técnicas de auditoria, que se dividem em: d.1) *benchmarking*; d.2) indicadores de desempenho e mapa de produtos; d.3) mapas de processos; d.4) marco lógico; d.5) análise RECI; d.6) análise *stakeholder*; d.7) análise SWOT e; d.8) matriz de verificação de risco.

---

49 50 CORREA, Heitor Delgado; ANDRADE, Pierre André da Rocha. Avaliação da gestão ambiental como indicador de desempenho do mandato de agente político. Disponível em: <http://www.tcm.rj.gov.br/WEB/Site/Noticia_Detalhe.aspx?noticia=1440&detalhada=1&downloads=1&group=MeioAmbiente >. Acesso em: 5 mai. 2010.

50 ALBUQUERQUE, Frederico de Freitas Tenório de. A auditoria operacional e seus desafios: um estudo a partir da experiência do Tribunal de Contas da União. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 60.

51 BITTENCOURT, Fernando Moutinho Ramalho. A conquista do tempo presente: auditoria operacional e legitimidade das instituições de controle. ***In:*** *Revista do TCU. Brasília: TCU, ano 36, n.º 105, jul./set. 2005.*

As mais utilizadas pelo Tribunal de Contas da União, inclusive pela normatização no âmbito interno deste, são as técnicas de auditoria, citadas na letra d, razão pela qual nos deteremos a elas.

O *benchmarking* constata e utiliza as melhores práticas de gestão, do modo mais eficiente e econômico possível, inclusive pela comparação de sua forma de gestão em relação a outros órgãos ou pela avaliação dos seus administrados.[52]

De maneira simples podemos conceituar os indicadores de desempenho e mapa de produtos como o resultado obtido pela análise de uma instituição ou de um projeto e/ou programa.[53]

Os mapas de processos mostram o encadeamento de atos para a consecução da atividade ou gestão analisada.[54]

O marco lógico consiste em uma metodologia desenvolvida pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), para aplicação de determinado planejamento em projetos e/ou programas governamentais, em órgãos que utilizam o financiamento daquele.[55]

A idéia da análise RECI encontra-se nas iniciais de suas letras, haja vista buscar o responsável pelo programa ou órgão, inclusive quem o executa, e quem é consultado (participação interna e externa nas decisões) e o informado (conhecimento dos processos decisórios do programa ou entidade examinada).[56]

A análise *stakeholder* estuda as pessoas afetadas direta ou indiretamente pela ação governamental ou atividade realizada pela Administração investigada.[57]

A análise SWOT investiga uma determinada estratégia formulada para melhor utilização das capacidades internas do órgão ou de projeto seu, sem olvidar as possibilidades de captação das benesses externas.[58]

Por fim, a matriz de verificação de risco diagnostica os recursos alocados na gestão ou programa, e o seu respectivo gerenciamento, constatando quais os riscos advindos dos resultados, bem como em que termos de qualidade o serviço ou produto foi prestado à coletividade.[59]

Todos esses atos resultam na elaboração do relatório de levantamento de auditoria, de cunho preliminar, acerca do que já foi captado pelos auditores.

A segunda fase do processamento da auditoria ambiental de natureza operacional sobre uma organização ou sobre projetos realizados no âmbito desta consiste na execução, onde são encontrados os achados de auditoria, que são as "diferenças levantadas pela equipe entre o [...] programado e o realizado, entre o impacto esperado e o impacto constatado, entre o que é e o que deveria ser (segundo os critérios de auditoria)".[60]

Por fim, a última fase da auditoria é o relatório, composto de: a) sumário; b) resumo: rápida explanação acerca do órgão ou programa examinado; c) introdução: constam os antecedentes, objetivos, escopo e estratégia metodológica da auditoria; d) capítulos sobre os temas principais: lista todos os achados de auditoria e as respectivas recomendações (firmado pela observação e constatação dos fatos pesquisados) aos gestores competentes; e) comentários do gestor sobre o que foi encontrado; f) conclusão e; g) proposta de encaminhamento, para análise e julgamento pelas câmaras ou pelo pleno do Tribunal.[61]

Por todo o exposto, cabe demonstrar sua efetiva aplicação no âmbito do TCU, especifica-

---

52 TÉCNICAS de Auditoria de Natureza Operacional. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/programas_governo/tecnicas_anop>. Acesso em: 5 mai. 2010.

53 Passim

54 Passim

55 Passim

56 Passim

57 Passim

58 Passim

59 Passim

60 Op. cit., nota 35.

61 Passim.

mente pelo exame do Processo n.º 002.249/2004-4, no qual o Acórdão n.º 1675/04 foi exarado (ver seu inteiro teor no Anexo A)[62], demonstrando um caso de auditoria que investigou a gestão do IBAMA em uma Unidade de Conservação (UC), denominada Floresta Nacional do Jamari, localizada em Rondônia.

De acordo com o que foi apresentado acima, o Acórdão em questão só expõe resumidamente os pontos mais importantes da última fase da auditoria ambiental de natureza operacional, qual seja, o relatório.

A introdução, como mencionado acima, mostra o objeto da auditoria, bem como as técnicas e a metodologia a ser aplicada na auditoria.

No caso em apreço, o objeto geral é analisar a metodologia empregada, e o objetivo específico é avaliar as ações de monitoramento, de fomento às práticas sustentáveis, ambas atribuídas regimentalmente ao IBAMA.

Os métodos utilizados foram: questões acerca do objeto específico, explicitado acima; entrevistas; observação direta no local de realização da auditoria e; cotejamento das respostas dadas e do que foi observado, bem como dos dados secundários usados, que foram as imagens de satélite daquela área.

Acerca dos capítulos sobre os temas principais, percebemos como os questionamentos formulados foram suficientes para a constatação de variados achados de auditoria, e das respectivas recomendações, visando à melhoria da administração da Unidade de Conservação analisada.

Embora não contenha os comentários do gestor no referido Acórdão, os processos de competência do TCU sempre obedecem aos princípios do contraditório e da ampla defesa, podendo aquele se manifestar a qualquer tempo.

A conclusão do relatório evidencia o bom resultado da auditoria realizada, bem como o pleno atendimento do objeto (geral e específico) e da metodologia aplicada, informando como o êxito da operação contribui para as constatações exatas e sugestões pertinentes ao caso.

Além do mais, sintetiza todos os achados de auditoria encontrados, constatando que a administração e a fiscalização da UC são deficientes, pela escassez de recursos humanos, falta de manejo da floresta, impossibilidade de velar por ela, tanto em relação aos madereiros e grileiros, como em relação aos povoados vizinhos, que não são devidamente orientados a conservar esse bem.

O desfecho do relatório de auditoria, conhecida como proposta de encaminhamento, dirige as recomendações e as sugestões do órgão auditor (no caso, foram a Secob e a 4.º Secex) para o órgão coletivo de julgamento (no caso, foi o Plenário), servindo como base da decisão que foi exarada no corpo do Acórdão.

Todo esse procedimento mostra a importância do Tribunal de Contas da União para a gestão pública. É sobre isso que Albuquerque nos fala, *in verbis*:

> *Dentre os quatro possíveis papéis do auditor de desempenho [...], a mais presente nas Anops do TCU parece ser de consultor organizacional, já que os principais resultados desses trabalhos têm se consubstanciado através de achados relacionados a deficiências nos sistemas, controles e práticas de gestão, que se convertem, nos relatórios de auditoria, em recomendações aos gestores com vistas à correção de falhas e otimização de processos e procedimentos, além da implantação de indicadores de desempenho.*[63]

---

62 BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Processo n.º 002.249/2004-4. Plenário. Ministro Relator: Augusto Sherman Cavalcanti. DOU 12/11/2004. Disponível em: <http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=1&doc=6&dpp=20&p=0>. Acesso em: 10 mai. 2010.

63 ALBUQUERQUE, Frederico de Freitas Tenório de. Op. cit., nota 49.

4. CONCLUSÕES

Analisando os aspectos gerais deste artigo, constatamos como o meio ambiente deve ser permanentemente mantido, porque disso depende a continuidade da vida e da salubridade do Planeta.

Para tanto, a Norma Fundamental, especificamente no art. 225, *caput*, atribuiu ao Tribunal de Contas da União a competência na seara ambiental.

Desponta como os principais princípios aplicáveis à gestão pública, o do meio ambiente ecologicamente equilibrado, o da gestão ambiental, o da prevenção/precaução e do desenvolvimento sustentável. Resumidamente, eles demonstram como a prevenção de atos danosos ao meio ambiente traz qualidade de vida e economia de gastos (em especial, os públicos), proporcionando transparência e confiabilidade aos atos e fatos da administração pública.

Para combater à gestão ineficiente do meio ambiente, o Tribunal de Contas da União utiliza um novo instrumento, chamado doutrina e normativamente de "auditoria ambiental de natureza operacional".

Esse procedimento auditorial foi meticulosamente estudado na terceira seção, desde a sua conceituação e os desdobramentos de suas espécies, finalidades, até como ele é realizado no âmbito do Tribunal de Contas da União.

Destaque-se, nesse sentido que, tanto nosso estudo visa proporcionar aprofundamento aos profissionais atuantes nessa área, como também conhecimento à coletividade.

É concludente relevar, finalmente, como o Tribunal de Contas da União tornou-se um consultor de gestão, por proporcionar aos administradores a difusão de atitudes ecológica e operacionalmente corretas, de modo a proteger os princípios administrativos e ambientais, a exemplo da moralidade, sustentabilidade, bem como o meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida, tanto da atual, como da futura sociedade, sob sua gerência.

REFERÊNCIAS

ABREU, Geraldo Márcio Rocha de. *O princípio da precaução e o controle externo pelo Tribunal de Contas da União em matéria ambiental.* Disponível em: <http://www.neoreader.com.br/item/view/125917/>. Acesso em: 15 abr. 2010.

ALBUQUERQUE, Frederico de Freitas Tenório. de. *A auditoria operacional e seus desafios: um estudo a partir da experiência do Tribunal de Contas da União.* Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

ALTOUNIAN, Cláudio Sarian et al. *O Tribunal de Contas da União e o controle da gestão ambiental*. ***In:*** Revista do TCU. Brasília: TCU, ano 35, n.º 100, abr./jun. 2004.

BARBIERI, José Carlos. *Gestão ambiental empresarial: conceitos, modelos e instrumentos.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BARROS, Wellington Pacheco. *Curso de direito ambiental.* 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

BITTENCOURT, Fernando Moutinho Ramalho. *A conquista do tempo presente: auditoria operacional e legitimidade das instituições de controle.* ***In:*** Revista do TCU. Brasília: TCU, ano 36, n.º 105, jul./set. 2005.

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm>. Acesso em: 13 abr. 2010.

_____. Lei n.º 6938/81. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm>. Acesso: 10 mai. 2010.

_____. Lei n.º 9795/99. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9795.htm>. Acesso: 5 mai. 2010.

BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Portaria n.º 214/01. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/Consultas/***Juris***/Docs/judoc/PORTN/20090206/PRT2001-214.doc>. Acesso em: 5 mai. 2010.

_____. Processo n.º 002.249/2004-4. Plenário. Ministro Relator: Augusto Sherman Cavalcanti. DOU 12/11/2004. Disponível em: <http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=1&doc=6&dpp=20&p=0>. Acesso em: 10 mai. 2010.

CAMPELO, Valmir. *O Tribunal de Contas no ordenamento jurídico brasileiro.* ***In:*** O novo Tribunal de Contas: órgão protetor dos direitos fundamentais. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo. 14.* ed. Rio de Janeiro: Lumen ***Juris***, 2005.

CORREA, Heitor Delgado; ANDRADE, Pierre André da Rocha. *Avaliação da gestão ambiental como indicador de desempenho do mandato de agente político*. Disponível em: <http://www.tcm.rj.gov.br/WEB/Site/Noticia_Detalhe.aspx?noticia=1440&detalhada=1&downloads

=1&group=MeioAmbiente >. Acesso em: 5 mai. 2010.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito administrativo*, 7. ed., Bahia: Jus Podivm, 2009.

DELMONDES, Edna. *A interação do Tribunal de Contas com o parlamento.* Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

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

FLEURY, Oswaldo Meyer. *O orçamento e a gestão pública.* ***In:*** RBC – Revista Brasileira de Contabilidade. Rio de Janeiro: RBC, ano XVI, n.° 56, jan./març. 1986.

GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Regime jurídico dos tribunais de contas.* São Paulo: RT, 1992.

LIMA, Luiz Henrique de Moraes. *O TCU e as auditorias ambientais.* Disponível em: <http://www.tcm.rj.gov.br/WEB/Site/Noticia_Detalhe.aspx?noticia=1695&detalhada=1&downloads=1&group=MeioAmbiente>. Acesso em: 5 mai. 2010.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro.* 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. *Técnicas de pesquisa.* São Paulo: Atlas, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. *O direito ambiental e as ações inibitória e de remoção do ilícito.* Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 5 mai. 2010.

MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: doutrina. jurisprudência. glossário – a gestão ambiental em foco.* 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PASCOAL, Valdeci Fernandes. *A intervenção do estado no município: o papel do Tribunal de Contas.* Recife: Nossa Livraria, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional.* 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

TÉCNICAS de Auditoria de Natureza Operacional. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/programas_governo/tecnicas_anop>. Acesso em: 5 mai. 2010.

DECISÕES E PARECERES

DECISÃO DO TRIBUNAL PLENO

Processo TC nº 02876/09

Administração Estadual Indireta. Paraíba Previdência - PBprev - Prestações de Contas Anuais - Exercício de 2006, 2007 e 2008.

Relator: Conselheiro Fernandes Rodrigues Catão

RELATÓRIO

Fugindo ao que usualmente faço em relação aos relatórios de processos de Prestação de Contas Anuais, quando relato exercício por exercício, no caso presente achei por bem agrupar os exercício de 2006, 2007 e 2008 procedendo assim, a análise de forma conjunta, por entender que a visão dos três exercícios de uma só sentada permitirá e retratará de maneira mais abrangente a avaliação da política previdenciária do Governo Estadual.

Entendo ainda, que a simples análise das contas levando-se em conta apenas os aspectos de conformidade não é suficiente para que se forme um completo juízo de valor sobre a prestação de contas do nosso Regime Previdenciário. E assim, fiz agrupar os dados do triênio de modo que fosse possível visão geral de como evoluíram e se modificaram, estes dados, no período que hora se aprecia.

Dos relatórios técnicos produzido pela Auditoria verifica-se que todas as prestações de contas da Paraíba Previdência - PBprev[1] , foram entregues dentro do prazo legal e que são de responsabilidade do ex-Presidente, Sr. Severino Ramalho Leite.

A Unidade Técnica de instrução, baseando-se nos dados informados e em inspeções "*in loco*", evidenciou que a quantidade de servidores vinculados e ainda os benefícios concedidos pelo Regime Previdenciário evoluíram no período conforme exposto no Quadro I e II a seguir:

QUADRO I – BENEFICIÁRIOS DO REGIME PREVIDENCIÁRIOS
POR EXERCÍCIO E CATEGORIA)

Servidores - Quantidade				
Ano	**Ativos**	**Inativos**	**Pensionistas**	**TOTAL**
2006	57.442	21.661	8.925	**88.028**
2007	-	-	-	**-**
2008	58.630	23.419	9.570	**91.619**
Perfil dos Beneficiários				
2006	65,25%	24,61%	10,14%	**100,00%**
2007	-	-	-	**-**
2008	63,99%	25,56%	10,45%	**100,00%**
2008/2006	- 2,07%	8,12%	7,23%	**4,08%**

1 A PBprev foi criada através da Lei nº 7.517, de 30/12/2006, regulamentada pela Lei Complementar nº 12.972 de 07 de julho de 2005 e alterada pela Lei Estadual nº 8.185 de 08 de março de 2007 vinculada à Secretaria Estadual de Administração com sede em João Pessoa e jurisdição em todo o Estado da Paraíba, a qual compete gerir o Sistema de Previdência Social dos servidores estaduais, tendo como objetivo exclusivo administrar e conceder aposentadorias e pensões, na forma prevista em lei;

Destaco a ausência dos dados relativos ao exercício de 2007 prejudicando, assim, uma análise mais acurada e precisa de sua evolução. Recomenda-se que estes dados sejam sempre informados quando dos relatórios anuais da instituição. Caso estejam ausentes deverá ser pesquisado pela Auditoria, tendo em vista que o conhecimento deste contingente, da quantidade de pessoas beneficiadas é de uma importância vital para as necessárias avaliações das condições atuariais do regime.

Em que pese estarmos analisando uma série com apenas três exercícios, e por isso mesmo insuficiente para que se adote suas tendências como válidas para conclusões definitivas a respeito da situação do Regime, não invalida destacar que o peso dos Servidores Efetivos Ativos, no contingente dos Segurados, de 2006 para 2008, decresceu em 2,07% enquanto os percentuais de Pensionistas e Inativos apresentou variação positiva de 8,12% e 7,23%, respectivamente. Portanto, conclui-se que a quantidade de servidores ativos, principais contribuintes do sistema, andou em descompasso com número de pessoas já em regime de beneficio, tendência que deverá ser pesquisada e objeto de verificação no próximo estudo atuarial, onde será possível verificar, em estudos mais completos, se esta tendência se observará nos próximos exercícios, impactando assim, de forma negativa no equilíbrio do sistema.

Vale ressaltar a divulgação de notícias dando conta de admissões no Estado, ocorridas nos dois exercícios subseqüentes ao que hora se analisa, o que certamente influirá de forma a amenizar estas tendências. No entanto, não é demais alertar que estes contribuintes também serão futuros beneficiários do sistema, impactos estes que devem ser devidamente avaliados e estudados nos próximos estudos atuariais.

Na tentativa de enriquecer os dados compilados pela auditoria a seguir apresentamos a quantidade total de servidores do Estado, tendo como fonte a Prestação de Contas Anuais do Estado, exercício de 2008, detalhando a sua distribuição por poderes e/ou órgãos.

QUADRO II - Pessoal – Governo do Estado da Paraíba

Quantitativo por Poder						
Poder	Exercício				(e) = (d) – (c)	(f) = (e)/(c)
	2005 (a)	2006 (b)	2007 (c)	2008 (d)		
Executivo	76.575	77.585	77.187	78.867	1.680	2,18%
Administração Direta	69.383	70.301	69.806	71.195	1.389	1,99%
Administração Indireta	7.192	7.284	7.381	7.672	291	3,94%
Legislativo	4.285	4.790	5.330	5.020	-310	-5,82%
Assembléia Legislativa	3.931	4.442	4.875	4.563	-312	-6,40%
Tribunal de Contas	354	348	455	457	2	0,44%
Judiciário	4.376	4.533	4.089	4.358	269	6,58%
Ministério Público	763	823	730	882	152	20,82%
TOTAL	**85.999**	**87.731**	**87.336**	**89.127**	**1.791**	**2,05%**

Fonte: Demonstrativo encaminhado pela Secretaria de Administração "Evolução da Folha de Pessoal – Funcionários - (PCA do Governo do Estado – 2008)

Baseado nos dados acima se verifica que de 2005 a 2008, o Estado incorporou 3.128 (3,64% a mais) novos servidores na folha de pagamento do Estado.

Destes 2.292 no Poder Executivo, sendo 1.812 na Administração Direta, correspondendo a um aumento no efetivo de 2,61% e 480 na Indireta, com um aumento de 6,67%. Assembléia Legislativa e o Tribunal de Contas acresceram 735 e 103 servidores, respectivamente, com variações percentuais de 17,15% e 16,08% e o Ministério Público com 119 novos servidores representando o percentual de 15,60% do contingente inicial. O Poder Judiciário apresenta evolução

negativa de 0,41%, o que correspondeu a 18 servidores a menos.

Comparando-se os 89.127 servidores registrados em 2008, informados na PCA do Estado, com os 58.630 Servidores Ativos informados na PCA da PBprev, também em 2008 extrai-se que existem no Estado 30.497 servidores que não estão agregados ao Regime, ou seja, aproximadamente 34% da força de trabalho do Estado constituem-se de servidores sem vínculo efetivo. Assunto que merece especial atenção desta Corte de Contas, em relação ao Estado, porquanto, nas análises municipais este assunto já tem merecido atenções especiais da auditoria, por entender que a contratação de terceiros sem vínculo, se constitui em fuga ao dever constitucional de contratar através de concursos públicos.

Quanto aos benefícios concedidos informam os relatórios os dados a seguir:

QUADRO III – BENEFÍCIOS CONCEDIDOS

Composição dos Benefícios			
Ano	**Aposentadorias**	**Pensões**	**TOTAL**
2006	1.045	422	**1.467**
2007	1.115	540	**1.655**
2008	1.405	518	**1.923**
Percentual			
2006	71,23%	28,77%	**100,00%**
2007	67,37%	32,63%	**100,00%**
2008	73,06%	26,94%	**100,00%**

Do ponto de vista meramente quantitativo verifica-se que, nos três exercícios, a proporcionalidade do tipo de benefício concedido mantém-se praticamente constante, sendo em números, aproximadamente de 70% de aposentadorias e de 30% de pensões.

Tomando-se por base o exercício de 2006, percentualmente, a evolução da concessão dos benefícios se comportou conforme demonstrado no quadro a seguir:

QUADRO III- A

A Evolução da Quantidade de Beneficiários

Ano	Aposentadorias	Pensões	Total
2006	100,00%	100,00%	**100,00%**
2007	106,70%	127,96%	**112,82%**
2008	134,45%	122,75%	**131,08%**

Ao se analisar a velocidade com que estão sendo concedidos os benefícios, podemos observar que a taxa de crescimento é sempre positiva, no entanto, deveria ser comparada com o número de segurados que deixam de receber o benefício, quer seja por morte quer seja por perda de condições para receber benefícios temporários. A ausência destes dados prejudica análises mais aprofundadas da questão. Portanto, é recomendável que nas próximas análises de Prestação de Contas Anuais estes dados sejam ressaltados.

Os recursos financeiros da Autarquia, por definição legal, são aqueles provenientes, basicamente, das contribuições previdenciárias mensais, sendo a parte patronal no percentual de 22% (vinte e dois por cento) incidente sobre a remuneração do quadro dos servidores efetivos do PODER PÚBLICO ESTADUAL e de 11% (onze por cento) a contribuição dos servidores efetivos ativos, inativos e pensionistas, sendo que para estes últimos, desde que percebam acima de R$

3.416,54[2] , de acordo com o que determinam os arts. 2º e 3º da Lei Federal nº 9.717/98 (redação dada pelo art. 10º da Lei nº 10.887/04).

Neste ponto, faço um parêntesis chamando a atenção da Corte para o fato de que todos os servidores do Estado, por força legal, estão abrigados no Regime Previdenciário da PBprev, independentemente de onde esteja lotado e qual a natureza do cargo ou função que venha ocupar ou exercer. Por via de consequência, todos os benefícios só podem ser concedidos pelo órgão previdenciário do Estado, ou seja, a PBprev. Assim, cabe a PBprev e tão somente a ela, o poder de analisar e conceder benefícios inexistindo, portanto, qualquer outra forma de concessão, a exemplo de atos de CONVALIDAÇÃO DE ATO APOSENTÁTORIO que têm aportado ao Tribunal.

Cabe a esta Corte de Contas rechaçar e coibir qualquer ação no sentido de burlar essa imposição legal, recusando prontamente qualquer ato de concessão de benefício que não seja emanado do órgão previdenciário.

Quanto aos recursos disponíveis, tem-se que as leis orçamentárias anuais do Estado, estimaram as receitas para a PBprev nos valores de R$ 542.177.932,00, R$ 624.536.890,00 e R$ 728.042.083,00, respectivamente, todavia, da análise dos Balanços Orçamentários, a Auditoria informou que as receitas efetivamente arrecadadas comportaram-se da seguinte forma:

QUADRO IV – RECEITAS

Discriminação	**Arrecadada 2006**	**Arrecadada 2007**	**Arrecadada 2008**
Receitas Correntes	343.633.109,63	419.313.583,47	195.161.539,09
Receita de Contribuições	341.447.099,41	418.074.086,23	183.315.441,77
Contribuição do Servidor Ativo Civil	89.529.828,34	113.146.875,31	128.457.449,63
Contribuição do Servidor Ativo Militar	17.773.281,11	24.293.776,40	24.870.002,63
Contribuição do Servidor Inativo Civil	21.817.812,09	14.934.488,68	19.230.597,36
Contribuição do Servidor Inativo Mil.	1.877.786,64	1.009.200,00	666.360,62
Contribuição do Servidor Pens. Civil	9.341.181,25	7.153.239,82	9.909.000,81
Contribuição do Servidor Pens. Militar	668.473,54	128.141,21	182.030,72
Contribuição Patronal	190.903.575,61	247.279.226,63	
Compensação Previdenciária entre RGPS e RPPS	9.535.160,83	9.949.138,18	
Receita Patrimonial	223.402,11	1.003.686,72	1.343.049,92
Outras Receitas Correntes	1.962.608,11	235.810,52	10.503.047,4
Co Compensação Financeira entre o RGPS e o RPPS			10.389.691,37
Outras Restituições			91.227,67
Receitas Diversas			22.128,36
Receitas Intra-orçamentárias Correntes			289.610.351,82
Receitas de Contribuições			289.610.351,82
Contribuição Patronal de Serv Ativo Civil			239.746.999,51
Contribuição Patronal de Serv. Ativo Mil.			49.751.855,55
Contribuição Patronal - Inativo Civil			111.496,76
Receitas de Capital			730.201,17
Alienação de Bens			730.201,17
Alienação de Bens Imóveis			730.201,17
TOTAL	**343.633.109,63**	**419.313.583,47**	**485.502.092,08**

2 O valor de R$ 3.416,54 está válido desde o exercício de 2009, o qual varia conforme portaria Interministerial do Ministério da Previdência Social e Ministério da Fazenda, no momento está em vigor a Portaria Interministerial nº 350/2009.

No quadro anterior verifica-se que disposição na apresentação das receitas nos exercícios é feita de forma diversa, principalmente em 2008. Estas modificações, talvez até decorrentes de instruções e normas federais, prejudicam a análise que se pretende, porquanto as receitas são apresentadas de formas diversas ao longo dos exercícios, dificultando sobremaneira a identificação de sua origem e natureza.

Assim sendo, determinei à assessoria de gabinete reformular o quadro apresentado pela auditoria, guardada a estrita observância aos dados apresentados nos relatórios, de forma a homogeneizar os dados para os três exercícios resultando no quadro a seguir apresentados inclusive as suas variações percentuais ano a ano:

QUADRO IV-A – RECEITA REFORMULADA

Discriminação	Arrecadada 2006	Arrecadada 2007	Arrecadada 2008
Receitas Correntes	343.633.109,63	419.313.583,47	484.771.890,91
Receita de Contribuições	341.447.099,41	418.074.086,23	483.315.484,96
Contribuição do Servidor Ativo Civil	89.529.828,34	113.146.875,31	128.457.449,63
Contribuição do Servidor Ativo Militar	17.773.281,11	24.293.776,40	24.870.002,63
Contribuição do Servidor Inativo Civil	21.817.812,09	14.934.488,68	19.230.597,36
Contribuição do Servidor Inativo Militar	1.877.786,64	1.009.200,00	666.360,62
Contribuição do Servidor Pensionista Civil	9.341.181,25	7.153.239,82	9.909.000,81
Contribuição do Servidor Pensionista Militar	668.473,54	128.141,21	182.030,72
Contribuição Patronal	190.903.575,61	247.279.226,63	289.610.351,82
Compensação Previdenciária entre RGPS e RPPS	9.535.160,83	9.949.138,18	10.389.691,37
Receita Patrimonial	223.402,11	1.003.686,72	1.343.049,92
Outras Receitas Correntes	1.962.608,11	235.810,52	113.356,03
Receitas de Capital			730.201,17
TOTAL	**343.633.109,63**	**419.313.583,47**	**485.502.092,08**

QUADRO IV- B – RECEITA REFORMULADA
Variação Percentual

Discriminação	Arrecadada 2006	Arrecadada 2007	Arrecadada 2008
Receitas Correntes	343.633.109,63	419.313.583,47	484.771.890,91
Receita de Contribuições	341.447.099,41	418.074.086,23	483.315.484,96
Contribuição do Servidor Ativo Civil	89.529.828,34	113.146.875,31	128.457.449,63
Contribuição do Servidor Ativo Militar	17.773.281,11	24.293.776,40	24.870.002,63
Contribuição do Servidor Inativo Civil	21.817.812,09	14.934.488,68	19.230.597,36
Contribuição do Servidor Inativo Militar	1.877.786,64	1.009.200,00	666.360,62
Contribuição do Servidor Pensionista Civil	9.341.181,25	7.153.239,82	9.909.000,81
Contribuição do Servidor Pensionista Militar	668.473,54	128.141,21	182.030,72
Contribuição Patronal	190.903.575,61	247.279.226,63	289.610.351,82
Compensação Previdenciária entre RGPS e RPPS	9.535.160,83	9.949.138,18	10.389.691,37
Receita Patrimonial	223.402,11	1.003.686,72	1.343.049,92
Outras Receitas Correntes	1.962.608,11	235.810,52	113.356,03
Receitas de Capital			730.201,17
TOTAL	**343.633.109,63**	**419.313.583,47**	**485.502.092,08**

As receitas efetivamente arrecadadas evoluíram positivamente durante os exercícios. De forma global, passou de 343 para 485 milhões de reais, registrando para o período variação positiva de 41,29%. Cabendo, no entanto, uma análise mais acurada quanto ao detalhamento de sua origem e de que forma se comportaram.

A contribuição dos servidores (ativos civis e militares) teve evolução positiva, com crescimento de 43,48% e 39,93%, respectivamente. Como no período não houve qualquer alteração na alíquota de contribuição, vigendo a de 11% do valor da remuneração, conforme determina a Lei nº 9.717/98, conclui-se que o aumento só pode ser decorrente do ingresso de novos contribuintes (admissão de servidores) ou melhoria salarial implementada.

Quanto ao primeiro indicativo, conforme demonstrado no Quadro I deste relatório, há um incremento de 1.188 (dados da PBprev) novos contribuintes de 2006 para 2008, representando um acréscimo de 2,07%. Como para as duas categorias de servidores (civis e militares) o crescimento do valor da contribuição foi de aproximadamente 40%, conclui-se que durante o período houve aumento no pagamento da remuneração destes servidores, ocorrência que está diretamente ligada à receita previdenciária.

Neste particular, ressalto o conflito de informações, porquanto nos dados colhidos na PCA do Estado, o acréscimo de servidores foi 1.396 servidores (Quadro II) está em desacordo com os 1.188 informado pela PBprev, o que reforça a necessidade deste Tribunal prosseguir nos procedimentos de auditoria da folha do Estado exercendo assim a plenitude de suas prerrogativas e deveres constitucionalmente delegados.

Quanto à receita proveniente da contribuição dos inativos e pensionistas (civis e militares) evoluíram de forma negativa. No conjunto, em 2006, perfizeram um total de 33,7 milhões, caindo para 23,2 milhões em 2007 e voltando a subir para 29,9 milhões em 2008. Não há no relatório da Autarquia qualquer explicação para variações tão acentuadas, que podem decorrer de fatos e/ou determinações alheias à vontade do gestor, motivo pelo qual será recomendável que nas próximas análises estas venham devidamente justificadas.

Tocante às demais receitas, Contribuição Patronal, Compensação Previdenciária e Receita Patrimonial, constata-se que estas tiveram crescimentos, uma vez que para a Patronal observa-se que dos 190 milhões de reais registrados em 2006, evolui para 247 milhões e em 2007 e finalmente para 289 milhões em 2008, representando assim, um aumento de 51,71% no período.

Certamente, as insistentes e repetidas recomendações e exigências deste Tribunal quanto à correta contabilização nos registros dos recursos previdenciários, quando das análises das contas dos entes estaduais, têm contribuído de forma positiva para este desempenho e deve ser cada vez mais observadas nos trabalhos de auditoria desenvolvidos pelo Tribunal.

Na Compensação Previdenciária observa-se que o valor registrado a cada ano situa-se no entorno dos 10 milhões de reais, sem grandes variações anuais, indicando ser necessário implementar uma política mais agressiva neste particular. Como as compensações previdenciárias apenas são possíveis após a concessão do Registro dada pelo Tribunal de Contas é importante lembrar que a celeridade nas análises dos processos de concessão de benefícios deve ser uma preocupação constante no âmbito de nossa Corte. Não há informações detalhadas com quais regimes estão sendo feitas às compensações, no entanto, tendo em vista que nem todos os servidores são oriundos do Regime Geral, é oportuno recomendar que se inicie também o processo de compensação com os demais Regimes Próprios de Previdência que sejam de municípios do Estado da Paraíba ou de qualquer outro ente da Federação.

Por fim, em relação à Receita Patrimonial, esta indica um crescimento de 501,18%, partindo de 223 mil reais em 2006 para 1,3 milhões em 2008, dados que demonstram uma boa gestão financeira, visto que resulta da remuneração dos investimentos no mercado de capitais.

Neste particular, aproveito o momento para registrar junto à Administração do Tribunal quanto à necessidade de se capacitar analistas/auditores deste Tribunal em assuntos relativos à administração financeira, notadamente com vista à atuação no mercado de capitais, porquanto a tendência de crescimento dos ativos financeiros dos regimes previdenciários locais necessa-

riamente deve ser crescente sendo a sua aplicação no mercado de títulos públicos uma obrigatoriedade e deve ser acompanhada de perto pelo controle externo.

Quanto às despesas, estas estão agrupadas no Quadro V, a seguir, e demonstram que foram crescentes durante todo o período. Em 2006 registrou o valor de 643 milhões de reais, indo a 688 e 773 milhões de reais para os exercícios seguintes, representando, portanto, um aumento de 12,23% para o período que ora se analisa, inferior aos 41,29% observado na receita.

Da mesma forma que a Receita, a Despesa também foi apresentada de forma inconstante, o que dificulta sobremaneira o estudo de sua evolução, porquanto a cada ano os dados são apresentados e agrupados de forma diferente. Do ponto de vista financeiro, as despesas foram de 543, 688 e 773 milhões de reais em 2006, 07 e 08, respectivamente.

Confrontadas com as Receitas, indicam que houve um déficit financeiro de R$ 299.641.663,58 para o exercício de 2006, de R$ 269.546.779,92 para o exercício de 2007 e R$ 287.589.805,86 para o exercício de 2008, perfazendo um total de aproximadamente 856,8 milhões de reais no período.

A comprovada e constante insuficiência financeira do sistema deve ser preocupação de todos àqueles que dirigem o Estado, quer seja no âmbito do Poder Executivo, do Legislativo ou do Judiciário, porquanto significam fortes impactos negativos no Tesouro Estadual, conforme bem demonstrados nos estudos atuariais apresentados no relatório de 2007.

QUADRO V – Das Despesas

Despesas	Valor 2006	Valor 2007	Valor 2008
Despesas Correntes	**643.080.087,81**	**687.980.103,03**	**772.660.862,03**
Pessoal e Encargos Sociais	435.137.927,66	682.581.502,73	231.319.771,02
Aposentadorias e Reformas	374.502.004,75	459.351.396,02	165.160.813,74
Pensões	55.325.763,42	219.036.583,62	63.064.350,37
Salário-família	370,00		
Vencimentos e Vantagens Fixas	1.750.545,98	2.187.840,73	2.794.278,63
Obrigações Patronais	151.371,78	242.682,36	244.967,64
Despesas de Exercícios Anteriores	3.406.458,81	1.763.000,00	
Outras Despesas Variáveis - Pessoal Civil	1.412,92		28.359,06
Obrigações Patronais (operações dentro da mesma esfera administrativa)			27.001,58
Outras Despesas Correntes	207.942.160,1	5.398.600,30	541.341.091,01
Indenizações e Restituições	1.017.987,49	1.212.222,43	499.811,13
Aposentadorias e Reformas	56.647.723,05		353.024.204,41
Pensões	146.117.997,83		178.749.341,16
Obrigações patronais	58,06		
Diárias - Civil	23.178,10	42.345,65	44.520,00
Material de Consumo	95.539,04	136.836,80	185.075,87
Passagens e Despesas com Locomoção	12.013,99	20.515,13	20.236,14
Outros Serviços de Terceiros - PF	75.083,34	89.811,00	136.612,29
Locação de Mão-de-Obra	98.951,52	154.403,61	297.120,03
Outros Serviços de Terceiros - PJ	3.583.712,38	2.077.453,08	2.747.790,27
Obrigações Tributárias e Contributivas	10.481,99	10.589,88	16.622,05
Despesas de Exercícios Anteriores	259.433,36	1.609.621,04	5.619.757,66
Sentenças Judiciais		44.801,68	
Despesas de Capital	**194.685,40**	**880.260,36**	**431.035,91**
Equipamentos e Material Permanente	194.685,40	875.340,36	431.035,91
Despesas de Exercícios Anteriores		4.920,00	
TOTAL	**643.274.773,21**	**688.860.363,39**	**773.091.897,94**

As Despesas Correntes representaram durante o período praticamente a totalidade das despesas, porquanto, atingiram em média 99,9% destas. Sendo a despesa de Capital, ou seja, investimento, situando-se em valores que representaram menos de 0,10% da Despesa Total, indicando que as ações administrativas com vistas a aumento de patrimônio da Autarquia são praticamente desprezíveis em relação ao seu orçamento durante os três exercícios.

Neste particular, ressalto que a Auditoria faz recomendações quanto às despesas com CEJUBE – Centro de Atividades e Lazer do Aposentado e Pensionista Padre Juarez Benício. Já a defesa alega que aquele investimento foi uma forma de preservar o patrimônio da instituição que se encontrava praticamente abandonado, sob risco de invasões, e que os investimentos feitos foram apenas àqueles necessários para dotar a instituição com um espaço de lazer e descanso para seu seus segurados, e foram feitos dentro da margem dos recursos previstos para a administração do regime.

Quanto aos valores despendidos a título de "Aposentadorias e Reformas" e "Pensões", sem maiores explicações estão contabilizadas ora como Pessoal e Encargos Sociais ora como Outras Despesas Correntes, trazendo dificuldades na análise comparativa. Porém, agrupando-se essas duas rubricas orçamentárias, temos que a despesa evoluiu de R$ 632.593.489,06 em 2006, para R$ 678.387.979,64 em 2007 e finalmente para R$ 759.998.709,68 em 2008, representando, portanto, uma variação percentual de 20,14% no período.

Por oportuno, apresenta-se a seguir quadro demonstrativo apresentando os dados da Receita de Contribuição e os pagamentos dos benefícios ano a ano, no qual se demonstra que só com esta despesa o tesouro estadual vem arcando com encargos anuais na ordem de 270 milhões de reais por ano e no período acumulou uma transferência, do tesouro para o regime, de aproximadamente 828 milhões de reais.

QUADRO – VI - A – VALORES
TRANSFERÊNCIAS TESOURO PARA O REGIME

	2006	2007	2008
Receita de Contribuições	341.447.099,41	418.074.086,23	483.315.484,96
Despesa	632.593.489,05	678.387.979,64	759.998.709,68
Resultado	-291.146.389,64	-260.313.893,41	-276.683.224,72

QUADRO – VI - B – PERCENTUAIS
TRANSFERÊNCIAS TESOURO PARA O REGIME

	2006	2007	2008	Período
Receita de Contribuições	100%	122,44%	115,61%	141,55%
Despesa	100%	107,24%	112,03%	120,14%
Resultado	100%	89,41%	106,29%	95,03%

Como demonstrado anteriormente para uma variação de despesa de 20,14% no período, observou-se um aumento na Receita de Contribuição de 41,55%. No entanto, estas receitas ainda são insuficientes para cobrir a despesa previdenciária do Regime, mesmo que para o período observa-se uma redução no déficit de 4,97%.

Também é dado observar que em m 2006 as receitas cobriam apenas 53,98% do custo total dos benefícios e que em 2008 este percentual aumentou para 64%. Aliás, sobre este tema vale ressaltar o que assevera o estudo atuarial constante dos autos, que literalmente afirma: "recomendação de aportar recursos ao sistema sem o que a sua existência estará comprometida no médio prazo". Em resumo, confirma o déficit previdenciário que a seguir será comentado.

Confrontando a Receita Orçamentária Realizada com a Despesa Executada observamos déficits de execução orçamentária que foram supridos por transferências financeiras nos seguintes valores:

- R$ 301.750.250,41 em 2006
- R$ 310.057.864,81 em 2007
- R$ 296.963.564,17 em 2008

O órgão de instrução informa o comportamento das Receitas e Despesas do instituto com base nos dados extraídos do site do Ministério da Previdência Social baseados no estudo atuarial para o regime, conforme quadro VII a seguir:

QUADRO VII

Exercício	Valores Projetados (A)	Valores Realizados (B)	Diferença (B-A)	% de Diferença
Receita				
2006	338	343	5	1,48%
2007	353	419	66	18,70%
2008	423	485	62	14,66%
Despesa				
2006	577	643	66	11,44%
2007	596	688	92	15,44%
2008	922	773	-149	-16,16%

Valores em R$ 1.000.000,00

Dos dados acima dispostos, conclui-se de forma positiva que as receitas estão ocorrendo a maior que o previsto, sendo registrado o percentual de 14,66% para o último exercício, enquanto que a despesa prevista para o mesmo período foi menor em 16,16% do projetado. Não se dispõe de elementos que se possa asseverar que estes fatos são resultados de uma política implantada no regime ou se foi fruto apenas de receitas eventuais, no entanto, aponta para o bom desempenho da gestão, inclusive remetendo a necessidade de se atualizar os estudos atuariais do regime.

Os Balanços Financeiro e Patrimonial apresentaram os seguintes dados em destaque:

QUADRO VIII

Balanços	2006	2007	2008
Saldos p/ Exercício Seguinte	18.995.283,32	8.407.747,26	19.302.571,35
Restos a Pagar	74.597.801,85	1.455.960,37	1.150.514,19
Déficit Financeiro	58.539.025,52	14.001.809,85	4.617.683,11

Quanto aos demais aspectos levantados, a Auditoria informou que:

1. As prestações de contas dos Adiantamentos concedidos foram consideradas regulares, por não existirem dúvidas quanto a sua comprovação;

2. Não há objeção quanto aos procedimentos licitatórios realizados[3] , à exceção das despesas informadas no item 5.14 do relatório relativo à PCA de 2007;

3. Os convênios celebrados desde o exercício de 2006 estão em análise em processos apartados, por tratarem-se de ajustes para realização de obras;

4. As despesas administrativas do Instituto estão dentro do limite de 2% determinado pelo MPS, atingindo o percentual de 0,38%, em 2006; 0,4%, em 2007 e 0,38% em 2008;

5. A PBprev mantém um centro de atividades – CEJUBE, localizado em Colinas do Sul, Gramame, destinado aos aposentados e pensionistas do RPPS do Estado da Paraíba. Criado em 2006, totalizando uma área construída de 2.416,50 m2.;

6. Existência de um déficit atuarial, em 31/12/2007, de R$ 16.119.558.892,89 (dezesseis bilhões), sendo este déficit proveniente, sobretudo, da fundação inapropriada dos custos dos créditos previdenciários passados já acumulados em favor dos segurados e respectivos dependentes do RPPS até a presente data;

Das IRREGULARIDADES CONSTATADAS, remanesceram após apresentação de defesa:

Exercício de 2006:

1. Ausência de utilização de guias de receita para controle das contribuições previdenciárias recebidas);

2. Divergência entre o valor das contribuições contabilizadas na PCA e os créditos nos extratos bancários, num montante de R$ 41.065.994,87, a menor nos extratos;

3. Ausência de recolhimento de R$ 1.453.053,94 retidos a título de imposto de renda;

4. Elaboração incorreta do Balanço Financeiro, devido à contabilização de receita extra-orçamentária ("Depósitos de Diversas Origens") em valor diferente do constante no anexo 17;

5. Elaboração incorreta do Balanço Patrimonial, devido à ausência de contabilização de dívida ativa;

6. Cancelamento de restos a pagar processados num montante de R$ 15.800.321,35.

Exercício de 2007:

1. Diferença de R$ 98.487.522,17 encontrada entre o levantamento das contribuições previdenciárias e aportes, realizado nos balancetes mensais, e os créditos nos extratos bancários;

2. Diferença entre o valor das contribuições creditadas nos extratos bancários (R$159.659.672,66) e o contabilizado na PCA (R$ 408.124.948,05);

3. Ausência de registro nos termos das orientações das Notas Técnicas nº 49/2005 – GENOC/ CCONT/ STN e 515/2005 – GEANC/CCONT/ STN, no tocante a contabilização da dívida no ativo e passivo compensado para fins de acompanhamento e controle;

4. Disponível final do instituto insuficiente para saldar os compromissos assumidos a curto prazo, descumprindo o disposto no §1º, do artigo 1º, da LC nº 101/2000;

5. Realização de despesas sem o devido procedimento licitatório, descumprindo a Lei nº 8.666/93;

Exercício de 2008:

1. Ausência de controle das contribuições repassadas pela administração direta e indireta

3 Conforme informações do TRAMITA os processos informados foram julgados e estão arquivados;

estadual, devido, sobretudo, à ausência de implementação de guia de receita;

2. Aquisição de licença de uso de software, no montante de R$ 1.052.150,00, sem que o mesmo tenha sido efetivamente posto em utilização, devendo o gestor apresentar explicações a respeito dessa aquisição e da utilização dada a este software;

3. Ausência de repasse da totalidade do IRRF e do INSS retido;

4. Ausência de contabilização, no balanço patrimonial, da dívida dos órgãos/entidades da administração direta e indireta estadual;

5. Insuficiência das disponibilidades em relação aos restos a pagar e às consignações no montante de R$ 4.617.683,11, contrariando o art. 1º, § 1º da Lei Complementar nº 101/00.

Além destas irregularidades, a Auditoria levantou o montante de contribuições devidas pelos órgãos da Administração Direta e Indireta, ao final de cada exercício, de responsabilidade de cada um desses gestores, sendo que o Relator optou por não notificar esses gestores, por entender que a ausência da totalidade das contribuições deve constar nas respectivas prestações de contas anuais, cujos totais não recolhidos correspondem a:

QUADRO IX

Balanços	2006	2007	2008
Saldos p/ Exercício Seguinte	18.995.283,32	8.407.747,26	19.302.571,35
Restos a Pagar	74.597.801,85	1.455.960,37	1.150.514,19
Déficit Financeiro	58.539.025,52	14.001.809,85	4.617.683,11

Dos Pareceres do Órgão Ministerial:

Referente à PCA 2006 (Procurador-Geral Marcílio Toscano Franca Filho):

"**1 -** Entendo desnecessárias as citações pleiteadas pela Auditoria nestes autos. Com efeito, o passivo previdenciário detectado pode muito bem ser alvo de decisão nas respectivas contas a qualquer tempo;

2 – Grave, me parece, é a flagrante omissão da PBprev em cobrar o que lhe era devido. Não há notícia, nestes autos, de providências para efetivar cobrança;

3 – Esta omissão, aliada às muitas falhas apontadas pela douta Auditoria levam o MP à oferta de manifestação pela irregularidade das contas prestadas com imposição de multa ao gestor omisso".

Referente à PCA 2007 (Procuradora Ana Tereza Nóbrega):

1) Regularidade da Prestação de Constas da Paraíba Previdência (PBprev), exercício 2007, de responsabilidade do Sr. Severino Ramalho Leite;

2) Recomendação à atual gestão no sentido de prevenir as irregularidades apuradas nesta Prestação de Contas.

Referente à PCA 2008 (Procuradora Sheyla Barreto Braga de Queiroz):

Discordou da Auditoria quanto à questão de aquisição do Sistema Oracle (Banco de Dados) ... "não há elementos no álbum processual em tela de que a aquisição de licença para o uso do software .... carecia de utilidade prática e sentido originariamente." E opinou pela:

4 Os valores de contribuições que foram apontadas como não recolhidas relativas ao órgão do Poder Judiciário, ao Ministério Público, a Assembleia Legislativa e Tribunal de Contas, no exercício de 2007, estão incluídos no somatório dos valores da Adm. Indireta e, nos exercícios de 2006 e 2008, estão contemplados, no somatório dos valores da Adm. Direta.

1) Irregularidade da prestação de contas referente ao exercício financeiro de 2008;

2) Aplicação de multa pessoal ao ex-gestor, prevista no inciso II do art. 56 da LOTC/PB;

3) Recomendação ao atual gestor da PBprev com vistas ao cumprimento das regras e norma ditadas pela lei e à otimização do controle das receitas da Autarquia previdenciária estadual;

4) Traslado da irregularidade de não repasse de valores correspondentes a contribuições previdenciárias à PBprev aos Processos TC n.º 04595/09 (Companhia Estadual de Habitação Popular – CEHAP); n.º 02535/09 (Departamento de Estradas de Rodagem – DER); n.º 02812/09 (Fundação de Ação Comunitária – FAC); n.º 02024/09 (Instituto de Terras e Planejamento Agrícola da Paraíba – INTERPA) e n.º 02618/09 (Instituto de Assistência à Saúde do Servidor – IPEP).

Por fim, informo que as contas referentes ao exercício de 2005, de responsabilidade da Sra. Izinete Bento Brasil, foram julgadas regulares em 30 de setembro de 2009.

É o relatório, tendo sido realizadas as intimações de praxe para a sessão.

VOTO DO RELATOR

Do relato evidencia-se que as ocorrências constatadas não podem ser atribuídas tão somente ao gestor, visto que elas ora são decorrentes de erros de origem, como, por exemplo, a contabilização das folhas do mês de Dezembro e 13o, na prestação de contas de 2006, com reflexos nos exercícios subseqüentes, ora são decorrentes da transferência da vinculação da Autarquia da Secretaria de Administração para a Secretaria do Controle Interno, entre outros aspectos administrativos que são alegados pela defesa, e que são aceitas pelo Relator.

Não há de se negar a complexidade do gerenciamento da política previdenciária do Estado, que vai desde a insubordinação de órgãos e Poderes em atender ao regime previdenciário até mesmo a indisciplina contábil nos lançamentos que se destinam a cobertura dos benefícios concedidos.

Em 2006 as falhas apontadas na sua maioria situaram-se no campo administrativo e foram as seguintes:

1. Ausência de utilização de guias de receita para controle das contribuições previdenciárias recebidas;

2. Divergência entre o valor das contribuições contabilizadas na PCA e os créditos nos extratos bancários, num montante de R$ 41.065.994,87, a menor nos extratos;

3. Elaboração incorreta do Balanço Financeiro, devido à contabilização de receita extra-orçamentária ("Depósitos de Diversas Origens") em valor diferente do constante no anexo 17;

4. Cancelamento de restos a pagar processados num montante de R$ 15.800.321,35.

Remanesceria, portanto, a falha quanto à ausência do registro dos débitos de alguns órgãos para com o regime, que será comentado a seguir.

Em 2007, acompanho o entendimento da Douta Procuradora, também por entender que as falhas se cingem ao campo administrativo, cabendo as recomendações de estilo.

Em 2008, entendo que as falhas também ocorrem no campo administrativo, não havendo notícias de ocorrências de malversação ou gestão dos recursos administrados pela Autarquia. Acato e me associo ao entendimento do Ministério Público Especial quanto à questão da aquisição do software, discordando dos demais itens apontados porquanto todos são de uma forma ou de outra relativos aos débitos previdenciários dos órgãos do Estado para com a PBprev que fogem e independem da vontade de poder político/administrativo do gestor.

Aliás, neste particular, relativamente a Administração Indireta, a Auditoria chega a estimar uma hipotética dívida dos órgãos estaduais para com a PBprev, utilizando o método de aplicar a alíquota de 22% do valor da folha como sendo contribuição patronal devida.

Não cabe prosperar este raciocínio.

Guardando coerência com o que, constantemente, venho observando nas minhas manifestações quando da análise das contas dos entes da Administração Estadual e mais uma vez passo

a justificar o meu posicionamento e entendimento.

Como se pode de sã consciência, de forma segura e induvidosa afirmar que o tesouro do Estado é devedor do Regime Previdenciário, se, ano a ano, nestes exercícios, o Tesouro Estadual transferiu, cedeu, doou, cumpriu com a obrigação que era do instituto no valor de quase 300 milhões de reais por ano.

No período, foi quase 1 bilhão de reais transferidos à instituição. Como se pode afirmar que o Estado, através dos seus órgãos, é devedor, se estes pretensos devedores são instituições completamente dependentes do tesouro? O que falta, a meu sentir, é apenas melhorar as técnicas contábeis, pois, se estas transferências fossem corretamente contabilizadas tais débitos não ocorreriam, muito ao contrário, o Tesouro seria o credor do Regime Previdenciário.

Não há sentido, portanto, em dizer que esse ou aquele órgão é devedor sem que se faça um apurado e criterioso estudo que retroaja no tempo e se verifique se as despesas, que já foram arcadas pelo tesouro com repasse para o regime previdenciário, é menor ou maior do que as obrigações devidas.

De forma particular, eu até dispensaria tal estudo, por ser praticamente impossível se chegar a esses valores de forma correta e coerente. Além do mais não creio ser objeto de maiores esforços se concluir que um regime, onde as pessoas passaram anos a fio contribuindo de forma irrisória e com benefício mais que generosos, reúna condições para ser credor do tesouro. Entendo que a discussão pretérita deve ser até esquecida, sendo mais concernente dirigir os esforços na consecução de uma política previdenciária responsável daqui para frente, olhar o passado não resultará em nada de prático. Melhor é corrigir o presente e precaver-se para o futuro.

Assim, a juízo deste Relator pelos números apresentados ficam demonstrados avanços e progressos na gestão do nosso sistema previdenciário. Neste particular, não posso deixar de realçar o trabalho da Auditoria deste Tribunal quem vem de forma constante reclamando por melhorias, notadamente àquelas que se referem aos recolhimentos das contribuições e dos seus corretos registros no sistema contábil. Certamente, em muito temos contribuído com os gestores ante a reconhecida dificuldade de gerir um regime que sofre tanto ingerência político/administrativa, quanto, até mesmo, incompreensões por parte de determinados setores do Estado que ainda não entendem, e até resistem, o modo como deve legalmente funcionar um regime de previdência.

Por fim, considerando que as falhas e inconformidades estão todas no campo administrativo e que em muitas delas houve atuação do gestor no sentido de sanar ou até minorar os seus efeitos, entendo que o principal problema constatado não é novidade para ninguém e não é privilégio da PBprev, porquanto comum a todos os demais regimes próprios, residindo, em suma, na falta de fundos para que o mesmo funcione de forma autônoma e independente.

Nesse sentido, chamo a atenção para as constatações insertas no relatório da Consultoria Atuarial – PROBUS, fls. 789 e 790 dos autos:

> *Dessa forma, para elaboração atuarial deste cenário ajustado, utilizou-se o novo Custo Normal de 28,76% sobre salários de contribuição dos segurados ativos, mantendo-se a contribuição de 11% sobre as parcelas de proventos mensais de aposentadoria e pensão que superem o teto de benefícios do RGPS/INSS, consoante determina a atual legislação federal em vigor. Tem-se, então, que praticando-se contribuições a essas taxas, seria ainda necessário solver o Déficit Atuarial revisado do RPPS em 31/12/2007, no montante de R$ 16.119.558.892,89, montante este agora registrado como Reserva a Amortizar nos Quadros C1 e C2 do Apêndice C do Relatório de Avaliação Atuarial. Esse Déficit Atuarial é proveniente sobretudo da fundação inapropriada dos custos dos créditos previdenciais passados já acumulados em favor dos segurados e respectivos dependentes do RPPS até a presente data.*
>
> ....
>
> *Recomenda-se, portanto, implementar as soluções registradas no item ¨VII – Avalia-*

ção Atuarial do Cenário Ajustado¨ deste Parecer para reparar o desequilíbrio atuarial da Paraíba Previdência – PBPREV. No que se refere à revisão de seu Plano de Custeio e à amortização do Déficit Atuarial constatado.

Portanto, Senhores, ressalto que em 31.12.2007 havia um déficit já apurado de 16,1 bilhões de reais. Se estivesse sido aplicado o percentual da contribuição patronal para 28,76%, e, como este fato não aconteceu, mantendo-se constante os 22% até a presente data, conclui-se que este déficit já deve ser bem maior que o verificado naquela data.

Isto posto, voto no sentido de que se:

a) Julgue regulares as contas da PBprev, referentes ao exercício de 2006, 2007 e 2008, sob a responsabilidade do ex-Presidente, Sr. Severino Ramalho Leite;

b) Recomende ao atual gestor da PBprev o cumprimento das regras e normas ditadas pela lei e à otimização dos controles das receitas da Autarquia previdenciária estadual;

c) Recomende à Auditoria para que nos próximos exercícios sejam tomadas as seguintes providências:

c.1 Apresentar os estudos constantes dos relatórios de forma que sejam comparáveis ano a ano mantendo a mesma estrutura de apresentação de exercício para exercício;

c.2 Apresentar nos próximos exercícios a evolução na quantidade dos servidores ativos, inativos e pensionistas, apresentando dados quantitativos e financeiros dos benefícios concedidos;

d) Determine o traslado das observações quanto ao não repasse de valores correspondentes às contribuições previdenciárias à PBprev, referente ao exercício de 2008, aos Processos TC n.º 04595/09 (Companhia Estadual de Habitação Popular – CEHAP); n.º 02535/09 (Departamento de Estradas de Rodagem – DER); n.º 02812/09 (Fundação de Ação Comunitária – FAC); n.º 02024/09 (Instituto de Terras e Planejamento Agrícola da Paraíba – INTERPA) e n.º 02618/09 (Instituto de Assistência à Saúde do Servidor – IPEP);

e) Determine à Auditoria que verifique nos próximos exercícios a existência de novo estudo atuarial e qual o grau de implementação de suas recomendações e determinações.

É o voto.

ACÓRDÃO

Acórdão APL TC 00681/2010

EMENTA: Administração Indireta Estadual. Paraíba Previdência – PBprev. Prestação de Contas Anuais. Exercício de 2008. Ausência de máculas suficientes para rejeição das contas. Regularidade das contas. Recomendações. Determinações.

VISTOS, RELATADOS E DISCUTIDOS os presentes autos do Processo TC nº 02876/09 referente à Prestação de Contas anuais da Paraíba Previdência – PBprev, de responsabilidade do ex- presidente da entidade, Sr. Severino Ramalho Leite, relativa ao exercício de 2008;

CONSIDERANDO que as ocorrências detectadas nos autos não se revestem de gravidade suficiente para macular as contas prestadas;

ACORDAM OS MEMBROS DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DA PARAÍBA, à unanimidade, acolhendo o voto do Relator, em sessão plenária realizada nesta data em:

1. Julgar regular a Prestação de Contas do Paraíba Previdência – PBprev, de responsabilidade do Sr. Severino Ramalho Leite relativa ao exercício de 2008;

2. Recomendar ao atual gestor da PBprev o cumprimento das regras e normas ditadas pela lei e à otimização do controle das receitas da Autarquia previdenciária estadual;

3. Recomendar à Auditoria para que nos próximos exercícios sejam tomadas as seguintes providências:

a. Apresentar os e studos constantes dos relatórios de forma que sejam comparáveis ano a ano, mantendo a mesma estrutura de apresentação de exercício para exercício;

b. Apresentar nos próximos exercícios a evolução na quantidade dos servidores ativos, inativos e pensionistas, apresentando dados quantitativos e financeiros dos benefícios concedidos.

4. Determinar o traslado das observações quanto ao não repasse de valores correspondentes às contribuições previdenciárias à PBprev, referente ao exercício de 2008, aos Processos TC n.º 04595/09 (Companhia Estadual de Habitação Popular – CEHAP); n.º 02535/09 (Departamento de Estradas de Rodagem – DER); n.º 02812/09 (Fundação de Ação Comunitária – FAC); n.º 02024/09 (Instituto de Terras e Planejamento Agrícola da Paraíba – INTERPA) e n.º 02618/09 (Instituto de Assistência à Saúde do Servidor – IPEP);

5. Determinar que a Auditoria verifique nos próximos exercícios a existência de novo estudo atuarial e qual o grau de implementação de suas recomendações e determinações.

Publique-se, registre-se e cumpra-se.

TC- PLENÁRIO MINISTRO JOÃO AGRIPINO, 16 de junho de 2010.

Conselheiro Antônio Nominando Diniz Filho
Presidente

Conselheiro Fernando Rodrigues Catão
Relator

Marcílio Toscano Franca Filho
Procurador-Geral

DECISÃO DO TRIBUNAL PLENO

Processo TC nº 01992/06

Prestação de contas anuais - Secretária do Estado da Saúde - Exercício 2005.

Relator: Conselheiro Fernandes Rodrigues Catão

RELATÓRIO

Trata o presente processo da Prestação Anual de Contas – exercício 2005 – da Secretaria de Estado da Saúde, sob as gestões dos Srs. Paulo Roberto Galdino Cavalcanti (de 01 a 20/01/2005) e Reginaldo Tavares Albuquerque (de 21/01 a 31/12/2005) enviada a este Tribunal de Contas dentro do prazo regimental.

Após exame da documentação pertinente, o órgão de instrução desta Corte emitiu o relatório, com as seguintes considerações:

1- A atual estrutura da Secretaria foi criada através da Lei nº 1.353, de 29/11/1955 todavia, a Lei Complementar nº 67, de 07 de julho de 2005, que definiu a Estrutura Organizacional Básica do Poder Executivo, estabeleceu a sua competência e alterou a sua nomenclatura para Secretaria de Estado da Saúde (SES), com as seguintes finalidades:

Coordenar e/ou Executar:

a) coordenar e executar a política de governo na área de saúde;
b) definir diretrizes e políticas de saúde;
c) coordenar o planejamento e gerenciar a rede de saúde do Estado e os serviços que lhe são inerentes;
d) fiscalizar, acompanhar e propor ações para o desenvolvimento dos serviços de saúde;
e) gerenciar a vigilância sanitária, fiscalizando e controlando as condições sanitárias, de higiene e de saneamento básico;
f) pesquisar, desenvolver e produzir medicamentos, produtos profiláticos e farmacêuticos, bem como produtos de limpeza e higiene hospitalar, industrial e doméstica, prioritariamente, para abastecimento da área de saúde pública e de assistência social;
g) gerenciar os recursos para assistência à saúde em Municípios não classificados como de gestão plena;
h) gerenciar a vigilância epidemiológica e ambiental;
i) coordenar o processo de municipalização do Sistema Único de Saúde;
j) gerenciar o atendimento de alta e média complexidade do Sistema Único de Saúde; e
k) gerenciar a assistência farmacêutica básica e excepcional.

2- A Lei Orçamentária nº 7.717 de 07/01/2005 fixou a despesa da Secretaria de Estado da Saúde, no montante de R$ 291.211.927,00, representando 7,57% do orçamento geral do Estado que foi de R$ 3.846.154.390,00, sendo objeto do presente processo a análise da Unidade Orçamentária Gabinete do Secretário, cujo valor de despesa fixada importou em R$ 66.912.000,00;

3- Na Unidade Orçamentária em exame foram realizadas somente despesas correntes que

totalizaram R$ 77.485.914,84, superior em 15,80% do valor orçado, sendo que 84,56% destas despesas se referiram a gastos no elemento de despesas 11 - Vencimentos e Vantagens Fixas (R$ 65.520.520,65) e 14,78% foram registradas no elemento de despesa 13 - Obrigações Patronais;

4- A inscrição em Restos a Pagar totalizou R$ 10.770.478,90, tendo sido pagos R$ 4.953.487,43 até a data da Prestação de Contas (15/03/2006), restando a pagar R$ 5.816.991,47, que representa 7,51% da despesa total empenhada;

5- Do confronto entre receitas e despesas extra-orçamentárias constata-se que ambas as contas apresentaram o mesmo saldo, de R$1.176.127,01 demonstrando equilíbrio, bem como que toda a receita extra-orçamentária foi quitada dentro do exercício;

6- Além desses aspectos, a Unidade Técnica constatou algumas irregularidades, que após apresentação de defesa, se mantiveram as seguintes:

a) Existência de 380 cargos de provimento em comissão ocupados sem previsão legal;
b) Cargos de provimento em comissão criados por decreto após a Constituição Federal de 1988;
c) Divergência nas informações fornecidas no que se refere à quantidade de prestadores de serviços;
d) Incoerência de informações dos dados contidos no Relatório de Atividades e os gastos realizados através da SES;
e) Incoerência nas informações prestadas quando da diligência, visto que, foram demonstrados movimentos de entrada e saída de medicamentos contabilizados em nome da Secretaria, todavia, só existem nos Balanços despesas com Vencimentos e Vantagens e com Encargos Sociais, irregularidade que o órgão de instrução sugeriu ser apreciada quando da análise das contas do FESEP;
f) Ausência de informações acerca do número de servidores cedidos a outros órgãos, vez que foram informados apenas aqueles cedidos à prefeitura Municipal de João Pessoa.

A pedido do Ministério Público Especial, a Auditoria realizou inspeção "*in loco*" para levantar dados acerca do real número de servidores lotados nesta Secretaria, cedidos ou postos à disposição de órgãos e repartições públicas e concluiu, através do seu relatório, conforme tabela abaixo:

QUADRO I

Cargos	Quantidades	Percentual
Efetivos	7.209	71,18%
Comissionados	622	6,14%
Prestadores de Serviços	1.385	13,67%
À Disposição	781	7,71%
Cedidos	131	1,29%
TOTAL	**10.128**	**100,00%**

Em seu pronunciamento, o Ministério Público opinou pela:

1) Regularidade da Prestação de Contas da gestão do Sr. Paulo Roberto Galdino Cavalcanti e Regularidade com ressalvas da Prestação de Contas da gestão do Sr. Reginaldo Tavares de Albuquerque, resguardando a análise das questões relativas à gestão de pessoal para os autos da inspeção especial (Processo TC Nº 5783/03)
2) Cominação de Multa Pessoal prevista no artigo 56 da LOTC/PB ao Sr. Reginaldo Tavares

de Albuquerque, por força de desrespeito às normas contábeis, haja vista a permanência exígua do Sr. Paulo Roberto Galdino Cavalcanti à frente da Secretaria;

3) Recomendação ao atual titular da pasta, no sentido de cumprir fidedignamente, os preceitos da Carta Magna e demais legislações dispositivas sobre a gestão pública e seus decursivos deveres.

É o relatório, tendo sido realizadas as notificações de praxe.

VOTO DO RELATOR

Antes de proferir o voto, gostaria de aproveitar a oportunidade para tecer alguns comentários sobre a questão da análise de contas do setor de saúde sob a administração do Estado.

A Secretaria de Estado da Saúde é composta das seguintes unidades orçamentárias:

- Gabinete do Secretario (em análise)
- Laboratório de Indústria Farmacêutica da Paraíba
- Agência Estadual de Vigilância Sanitária
- Complexos Hospitalares – 9
- Hospitais e Maternidades – 5
- Fundo Estadual de Saúde – FESEP.

Neste conjunto de unidades orçamentárias, o valor orçado foi de R$ 291.211.927,00 e a despesa realizada, pelo Gabinete do Secretario, foi de R$ 77.485.914,84. Para que se tenha uma idéia da magnitude destes valores, apenas os municípios de João Pessoa e Campina Grande têm orçamentos em valores superiores ao da Secretaria e dos 223 municípios que compõem o Estado apenas dez têm despesas superiores à do Gabinete.

As unidades orçamentárias acima estão sendo analisadas separadamente, sendo que me tocou a do Gabinete do Secretário, geralmente confundido como Secretaria da Saúde e o Fundo Estadual de Saúde que, por sua vez, é também confundido com o órgão gestor da política de saúde do Estado.[1]

Com esta observação, quero expressar que, no meu sentir, a análise destas contas referentes a despesas com saúde deveriam ser alocadas a um só relator e ainda, deveriam ser relatadas de uma só sentada, pois entendo que só assim poderíamos ter a noção global sobre a eficácia e a eficiência dos gastos com a saúde por parte do Governo do Estado. Neste norte é que trago a apreciação desta Corte de Contas, em uma só sentada, tanto da Prestação de Contas do Gabinete do Secretario como também do FESEP que relatarei logo a seguir.

Pela sua complexidade e pela sua importância, informo, por oportuno que tramita neste Tribunal o processo TC nº 5783/03, com o objetivo de se fazer uma analise mais detalhada relativamente às questões suscitadas em matéria de pessoal.

Antes de adentrarmos aos aspectos contábeis levantados pela Auditoria, vejamos o que informou a Secretaria de Saúde a respeito do que lhe compete pela legislação em vigor, como gestor da política estadual de saúde pública.

1) VIGILÂNCIA EPIDEMILÓGICA

1.1 TUBERCULOSE

1 Foram também relatados por este Relator as Contas do Complexo de Saúde de Guarabira e do Complexo de Saúde de Cajazeiras, e o Processo do Hospital de Traumas foi também distribuído para este Relator (Processo TC 02614/06)

1.1.1 - Programa de Controle da Tuberculose, com a cobertura de 78,1% das Unidades de Saúde;

1.1.2 - Tratamento Supervisionado da Tuberculose em 44,8% das Unidades de Saúde da Família

1.1.3 Redução de casos, de 2005 em relação a 2004, em 49,0% (até 31.06.2005), sendo que os casos de Tuberculose no Estado de 2002 a 2005 se apresentam conforme Quadro I a seguir:

QUADRO II

Ano	Estado	Ministério	Variação			
			Estado	Ministério	Período	
2002	1163	1392	100,00%	100,00%		
2003	1174	1460	100,95%	104,89%		
2004	1193	1490	101,62%	102,05%		
2005	1515	1515	126,99%	101,68%	130,27%	108,84%

Conforme se verifica, os números do Estado e do Ministério, apenas no último exercício são coincidentes em 1.515 casos notificados. Como os dados do Ministério abrangem os hospitais públicos, estaduais e municipais, e ainda os particulares, creio que seja o que espelha melhor a realidade, e assim, tomando ele como base, verificamos que no período apresentado pela Secretaria houve um aumento de 8,84% dos casos, o que reclama a todos os que fazem saúde pública no Estado, uma ação mais coordenada quanto a prevenção da tuberculose.

1.2 - ESQUISTOSSOMOSE

QUADRO III

Ano	Casos			Variação					
				Notificados		Confirmados			
	Notificados	Confirmados	Confirmados (Min. Saúde)	Estado	Período	Ano	Ministério	Período	Período
2002	485	303	91	100%		100%	100%		
2003	347	159	166	71,55%		52,48%	182,42%		
2004	716	259	261	206,34%		162,89%	157,23%		
2005	308	175	238	43,02%	63,51%	67,57%	91,19%	57,76%	261,54%

Também foi apresentada uma tabela com os casos notificados e confirmados de 2002 a 2005, que de igual forma comparei com os dados do Ministério da Saúde, e neste caso, creio que os dados estatísticos merecem no mínimo uma apreciação mais acurada, pois o Estado informa que dos 303 casos confirmados em 2002, estes caíram para 175 em 2005, já o Ministério, informa que em 2002 foram 91 e em 2005 passaram para 238 casos. Do ponto de vista estatístico, estes números, tanto da Secretaria quanto do Ministério, indicam fortes inconsistências.

1.3 - HEPATITE VIRAL

QUADRO IV

Ano	Casos				
		Confirmado		Confirmado	
	Notificados	Estado	Ministério	Estado	Ministério
2002	1486	683	1539	100,00%	100,00%
2003	1850	596	1838	87,26%	119,43%
2004	1582	597	947	100,17%	51,52%
2005	1766	487	2.022	81,57%	213,52%

No combate a esta virose, verifica-se que os números do Estado são mais homogêneos que os do Ministério e apresentam uma variação negativa de 28,70% para o período, contra o índice positivo de 31,38% pelos dados ministeriais. Sobre estes últimos, tenho como impossível que em 2003 tenham sido registrados 1838 casos, em 2004, 947 e em 2005, 2022 casos confirmados.

1.4 – RUBÉOLA

QUADRO V

Ano	Casos				
		Confirmado		Confirmado	
	Notificados	Estado	Ministério	Estado	Ministério
2002	549	30	577	100,00%	100,00%
2003	435	15	434	50,00%	75,22%
2004	389	5	381	33,33%	87,79%
2005	469	2	495	40,00%	129,92%

Neste caso, os dados indicam queda no Estado de praticamente 100% e pelo Ministério, queda de 15%, embora que, mais uma vez se verifique inconsistência nos dados, tendo em vista que em 2005 foram registrados apenas 2 casos pelo Estado e o Ministério aponta para 495 casos confirmados. Acredito que esteja havendo deficiência no fluxo de informações, pois os casos notificados, em 2005, pelo Estado (469) são praticamente os casos dados como confirmados pelo Ministério (495).

1.5 – AIDS

O relatório da Secretaria destaca as seguintes ações:

- Produção e entrega de material informativo sobre DST e AIDS à sociedade
- Aumento do acesso aos testes HIV, em especial para a gestante

Não foram disponibilizados os dados pelo sistema nacional na data do relatório, no entanto em diligência, pessoal, à Secretaria, o quadro incorporando os dados de 2005 é:

QUADRO VI

Ano	Estado	Ministério	Variação			
			Estado	Ministério	Período	
2002	208	253	100,00%	100,00%		
2003	149	280	71,63%	110,67%		
2004	137	793	91,95%	238,21%		
2005	305	305	222,63%	38,46%	146,63%	120,55%

Mais uma vez há dados inconsistentes entre as duas fontes, no entanto, em ambas se analisarmos o período de 2002 a 2005 houve um crescimento, no Estado de 46,63% e no Ministério de 20,55%. Vale observar que neste caso os dados para o exercício de 2005 são coincidentes em 305 casos.

1.6 - HANSENÍASE

Destaca a Secretaria a ampliação da Cobertura das Ações de Controle da Hanseníase de 52% para 88,34% , não especificando sobre a que base se refere este controle e nem qual foi o tipo da ação. Aduzimos que se refira aos portadores da doença.

Informa ainda que a Paraíba é referência internacional em experiência com oficinas de calçados para melhorar a deambulação (conforto ao caminhar) e que foram implantadas Oficinas de Calçados para Portadores de Hanseníase em 04 municípios.

Os dados do controle da doença se apresentam conforme quadro abaixo:

QUADRO VII

Ano	Estado	Ministério	Variação			
			Estado	Ministério	Período	
2002	902	996	100,00%	100,00%		
2003	923	1036	102,33%	104,02%		
2004	783	1007	84,83%	97,20%		
2005	1493	1158	147,89%	115,00%	128,38%	116,27%

Mais uma vez os dados se apresentam inconsistentes e/ou conflitantes, no entanto, percebe-se, pelas duas fontes, que o percentual comparado ano a ano é de tendência crescente. Vale analisar os dados apresentados pelo Estado nos anos de 2004 e 2005, onde o número de casos saiu de 783 para 1493, o que me leva, mesmo à distância e com conhecimento apenas do relatório, a compreender que estes dados são irreais, devendo haver falhas nas estatísticas dos anos anteriores, pois em 2005 ao que tudo indica houve um acerto nas duas bases de dados, pois os número são coincidentes em 1493 casos.

2) ATENÇÃO BÁSICA

Quanto aos demais aspectos da atenção básica de saúde pública informaram ainda que:

- Foram instalados 8 Comitês Regionais de Prevenção à Morte Materna;
- Certificação de 215 Municípios nas ações de Vigilância Saúde, correspondendo a 96,40% de sua totalidade;
- Qualificação de Óbitos por Causas Mal Definidas em 2001 era de 44,1%, caindo em 2004 para 29,4%, (não foi apresentando o dado de 2005);
- Campanhas de Vacinação com 100% das metas atingidas;

Os dados não foram apresentados anualmente, o que impossibilita uma análise quantitativa da evolução das ações, apenas é dado conhecer a situação em 2002 e 2005 conforme a tabela a seguir.

QUADRO VIII

Dados de Cobertura	2002	2005	Var.
Municípios com PSF	210	223	6,19%
Equipes da Saúde na Família	769	1.134	47,46%
Equipes de Saúde Bucal	332	967	191,27%
ACS	5.923	7.394	24,84%
Cobertura PACS	89,60%	100,00%	
Cobertura PSF	76,50%	100,00%	

Conforme o informado, a cobertura com o Programa da Saúde na Família é de 100%, ou seja, está presente em todos os municípios. Como a quantidade total de equipes é de 1134, concluímos que para uma população de 3.500.000 habitantes, agrupadas em famílias de 5 pessoas, indica que cada equipe toca o quinhão de 618 famílias, número que me parece excessivo para um atendimento proposto pelo programa. A meu ver, caberia ao Tribunal, nas próximas prestações de contas, um aprofundamento neste estudo.

3) PROMOÇÃO À SAÚDE DA MULHER, DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Informa o relatório que foram criados em Patos (2) e em Pedro Regis (1) Postos de Coleta do Programa de Triagem Neonatal.

Foram assinados em 8 municípios os Termos de Adesão ao Programa de Humanização do Pré-Natal (PHON).

Foram adquiridos equipamentos hospitalares para assistência à gestação de alto risco e dos serviços de rede para o Hospital Santa Filomena em Monteiro e hospitais em Cajazeiras e Patos.

Criou-se a Política de Registro Civil Gratuito – implantado em 5 maternidades públicas de João Pessoa - com incentivo de R$ 5,00 na AIH/SAI/SUS por criança registrada;

4) HEMORREDE

A Hemorrede do Estado é composta por 10 hemonúcleos e 2 hemocentros, distribuídos nas

principais cidades do Estado nos quais se fizeram 49.336 coletas e 62.583 transfusões, e se distribuíram na forma detalhada da tabela abaixo.

QUADRO IX

Cidades	Quantidade			
	Coletas	Transfusões	Coletas	Transfusões
João Pessoa	18.913	34.275	38,34%	54,77%
Campina Grande	15.333	19.295	31,08%	30,83%
Patos	4.004	1.716	8,12%	2,74%
Guarabira	2.532	1.914	5,13%	3,06%
Souza	2.244	1.997	4,55%	3,19%
Cajazeiras	1.557	916	3,16%	1,46%
Catolé do Rocha	1.185	995	2,40%	1,59%
Monteiro	1.100	466	2,23%	0,74%
Piancó	789	403	1,60%	0,64%
Picuí	596	319	1,21%	0,51%
Itaporanga	628	158	1,27%	0,25%
Princesa Izabel	455	129	0,92%	0,21%
TOTAL	**49.336**	**62.583**		

Destes dados, extrai-se que João Pessoa e Campina Grande, respondem em conjunto, por 69% e 81% dos casos de coletas e transfusões, percentuais que indicam da importância das políticas públicas de saúde nestes municípios para o conjunto da população do Estado, impondo ao gestor de saúde do Estado e destes municípios uma completa integração no que diz respeito às suas ações por refletirem diretamente no conjunto da população residente em outros municípios.

4.1 - ATENDIMENTO MÉDICO, ODONTOLÓGICO E FISIOTERÁPICO

Os atendimentos ocorreram apenas nas cidades de João Pessoa e Campina Grande, a partir dos seus hemocentros, conforme os dados abaixo demonstrados:

QUADRO X

Atendimentos	Total	Secretaria
Médico	12.859	1.170
Odontológico	6.755	614
Fisioterápico	3.963	360
TOTAL	**23.577**	**2.144**

5) CENTRAL DE TRANSPLANTES

Informa o relatório de atividades da Secretaria que foram tomadas as seguintes providências no que diz respeito a dotar o Estado de uma política que atenda a demanda de transplantes:

- Cadastramento dos hospitais de João Pessoa como doadores e transplantadores junto ao Sistema Nacional de Transplantes (SNT);
- Planos de apoio aos pacientes renais, transplantados e em lista de espera para transplante;
- VI Campanha Nacional e V Campanha Estadual de doação de órgãos e tecidos;
- Elaboração do projeto de Banco de Olhos da Paraíba;
- Programa de Formação de Equipes Intra-Hospitalar de Transplante;
- Plano de Ação para realização de transplante renal no Estado da Paraíba.

Os atendimentos foram:

QUADRO XI

Atendimentos	TOTAL
Córnea	144
Rim	7
Válvula	-
Fígado	10
Coração	3

Quanto à cobertura do Cartão SUS nos 223 municípios apresenta dados estatísticos sobre o número de municípios e qual o percentual de cobertura da população conforme dados a seguir, não se podendo concluir qual o percentual da população já detêm o Cartão SUS. Aqui, mais uma vez,cabe recomendar que nas próximas análises de prestação de contas este seja um dos assuntos a ser melhor pesquisado, pois, a adoção do cartão é um passo importante no sentido de se acabar a tão conhecida duplicidade de atendimentos e o conhecimento "passeio" dos pacientes no sistema de saúde estatal.

6) COBERTURA DO CARTÃO SUS NA PARAÍBA

QUADRO XII

MUNICÍPIOS		Cobertura
Quantidade	Percentual	
74	33,18%	100
35	15,70%	99-90
36	16,14%	89-80
25	11,21%	79-70
19	8,52%	69-60
15	6,73%	59-50
7	3,14%	49-40
6	2,69%	39-30
1	0,45%	23,16
5	2,24%	Abaixo de 20%
223		-

7) SANEAMENTO E ENGENHARIA/OBRAS E REFORMAS

Constam ainda, demonstrativos dos gastos com obras e reformas em diversos prédios da Secretaria que totalizaram a importância de R$ 2.266.133,08, correspondendo a 2,92% do valor gasto pela unidade orçamentária Gabinete da Secretaria e a 0,77% do orçamento total da Secretaria de Estado da Saúde.

8) VIGILÂNCIA SANITÁRIA/AGEVISA

As informações contidas no relatório tocante as ações de Vigilância Sanitária no Estado são apresentadas de forma genérica, impossibilitando uma análise quantitativa e/ou qualitativa de suas ações, devendo ser verificado quando da análise das contas daquela Agência. Quero apenas destacar que para 1096 empresas licenciadas ocorreram 2719 inspeções realizadas, portanto mais de 2 inspeções por empresa.

9) MEDICAMENTOS EXCEPCIONAIS

Sobre medicamentos a Auditoria remete as irregularidades apontadas para serem analisadas

quando da prestação de contas do FESEP, por entender que as despesas foram alocadas naquele Fundo.

Entendo a posição da auditoria, no entanto, mais do que simples verificação de estoque, precisa este Tribunal avançar nas suas análises, não apenas nesta direção, mas e muito mais, no sentido de se auditar o sistema de distribuição de medicamentos, no sentido de esclarecer quais são o métodos adotados para se estabelecer quais os tipos, as quantidades, qual o fluxo dos medicamentos que devem ser adquiridos, inclusive adentrando ainda nos critérios de distribuição e nas condições de armazenamento e logística de distribuição.

Apenas como argumento, para justificar estas preocupações e ainda demonstrar a necessidade de que seja criado um sistema com início, meio e fim no que diz respeito a este item, vejamos o que diz o relatório da Secretaria.

A quantidade de itens adquiridos de março a novembro foi de 129 itens, não havendo maiores detalhes sobre quantidades e tipos de itens adquiridos.

O gasto foi de R$ 21.754.658,42 no ano, (média mensal de R$ 1.812.888,20). Valendo observar que esta despesa é maior que a de 213 municípios do nosso Estado, o que remete, no meu entender, a necessidade que tem nosso Tribunal de melhor se preparar para fiscalizar este tipo de despesa, não apenas no Estados mas, em todos os municípios sob sua jurisdição.

Como reforço para a tese, a grosso modo, chamo a atenção que, para uma população de 3,5 milhões de habitantes, o gasto *per capta* do Estado com medicamentos é de R$ 6,21, por habitante. Nos municípios que tenho sido relator, tenho apresentado sempre este indicador "Gasto *per capta* com Medicamentos" que é em média de R$ 26,55. Portanto, se somarmos os gastos *per capta* do Estado com o dos municípios chegamos a um valor de R$ 32,86 por habitante e ao se multiplicar pela população concluímos que o gasto com medicamento no Estado, compreendendo Estado e municípios, poderá ser de 115 milhões de reais por ano, que, pela sua magnitude, está a reclamar melhor atenção de nossa parte, inclusive com capacitação da Auditoria neste particular e ainda pesquisa nacional, nas demais unidades federadas, de modo que se possa fazer uma análise comparativa das despesas.

Informa ainda o gestor que foram tomadas as seguintes providências:

- Organização do quadro funcional para Arquivo e Farmácia;
- Estabelecimento do Programa Anual de Aquisição de Medicamentos;
- Formação de Comissões Médicas para melhoria das avaliações médicas;
- Revisão nos processos de Abandono de Tratamento;
- Ampliação de espaços físicos;
- Acompanhamento e Avaliação dos serviços;
- Implantação do Calendário de dispensação por patologia;
- Implantação do programa informatizado;
- Aquisição de móveis e equipamentos administrativos;
- Serviços de manutenção e melhoria predial para implantação do SICMEX.

Como pode ser constatado, a Secretaria já tem iniciativas quanto ao estabelecimento de um programa anual de aquisição e ainda a implantação de um programa informatizado, além de outras iniciativas, que tudo indicam, se refiram a melhoria no controle e nos procedimentos administrativos e gerenciais ora reclamados.

Portanto, agradecendo a paciência de V.Exa. por estas alentadas preliminares, me debruço sobre as conclusões da Auditoria.

Das irregularidades apontadas, as relativas aos itens "a", "b", e "f" dizem respeito às questões de pessoal, que conforme já informei serão objetos de apreciação em processo apartado.

Quanto à irregularidade apontada no item "d", afirmando que "há incoerência quanto às informações e dados contidos no Relatório de Atividades e os gastos realizados através da SES", deixo de acatar esta alegação por entender que foi atendida a determinação deste Tribunal con-

tida na Resolução RN TC Nº 08/2004 (art. 2º, inciso IV, "b"), que orienta no sentido de ser encaminhado o Relatório detalhado com as atividades desenvolvidas, afinal, bem pelo contrário, é prerrogativa do Secretário de Saúde a política e gestão das ações de saúde pública no Estado, e estas ações obrigatoriamente devem ser informadas a este Tribunal quando da prestação de contas, como foi efetivamente feito.

Assim, por todo o exposto e considerando as conclusões a que chegou o órgão de instrução, restando irregularidades inerentes a contratação e disponibilização de pessoal, voto no sentido de que os membros do Egrégio Tribunal de Contas do Estado da Paraíba:

1 – Julgue regular a Prestação de Contas da gestão do Sr. Paulo Roberto Galdino Cavalcanti e Julgue regular com ressalvas a Prestação de Contas da gestão do Sr. Reginaldo Tavares de Albuquerque, resguardando a análise das questões relativas à gestão de pessoal para os autos da inspeção especial (Processo TC Nº 5783/03), visto que mesmo que se julgue irregulares as contratações, a responsabilidade também cairá sobre gestores da Secretaria de exercícios passados;

2 – Recomende ao atual gestor, se ainda não ocorrida, providências no sentido de corrigir as falhas aqui apontadas, notadamente no que diz respeito à fidedignidade e consistência de dados estatísticos, bem como na melhoria do sistema de quantificação, aquisição, guarda e distribuição dos medicamentos.

3 - Recomende ao atual titular da pasta, no sentido de cumprir os preceitos constitucionais e demais legislações dispositivas sobre a gestão pública; e,

4 – Por fim, que este Pleno **determine ao Órgão Auditor** que, nas análises das prestações de contas dos exercícios vindouros, sejam aprofundadas suas diligências nos aspectos ora levantados, sem prejuízo de outros que julgue necessários, de forma que se avance na metodologia de análise da prestação de contas além dos seus aspectos meramente formais, para os aspectos de eficácia, eficiência e efetividade, conforme preceitua a Lei de Responsabilidade Fiscal.

É o voto.

DO PEDIDO DE VISTAS

O Conselheiro Marcos Ubiratan Guedes Pereira, após pedido de vistas ofertou o seguinte voto:

a) Pelo **julgamento regular** da Prestação de Contas da gestão do Sr. Paulo Roberto Galdino Cavalcanti;

b) Pelo **julgamento regular com ressalvas** da Prestação de Contas da gestão do Sr. Reginaldo Tavares de Albuquerque,

c) Fixação de prazo de 60 (sessenta) dias ao atual Secretário de Saúde para completa regularização dos 244 ocupantes excedentes de cargos em comissão, sob pena de aplicação de multa e outras cominações legais.

ACÓRDÃO

Acórdão APL TC Nº 531-17/2008

EMENTA: Administração Estadual. SECRETARIA DE ESTADO DA SAÚDE. Prestação de Contas Anuais - Exercício de 2005. Regularidade das contas (período de 01 a 20/01/2005). Regularidade das contas com ressalvas (período de 21/01 a 31/12/2005). Fixação de prazo para regularização da ocupação excedente de cargos comissionados.

VISTOS, RELATADOS E DISCUTIDOS os presentes autos do processo TC nº 01992/06, que trata da Prestação de Contas Anual da Secretaria de Estado da Saúde relativa ao exercício de 2005, tendo como gestores os Srs. Paulo Roberto Galdino Cavalcanti (de 01 a 20/01/2005) e Reginaldo Tavares Albuquerque (de 21/01 a 31/12/2005), titulares, á época; ACORDAM os Conselheiros Membros do TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DA PARAÍBA, à unanimidade, em sessão realizada nesta data, na conformidade do voto do relator, com as alterações do voto do Conselheiro Marcos Ubiratan Guedes Pereira em:

1 – Julgar regular a Prestação de Contas da gestão do Sr. Paulo Roberto Galdino Cavalcanti e Julgar regular com ressalvas a Prestação de Contas da gestão do Sr. Reginaldo Tavares de Albuquerque;

2 – Fixar prazo de 60 (sessenta) dias ao atual Secretário de Saúde para completa regularização dos 244 ocupantes excedentes de cargos em comissão, sob pena de aplicação de multa e outras cominações legais;

3 – Recomendar ao atual gestor, se ainda não ocorrida, providências no sentido de corrigir as falhas aqui apontadas, notadamente no que diz respeito à fidedignidade e consistência de dados estatísticos, bem como na melhoria do sistema de quantificação, aquisição, guarda e distribuição dos medicamentos;

4 - Recomendar ao atual titular da pasta, no sentido de cumprir os preceitos constitucionais e demais legislações dispositivas sobre a gestão pública; e

5 – Por fim, que este Pleno **determine ao Órgão Auditor** que, nas análises das prestações de contas dos exercícios vindouros, sejam aprofundadas suas diligências nos aspectos ora levantados, sem prejuízo de outros que julgue necessários, de forma que se avance na metodologia de análise da prestação de contas além dos seus aspectos meramente formais, para os aspectos de eficácia, eficiência e efetividade, conforme preceitua a Lei de Responsabilidade Fiscal.

Presente ao julgamento a Exma. Sra. Procuradora do Ministério Público Especial.
Registre-se, publique-se e cumpra-se.

TC - Plenário Ministro João Agripino, João Pessoa-PB.

Conselheiro Arnóbio Alves Viana
Presidente

Conselheiro Fernando Rodrigues Catão
Relator

Ana Teresa Nóbrega
Procuradora Geral

DECISÃO DO TRIBUNAL PLENO

Processo TC nº 4729/09

CONSULTA formulada pela FAMUP, acerca da possibilidade de efetivação dos Agentes Comunitários de Saúde – Conhecimento. Resposta nos termos do presente Parecer.

Relator: Conselheiro Fábio Túlio Filgueiras Nogueira

RELATÓRIO:

Versam os presentes autos sobre Consulta formulada pela Federação das Associações de Municípios da Paraíba - FAMUP, através do seu Presidente e Prefeito do Município de Picuí, Sr. Rubens Germano Costa, acerca da possibilidade de efetivação dos Agentes Comunitários de Saúde, especificamente, solicitando os seguintes esclarecimentos:

1. a validade do procedimento, como processo seletivo legítimo para os agentes comunitários de saúde, à sombra da legislação de regência;
2. se, em assim sendo, o Município de Picuí está apto, à luz da aludida seleção, a proceder à efetivação dos servidores selecionados nos respectivos cargos;
3. se procedimento idêntico pode ser orientado pela FAMUP no âmbito dos demais municípios do Estado.

A presente consulta foi submetida à Consultoria Jurídica deste TCE, cujo parecer, informou que a mesma não preenche os requisitos de admissibilidade exigidos no art. 3°, da RN TC n° 02/05, no entanto, propôs que o expediente fosse respondido administrativamente, encaminhando-se ao consulente cópia do Parecer Normativo PN-TC-03/07[1] , mudando-se o que deve ser mudado, aplicando-se à hipótese consultada.

O Presidente do TCE, Conselheiro Antônio Nominando Diniz Filho determinou o encaminhamento da consulta à DIAFI para subsidiar o trabalho daquela Auditoria.

Manifestação da Auditoria de controle de atos de pessoal, fundamentada em levantamento técnico-jurídico, sugerindo nova resposta, diversa à contida no referido PN.

Pronunciamento do MPjTCE, pugnando pelo conhecimento da consulta e resposta nos termos do relatório da DIGEP, retificando-se, entretanto, um dos itens das justificativas ali emanadas.

Considerando a possibilidade da revogação de Parecer Normativo formalizado por ocasião da análise da outra consulta acerca da mesma matéria, que teve como Relator o Conselheiro Fábio Túlio Filgueiras Nogueira, o processo foi distribuído a este gabinete em 17/06/09.

VOTO DO RELATOR:

1. Das considerações iniciais.

1 PROCESSO-TC-6731/06 – Consulta da Prefeitura Municipal de Picuí acerca de efetivação dos Agentes Comunitários de Saúde daquele município.

Preliminarmente, há de se ressaltar o estudo minudente realizado pela douta Auditoria sobre o assunto, cuja abordagem apresentou precisão cirúrgica, ressalvando, apenas, o entendimento diverso do Órgão Ministerial, acompanhado por este relator, quanto à vinculação ao Regime Jurídico Único para as novas admissões.

2. Da Emenda Constitucional 51/2006.

Cabe esclarecer que a profissão de agente comunitário de saúde (ACS), reconhecida pela Lei Federal n° 10.507/02, surgiu em decorrência do desenvolvimento de ações preventivas no âmbito do Sistema Único de Saúde. Contudo, à época, o legislador foi omisso no que tange ao modo de celebração de vínculo com a Administração Pública, que, na prática, se materializava de forma precária ora através de contratos administrativos, ora por intermédio de OSCIPs, ora por cooperativas. Em face da indefinição descrita, os ACS permaneciam à margem dos direitos trabalhistas constitucionalmente assegurados.

Na esteira do sobredito, manifestação do Senador Rodolpho Taurino, através do Parecer 101/2006 no bojo do processo da Emenda n° 51/2006:

> *O principal problema da categoria, entretanto, é o fato de os agentes comunitários de saúdes não terem, em sua maioria, qualquer vínculo formal que lhes permita o usufruto de direitos trabalhistas e previdenciários.*
> *As formas encontradas para a remuneração do trabalho dos agentes têm sido precárias e insatisfatórias, sendo a mais freqüente a de contratos temporários de prestação de serviços, firmados entre as secretarias municipais de saúde e as associações de agentes, financiados, na maior parte das vezes, com recursos repassados pelo Ministério da Saúde, por meio de convênios.*

Na tentativa de regularizar a situação declinada, o Congresso Nacional editou a Emenda Constitucional n° 51/06, que inseriu os § 4°, 5° e 6° ao art. 198, da CF, nos seguintes termos:

> *Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:*
> *§ 4º Os gestores locais do sistema único de saúde poderão admitir agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias por meio de processo seletivo público, de acordo com a natureza e complexidade de suas atribuições e requisitos específicos para sua atuação.*
> *§ 5º Lei federal disporá sobre o regime jurídico e a regulamentação das atividades de agente comunitário de saúde e agente de combate às endemias.*
> *§ 6º Além das hipóteses previstas no § 1º do art. 41 e no § 4º do art. 169 da Constituição Federal, o servidor que exerça funções equivalentes às de agente comunitário de saúde ou de agente de combate às endemias poderá perder o cargo em caso de descumprimento dos requisitos específicos, fixados em lei, para o seu exercício.*

A mesma Emenda, em seu art. 2°, assim dispõe:

> *Art 2º Após a promulgação da presente Emenda Constitucional, os agentes comunitários de saúde e os agentes de combate às endemias somente poderão ser contratados diretamente pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios na forma do § 4º do art. 198 da Constituição Federal, observado o limite de gasto estabelecido na Lei Complementar de que trata o art. 169 da Constituição Federal.*
> *Parágrafo único. Os profissionais que, na data de promulgação desta Emenda e a qualquer título, desempenharem as atividades de agente comunitário de saúde ou de*

agente de combate às endemias, na forma da lei, ficam dispensados de se submeter ao processo seletivo público a que se refere o § 4º do art. 198 da Constituição Federal, desde que tenham sido contratados a partir de anterior processo de Seleção Pública efetuado por órgãos ou entes da administração direta ou indireta de Estado, Distrito Federal ou Município ou por outras instituições com a efetiva supervisão e autorização da administração direta dos entes da federação.

A partir deste ponto, passo a divagar, utilizando-me dos princípios da hermenêutica reconhecidos pela melhor doutrina, acerca das possíveis dúvidas atinentes aos preceptivos constitucionais.

3. Da forma de admissão dos agentes comunitários de saúde, após a Emenda n° 51/2006.

Inicialmente, chama atenção o disposto no § 4° supra, posto que a dicção do citado postulado nos remete à discricionariedade do gestor local que pode (faculdade!) promover a admissão de agentes de saúde e agentes de combate de endemias mediante processo seletivo público, sem excluir a possibilidade de seleção através de concurso público. Todavia, entendo caber alguns comentários acerca da interpretação ofertada.

No que tange ao § 5° do art. 198, por ser norma de eficácia limitada, reclamava a edição de Lei Federal para conferir-lhe plenos efeitos. Sendo assim, o Governo Federal editou a Medida Provisória n° 297/2006, convertida, posteriormente, na Lei Federal n° 11.350/06, regulamentando as atividades dos agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias, bem como instituindo o regime jurídico, aos quais esses estariam vinculados.

A Lei Federal n° 11.350/06, que revogou a Lei n° 10.507/02, no inciso I, art. 6°, assim proclama:

Art. 6º O Agente Comunitário de Saúde deverá preencher os seguintes requisitos para o exercício da atividade:
I - residir na área da comunidade em que atuar, desde a data da publicação do edital do processo seletivo público;

Ante o acima disposto, depreende-se que os Agentes Comunitários de Saúde, dentre outros requisitos, devem residir na comunidade de sua atuação.

Já o § único, do art. 10 da retrocitada norma dispõe:

Art. 10. A administração pública somente poderá rescindir unilateralmente o contrato do Agente Comunitário de Saúde ou do Agente de Combate às Endemias, de acordo com o regime jurídico de trabalho adotado, na ocorrência de uma das seguintes hipóteses:
Parágrafo único. No caso do Agente Comunitário de Saúde, o contrato também poderá ser rescindido unilateralmente na hipótese de não-atendimento ao disposto no inciso I do art. 6o, ou em função de apresentação de declaração falsa de residência.

Da interpretação combinada dos dispositivos da Lei n° 11.350/2006, é fácil fazer a seguinte ilação: não se admite a possibilidade, para esses agentes de saúde, da investidura em cargo ou emprego público quando os mesmos não residirem nas respectivas comunidades de atuação.

O Agente Comunitário de Saúde é o elo de ligação entre a comunidade e as equipes que compõe o Programa de Saúde da Família, bem como, entre aquelas e os demais serviços de saúde. O seu mister é de todo imprescindível à consecução dos objetivos finalísticos da saúde pública, conforme diretrizes do Ministério da Saúde. Esse intentando, ao meu ver de forma acertada, rompe com as barreiras existentes ao acesso pleno aos serviços de saúde por parte da comunidade, mormente a mais carente, definiu que os citados agentes deveriam ser parte integrante da

localidade, posto que, assim, guardariam identidade com a população local partilhando cultura, linguagem, problemas e interesses.

Para adequar essa necessidade à realidade jurídica, deveria ser superado o seguinte impedimento: o acesso aos cargos e empregos públicos, permitido a todos os brasileiros natos ou naturalizados, conforme previsto no II, art 37, da CF, dá-se mediante aprovação em Concurso Público de provas ou de provas e títulos, sendo vedada qualquer possibilidade de discriminação abusiva, que desrespeite o princípio da igualdade, por flagrante inconstitucionalidade.

Apesar de a Constituição prever exceções para o ingresso no serviço público de forma diversa ao Concurso Público, quais sejam, as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração, bem como, a contratação por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público, os citados agentes não estariam por elas albergados.

Ao Concurso Público não se pode opor óbice que restrinja a participação de quaisquer interessados em concorrer ao ingresso no serviço público. Diante da referida afirmação, entendo que o instituto precitado não poderia ser acolhido como forma de seleção, em face da necessidade se estabelecer obrigatoriedade de residência em determinada localidade, fato que, *per si*, atenta contra o princípio da isonomia.

Para atender as Diretrizes da Saúde e salvaguardar esses agentes, que transitavam à margem da legalidade, o Legislador, utilizando-se Poder constituinte derivado, através da Emenda Constitucional 51/06, acrescentou ao art. 198 os § 4°, 5° e 6°. No que atine ao § 4°, abriu-se à possibilidade de admissão mediante processo seletivo público. Ante a estreita compreensão deste Relator, entendo que o processo seletivo público não se caracteriza como faculdade, e, sim, como uma imposição, na medida em que o Concurso Público resta prejudicado para permitir o ingresso de tais agentes públicos.

O processo seletivo público aqui tratado, visando atender aos princípios constitucionais supracitados, deverá observar as mesmas exigências em relação às peças que comporão o processo a ser remetido a esta corte de contas, constante no art. 3° da RN TC 103/98 (ou outra que venha a substituí-la), referentes a processos de admissão de concurso público, com as adaptações necessárias.

Contudo, para os Municípios que, para a seleção de tais agentes, fizeram uso do Concurso Público, sendo esta a única irregularidade constatada, acompanhando o entendimento da Auditoria, posiciono-me pela convalidação dos atos, advertindo à Administração Pública que se abstenha de repetir idêntica forma de preenchimento de vagas futuras.

4. Da submissão a regime jurídico.

Segundo leciona Celso Antônio Bandeira de Melo:

> *Cargo público são as mais simples e indivisíveis unidades de competência a serem expressas por um agente, prevista em número certo, com denominação própria, retribuídas por pessoa jurídica de Direito Público e criadas por lei(...).*
> *Os servidores titulares de cargos públicos submetem-se a um regime especificamente concebido para reger esta categoria de agentes. Tal regime é o estatutário ou institucional; (...).*
> *Empregos públicos são núcleos de encargos de trabalho permanentes a serem preenchidos por agentes contratados para desempenhá-los, sob relação trabalhista(...).*

Ante os ensinamentos do ilustre administrativista, é necessária uma breve análise sobre alguns dispositivos da Lei n° 11.350/2006.

Em seu art. 8°, a citada Lei, estabelece que os citados agentes "submetem-se ao regime jurídico estabelecido pela Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, salvo se, no caso dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, lei local dispuser de forma diversa". Interpretando o presente

preceptivo, que dá eficácia plena ao § 5º, art. 198, da Constituição Federal, conclui-se que seria possível a submissão dos ACS ao regime jurídico estatutário, desde que lei local assim dispusesse.

O art. 14 da referida norma legal informa que o gestor local do SUS responsável pela contratação dos profissionais de que trata esta Lei disporá sobre a criação dos empregos públicos e demais aspectos inerentes à atividade, observadas as especificidades locais. A redação do postulado, reforçando a determinação do art. 8°, dá azo ao gestor local, que no uso seu poder discricionário, em optar pelo regime jurídico, que melhor lhe convém, celetista ou estatutário, ao qual os agentes em apreço serão submetidos, quando permite a criação de empregos públicos no âmbito local.

Já o art. 16 "veda a contratação temporária ou terceirizada de Agentes Comunitários de Saúde e de Agentes de Combate às Endemias, salvo na hipótese de combate a surtos endêmicos, na forma da lei aplicável." A intelecção do dispositivo depreende-se que a contratação é essencialmente de caráter perene, com ressalvas específicas.

Inobstante a faculdade da escolha do regime jurídico, por meio de lei, por parte do gestor, há de se fazer algumas ressalvas quanto à adequação dos ACS ao regime estatutário, a saber.

É cediço que o servidor investido em cargo público de provimento efetivo, mediante aprovação em Concurso Público, após três anos de exercício adquire estabilidade no serviço público e as hipóteses de perda do cargo encontram-se elencadas nos incisos I, II e III, § 1°, art. 41, da Carta Magna, *in verbis*:

> *Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público.*
> *§ 1º O servidor público estável só perderá o cargo:*
> *I - em virtude de sentença judicial transitada em julgado;*
> *II - mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa;*
> *III - mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa.*

Em que se pese a possibilidade à submissão dos ACS ao regime jurídico estatutário, a estabilidade no serviço público, para esses, adquirida no transcurso temporal descrito, diversamente dos demais ocupantes de cargos públicos, não seria admitida na forma plena do art. 41, da CF. Explico: Enquanto os ocupantes de cargos de provimento efetivo, após a aquisição da estabilidade, apenas, poderiam perder o cargo conforme incisos do § 1º do art. 41, da CF, os ACS, em face da Lei 11.350/2006, em seu art. 10, § único, poderão ter rescindidas, unilateralmente, as relações contratuais quando deixarem de residir na comunidade de atuação.

Há de ressaltar que a Lei n° 11.350/06 trata, em seu art. 10, § único, de rescisão unilateral de contrato. Diante da letra normativa, em tese, poderia se entender que o Legislador conferiu esta faculdade ao gestor quando se verificar a relação de trabalho estabelecida sob a égide da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, não se aplicando aos agentes regidos estatutariamente. Sob esta ótica, em tese, a estabilidade dos ACS, quando submetidos ao regime jurídico estatutário, operaria à semelhança dos demais ocupantes de cargo de provimento efetivo.

De outro prisma, contrariando o informado no parágrafo acima, o § 6°, do art. 198, da CF, inserido pela Emenda Constitucional 51/06, informa que ambos os agentes, aqui tratados, poderão perder o cargo em caso de descumprimento dos requisitos específicos, fixados em lei (n° 11.350/2006), para o seu exercício.

Considerando que norma constitucional se sobrepõe à lei ordinária, é possível concluir que, tanto os ACS quanto os ACE, mesmo regidos pelo regime estatutário, ao final do período do estágio probatório, não gozam de estabilidade plena, nos termos do art. 41 da CF, como os demais ocupantes de cargos públicos.

O Corpo Técnico, em seu primoroso trabalho, considerando a decisão proferida pelo STF, através de Medida Cautelar, ADI MC 2.135/DF, em 02/08/2007 (com ressalva dos efeitos *ex nunc*), restabelecendo o regime jurídico único e suspendendo a alteração provocada pela EC 19/98,

devido à ocorrência de vício formal em sua elaboração, entendeu impossível a contração dos agentes através da CLT.

Unicamente nesse aspecto, o MPjTCE manifestou-se de forma diversa a Auditoria, entendendo que é próprio da natureza das Medidas Cautelares gerarem efeitos *ex nunc*, subsistindo a legislação editada nos termos emenda declarada suspensa, como informado no corpo da decisão do Excelso Pretório. Em sendo assim, a legislação que regulamenta as atividades dos ACSs e ACEs, Lei n° 11.350/2006, que é anterior a cautelar, continuaria com suporte constitucional de validade e pode ser aplicada.

Continuando, o *parquet*, sabiamente, informou que, "em julgamento de mérito, o art. 39, da Constituição Federal, com redação dada pela EC 19/98, venha a ser declarado inconstitucional com efeitos desde a origem (*ex tunc*), a base constitucional do art. 8º da Lei n° 11.350/2006 ainda subsistirá, porquanto consignada especificamente no § 5°, do art. 198, da Carta da República, incluídos pela EC 51/2006."

Outrossim, corroborando com o formulado acima, não se pode olvidar que no texto da Lei n° 11.350/06, nos artigos 8º, 9°, 10, 14, 15, 16, 17, 18 e 19, há expressa referência a termos como contratos, contratações e Consolidação das Leis do Trabalho, enquanto apenas os artigos 10, 14 e 17, mencionam a terminologia de cargos públicos, os quais se submetem ao regime jurídico estatutário. Com base no exposto, segundo esta constatação, a intenção do legislador seria, fundamentalmente, a adoção do regime celetista.

Nesse sentido, coloco-me em estreita comunhão com Órgão Ministerial. Destarte, entendo que o regime jurídico a ser adotado, a exemplo do consubstanciado na Lei, deve ser o estabelecido na CLT, e, excepcionalmente, o estatutário, quando assim dispor lei local.

Por fim, apesar de implícito, é imperioso destacar que aos Entes da Federação, no âmbito de sua autonomia administrativa, é vedada a adoção simultânea de mais de um regime jurídico, para admissão desses agentes, ou seja, a opção pelo regime da Consolidação das Leis do Trabalho exclui aplicabilidade do regime Estatutário e vice-versa, para os fins suscitados.

5. Dos profissionais em exercício nas atividades antes da Emenda n° 51/2006.

Os profissionais que antes da Emenda n° 51/2006 desempenhavam as atividades descritas, segundo o § único do art. 2° da propalada emenda, bem como § único, do art. 9°, da Lei n° 11.350/06, serão dispensados de se submeterem ao processo seletivo público, desde que tenham sido aprovados em processo de seleção pública anterior efetuado por órgãos ou entes da administração direta ou indireta de Estado, Distrito Federal ou Município ou por outras instituições com a efetiva supervisão e autorização da administração direta dos entes da federação. No caso em tela, a comprovação de processo seletivo anterior deve atender, no mínimo, as exigências contidas na Resolução CIB/E-PB n° 033/99, quais sejam:

I. Divulgação (editais, resultados e convocações);
II. Inscrição;
III. Organização da prova;
IV. Aplicação da prova;
V. Classificação e publicação dos resultados;
VI. Convocação.

Entretanto, antes do ingresso no quadro de pessoal do ente, é fundamental a edição de lei local criando empregos, ou, excepcionalmente, cargos públicos a serem preenchidos.

Quanto àqueles que antes da Emenda n° 51/2006 desempenhavam as atividades descritas, porém não investidos em cargo ou emprego público e, também, não submetidos a processo de seleção anterior poderão permanecer no exercício destas atividades, até que seja concluída a realização de processo seletivo público pelo ente federativo, sendo vedado o seu ingresso no quadro de pessoal do ente.

6. Das conclusões.

Após as dissertações proferidas, acompanho, na integralidade, o Parecer do Órgão Ministerial, o qual, com mínima ressalva, ratificou o entendimento da Auditoria, nos seguintes termos:

- A forma de admissão dos agentes comunitários de saúde, após a Emenda n° 51/2006, deve ser precedida de Processo Seletivo Público, o qual deverá observar as mesmas exigências em relação às peças que comporão o processo a ser remetido a esta corte de contas, constante no art. 3° da RN TC 103/98 (ou outra que venha a substituí-la) referente a processos de admissão de concurso público.

- Para os Municípios que, para a seleção de agentes comunitários de saúde, fizeram uso do Concurso Público, sendo esta a única irregularidade constatada, acompanhando o entendimento da Auditoria, posiciono-me pela convalidação dos atos, advertindo à Administração Pública que se abstenha de repetir idêntica forma de preenchimento de vagas futuras;

- O regime jurídico a ser adotado, a exemplo do consubstanciado na Lei, deve ser o estabelecido na CLT, e, excepcionalmente, o estatutário, quando assim dispor lei local;

- Aos Entes da Federação, no âmbito de sua autonomia administrativa, é vedada a adoção simultânea de mais de um regime jurídico, para admissão desses agentes, ou seja, a opção pelo regime da Consolidação das Leis do Trabalho exclui aplicabilidade do regime Estatutário e vice-versa, para os fins suscitados.

- A forma de admissão prevista na EC51/2006 c/c a Lei Federal 11.350/2006, não confere ao seu ocupante efetividade plena;

- É vedada a contratação temporária ou terceirizada de Agentes Comunitários de Saúde e de Agentes de Combate às Endemias, salvo na hipótese de combate a surtos endêmicos, na forma da lei aplicável;

- Os profissionais que antes da Emenda n° 51/2006 desempenhavam as atividades descritas, segundo o § único do art. 2° da propalada emenda, bem como § único, do art. 9°, da Lei n° 11.350/06, serão dispensados de se submeterem ao processo seletivo público, desde que tenham sido aprovados em processo de seleção pública anterior efetuado por órgãos ou entes da administração direta ou indireta de Estado, Distrito Federal ou Município ou por outras instituições com a efetiva supervisão e autorização da administração direta dos entes da federação, devendo a comprovação do processo seletivo anterior atender, no mínimo, as exigências contida na Resolução CIB/E-PB n° 033/99, quais sejam:

I. Divulgação (editais, resultados e convocações);
II. Inscrição;
III. Organização da prova;
IV. Aplicação da prova;
V. Classificação e publicação dos resultados;
VI. Convocação.

- Quanto àqueles que antes da Emenda n° 51/2006 desempenhavam as atividades descritas, porém não investidos em cargo ou emprego público e, também, não submetidos a processo de seleção anterior poderão permanecer no exercício destas atividades, até que seja concluída a realização de processo seletivo público pelo ente federativo, sendo vedado o seu ingresso no quadro de pessoal do ente;

- Tornar sem efeito o Parecer Normativo PN TC 03/2007;

- Orientar aos gestores, mediante Resolução, sobre a aplicação da EC 51/2006 c/c Lei Federal n° 11.350/2006, nos moldes do Parecer em apreço.

DECISÃO DO TRIBUNAL PLENO

Vistos, relatados e discutidos os autos do Processo TC n° 4729/09, os membros do TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DA PARAÍBA (TCE/PB), decidem, à unanimidade, na sessão plenária realizada nesta data, tomar conhecimento da consulta supra caracterizada e, no mérito, respondê-la, nos seguintes termos:

I. A forma de admissão dos agentes comunitários de saúde, após a Emenda n° 51/2006, deve ser precedida de Processo de Seletivo Público, o qual deverá observar as mesmas exigências em relação às peças que comporão o processo a ser remetido a esta corte de contas, constante no art. 3° da RN TC 103/98 (ou outra que venha a substituí-la) referentes processos de admissão de concurso público.

II. Para os Municípios que, para a seleção de agentes comunitários de saúde, fizeram uso do Concurso Público, sendo esta a única irregularidade constatada, determine-se à convalidação dos atos, advertindo à Administração Pública que se abstenha de repetir idêntica forma de preenchimento de vagas futuras;

III. O regime jurídico a ser adotado, a exemplo do consubstanciado na Lei, deve ser o estabelecido na CLT, e, excepcionalmente, o estatutário, quando assim dispor lei local;

IV. Aos Entes da Federação, no âmbito de sua autonomia administrativa, é vedada a adoção simultânea de mais de um regime jurídico, para admissão desses agentes, ou seja, a opção pelo regime da Consolidação das Leis do Trabalho exclui aplicabilidade do regime Estatutário e vice-versa, para os fins suscitados.

V. A forma de admissão prevista na EC51/2006 c/c a Lei Federal 11.350/2006, não confere ao seu ocupante efetividade plena;

VI. É vedada a contratação temporária ou terceirizada de Agentes Comunitários de Saúde e de Agentes de Combate às Endemias, salvo na hipótese de combate a surtos endêmicos, na forma da lei aplicável;

VII. Os profissionais que antes da Emenda n° 51/2006 desempenhavam as atividades descritas, segundo o § único do art. 2° da propalada emenda, bem como § único, do art. 9°, da Lei n° 11.350/06, serão dispensados de se submeterem ao processo seletivo público, desde que tenham sido aprovados em processo de seleção pública anterior efetuado por órgãos ou entes da administração direta ou indireta de Estado, Distrito Federal ou Município ou por outras instituições com a efetiva supervisão e autorização da administração direta dos entes da federação, devendo a comprovação do processo seletivo anterior atender, no mínimo, as exigências contida na Resolução CIB/E-PB n° 033/99, quais sejam:

- Divulgação (editais, resultados e convocações);
- Inscrição;

- Organização da prova;
- Aplicação da prova;
- Classificação e publicação dos resultados;
- Convocação.

VIII. Quanto àqueles que antes da Emenda n° 51/2006 desempenhavam as atividades descritas, porém não investidos em cargo ou emprego público e, também, não submetidos a processo de seleção anterior poderão permanecer no exercício destas atividades, até que seja concluída a realização de processo seletivo público pelo ente federativo, sendo vedado o seu ingresso no quadro de pessoal do ente;

IX. Tornar sem efeito o Parecer Normativo PN TC 03/2007;

X. Orientar aos gestores, mediante Resolução, sobre a aplicação da EC 51/2006 c/c Lei Federal n° 11.350/2006, nos moldes do Parecer em apreço.

Publique-se, registre-se e cumpra-se.
TCE-Plenário Ministro João Agripino

João Pessoa, 26 de agosto de 2009

Conselheiro Antônio Nominando Diniz Filho
Presidente

Conselheiro Fábio Túlio Filgueiras Nogueira
Relator

Conselheiro Flávio Sátiro Fernandes

Conselheiro Arnóbio Alves Viana

Conselheiro José Marques Mariz

Conselheiro Fernando Rodrigues Catão

Cons. Subst. Oscar Mamede Santiago Melo

Fui presente,
Ana Teresa Nóbrega
Procuradora Geral do Ministério Público junto ao TCE-Pb

PARECER MINISTERIAL

Processo TC nº 4729/09

Processual – Ex-PrefeitoMunicipal – Interposição de Recurso de Reconsideração em sede Prestação de Contas Anuais – Insurgência contra a emissão de Parecer Contrário e Acórdão impositivode multa e débito – Anterior manejo de Embargos Declaratórios contra os aludidos provimentos – Não conhecimento da via aclaratória por manifesta deficiência formal – Impossibilidade de suspensão dos prazos destinados às demais modalidades recursais – Doutrina – Jurisprudência – Conseqüente extemporaneidade do pleito de reconsideração – Não-conhecimento que se impõe.

Procurador Marcilio Toscano Franca Filho

Cuida-se de Recurso de Reconsideração manejado por **DINALDO MEDEIROS WANDERLEY**, Ex-Prefeito do Município de Patos, hostilizando o Parecer PPL – TC n.º 01/2007 e o Acórdão APL – TC n.º 01/2007, ambos correlativos à Prestação de Contas da Prefeitura Municipal de Patos, exercício financeiro de 2003.

Por conduto dos citados pronunciamentos, ora impugnados, o Órgão Plenário desta Corte emitiu parecer contrário à aprovação das referidas contas, bem como imputou débito e aplicou multa ao nominado recorrente.

Inconformado com o teor dos decisórios, o ex-gestor opôs embargos declaratórios. Todavia, este Tribunal, em razão da inexistência de requisito de admissibilidade, qual seja, a regularidade formal da peça de ingresso, não tomou conhecimento da insurgência, nos termos do Acórdão APL – TC n.º 60/2007.

Em seguida, o interessado interpôs o presente Recurso de Reconsideração, tencionando, preliminarmente, a nulidade do Parecer PPL – TC n.º 01/2007 e do Acórdão APL – TC n.º 01/2007 e, no mérito, o provimento da insurreição com a conseqüente reforma de tais pronunciamentos.

A Unidade Técnica, concluiu que "os argumentos e documentos apresentados pelo recorrente não são suficientes para alterar as decisões plenárias consubstanciadas no Parecer PPL TC n.º 01/2007 e Acórdão APL TC n.º 01/2007".

Em seguida, os autos vieram a este *Parquet* para exame e pronunciamento.

É, NA ESSÊNCIA, O QUE INTERESSA RELATAR. PASSA-SE A OPINAR.

O Recurso de Reconsideração, em tela, **não merece ser conhecido.**

Consoante relatado, após a prolação dos provimentos vergastados, o recorrente intentou embargos declaratórios. Esta Corte, no entanto, não tomou conhecimento da sublevação, na forma do Acórdão APL – TC n.º 60/2007, assim ementado:

"PREFEITURA MUNICIPAL DE PATOS. PRESTAÇÃO DE CONTAS. EXERCÍCIO DE 2003. EM-

BARGOS DE DECLARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DOS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE. NÃO CONHECIMENTO".

Pois bem. É cediço que os embargos de declaração podem suspender os prazos para o cumprimento da decisão embargada e para a interposição do recurso de reconsideração e de revisão, bem como do apelo, a teor do art. 34, §2º, da Lei Complementar Estadual n.º 18/93.

Entrementes, na visão deste *Parquet*, o simples manejo dos aclaratórios não suspende, de imediato, os prazos destinados à utilização das aludidas modalidades recursais. Na processualística civil, ambiente em que os embargos de declaração interrompem – e não suspendem - os demais prazos de recursos[1], enfatiza a doutrina especializada:

> *É certo que o oferecimento dos embargos só interrompe o prazo para a interposição de outros recursos, desde que admissíveis, isto é, conhecidos. Engana-se Clito Fornaciari Junior ao afirmar que 'a interrupção do prazo em curso opera-se com a só protocolização dos embargos e para qualquer das partes, tanto a embargante como a embargada. Da mesma forma, é indiferente para a interrupção se os embargos são conhecidos ou não, providos ou não, mesmo que o não-conhecimento decorra de vício de intempestividade'.* ***O equívoco é palmar! Como bem ressalta Ernane Fidélis dos Santos, 'ao que não se conhece, não se podem atribuir efeitos, razão pela qual embargos não conhecidos não devem ser causa de interrupção de prazo de outros recursos. Juridicamente não existem, e o que não existe não pode ser elemento nem óbice de nada*** [2]***.***
>
> ***Desde que conhecidos os embargos de declaração, esses interrompem o prazo para a interposição de outros recursos por qualquer das partes (STJ, 4ª Turma, EDcl nos Edcl nos Edcl no AgRg no Ag 816.356/MG, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. em 20.11.2007, DJ 03.12.2007, p. 318). Observe-se que o conhecimento dos embargos de declaração depende da narrativa do embargante no sentido da existência de obscuridade, contradição ou omissão. A efetiva existência desses vícios constitui o mérito dos embargos declaratórios. Para que o órgão jurisdicional conheça dos embargos basta a afirmação do recorrente no sentido da existência de obscuridade, contradição ou omissão, além, é claro, do atendimento dos demais requisitos de admissibilidade recursal***[3]***.***

Na espécie, os embargos de declaração manejados pelo ex-gestor do Município de Patos não foi conhecido por deficiência formal, entalhada no petitório recursal, isto é, o embargante, ao expor sua irresignação, não aventou nenhuma das hipóteses legais de cabimento da via aclaratória (omissão, obscuridade, contradição), aspecto oportunamente registrado ao longo da fundamentação plasmada no Acórdão APL – TC n.º 60/2007. Vale dizer: os embargos declaratórios não veicularam, a rigor, matéria de mérito, porquanto, segundo o magistério supra, tal modalidade recursal depende da narrativa do embargante no sentido da existência dos mencionados vícios. Se não houve a argüição dos defeitos sanáveis por meio dos declaratórios, a insurgência mereceu, sim, receber o juízo negativo de admissibilidade.

Nessa ordem de idéias, não há qualquer óbice quanto à aplicação, na espécie, da tese referente à impossibilidade de interrupção/suspensão do prazo destinado aos outros recursos

---

1 Nos termos do art. 538, caput, do Código Processual Civil, "os embargos de declaração interrompem o prazo para a interposição de outros recursos, por qualquer das partes".

2 NETO, Luiz Orione. Recursos Cíveis. São Paulo: Saraiva, 2009, 3ª edição, p. 392.

3 MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Código de Processo Civil: Comentado Artigo por Artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 550-551.

quando os embargos de declaração não são conhecidos, máxime diante do entendimento do Superior Tribunal de Justiça, estampado no seguinte aresto:

> *A interrupção do prazo recursal, prevista no art. 538 do CPC, constitui efeito que se opera nos casos em que o recurso aclaratório é conhecido*[4] .

No mesmo sentido:

> *TJSC: APELAÇÃO CÍVEL. INTEMPESTIVIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ANTERIORES NÃO CONHECIDOS. NÃO INCIDÊNCIA DA INTERRUPÇÃO DO ART. 538, DO CPC. RECURSO NÃO CONHECIDO. Os embargos declaratórios somente têm o condão de interromper o prazo dos demais recursos quando conhecidos pelo julgador, independentemente de sua procedência ou improcedência.*[5]

In casu, malgrado o Digesto Processual Civil, no enfocado art. 538, tenha adotado a interrupção de prazos quando do ajuizamento dos embargos declaratórios, a ***ratio decidendi*** dos julgados acima destacados pode ser perfeitamente aplicada no processo em análise, porquanto, na visão deste Ministério Público, a distinção entre interrupção e suspensão[6], na mecânica dos embargos declaratórios, é irrelevante para o debate ora tratado.

Logo, afastando-se a regra da suspensão do prazo recursal, prevista no art. 34, §2º, da Lei Orgânica desta Corte, emerge a intempestividade do presente recurso, eis que os provimentos atacados foram publicados na Imprensa Oficial em data de 20.01.2007, ao passo que o pleito de reconsideração foi agitado em 01.03.2007. Logo, evidencia-se a extemporaneidade da sublevação.[7]

Por todo o exposto, opina este *Parquet* pelo não conhecimento do Recurso de Reconsideração.

É como opino.

João Pessoa, 17 de junho de 2010.

MARCÍLIO TOSCANO FRANCA FILHO, Dr. jur.
Procurador Geral do Ministério Público junto ao TCE/PB

4 AgRg no EResp 858910/SP, Relatora: Ministra Eliana Calmon, DJ 04.05.2009.

5 Apelação Cível n.º 2004.011628-4, Relatora: Desembargadora Salete Silva Sommariva, j. em 31.08.2004.

6 No processo civil brasileiro, os embargos declaratórios, de acordo com o art. 538, do CPC, interrompem os prazos destinados à interposição dos demais recursos, de modo que, quando a decisão dos aclaratórios, caso sejam conhecidos, é publicada, é devolvido à parte, na íntegra, o lapso temporal para o aforamento de outro recurso. No caso de suspensão, como ocorre nesta Corte, quando conhecidos, os embargos suspendem os prazos para o recurso de reconsideração, revisão e apelo. Dessa forma, o lapso temporal dessas modalidades de insurgência não são restituídos in totum ao embargante, que terá ao seu favor, apenas, o restante do prazo recursal tão logo seja publicado o Acórdão dos aclaratórios.

7 Nos termos do art. 33, da Lei Orgânica deste Tribunal, o Recurso de Reconsideração deve ser intentado no prazo de 15 (quinze) dias, contados da publicação do ato combatido no Diário Oficial do Estado.

PARECER MINISTERIAL

Processo TC nº 07078/06

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PREVIDENCIÁRIO. EXAME DA LEGALIDADE DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. MOLÉSTIA NÃO PREVISTA EM LEI. PROVENTOS INTEGRAIS. BAIXA DE RESOLUÇÃO DETERMINANDO CORREÇÃO DE PROVENTOS. PARECER DA PROCURADORA DO ESTADO JUNTO À PBPREV. PARECER MÉDICO. SUGESTÕES DE IMUTABILIDADE DOS PROVENTOS. IMPOSSIBILIDADE. PROPORCIONALIDADE DE PROVENTOS.
1. Malgrado o estado de saúde da ora aposentanda,não se há de dar pela integralidade de proventos de aposentadoria por invalidez cuja doença-causa não esteja especificada em lei. Precedentes do STJ e STF.
2. Assine-se prazo, pela segunda vez, ao gestor da PBPrev, a fim de retificar os cálculos da aposentadoria em apreço, de tudo fazendo prova a esta Corte de Contas.

Procuradora Sheyla Barreto Braga de Queiroz

Cuida-se de processo advindo da PBPrev – PARAIBA PREVIDÊNCIA, relativo à aposentadoria por invalidez, com proventos integrais, da Sr.ª Maria da Glória Maia de Olivei-ra, matrícula nº 131.743-1, ex-ocupante de cargo efetivo de Técnico de Nível Médio, lotada na Secretaria de Estado do Planejamento e Gestão.

A Auditoria, após examinar a documentação encartada aos autos, discordou do Órgão de origem quanto aos seguintes elementos: requisitos legais para a concessão do benefício e cálculo dos proventos.

Em síntese, assenta a DIAPG que, para a concessão da aposentadoria por invalidez, é necessário que o segurado se encontre acometido por enfermidade que traga incapacidade total e definitiva para o trabalho.

Se a incapacidade for derivada de acidente em serviço, moléstia profissional ou do-ença grave, contagiosa ou incurável, a aposentadoria por invalidez será concedida com pro-ventos integrais. Fora estes casos, os proventos serão proporcionais, conforme disposto no art. 40, § 1º, inciso I, da CF/1988, com redação dada pela EC nº 41/2003.

O laudo expedido pela Junta Médica Oficial (fls. 62), atestou que a servidora está acometida por moléstias tidas como incapacitantes, identificadas pelos seguintes dígitos na Classificação Internacional das Doenças: J95.3+J94.1+J47+B90.9+J44.1+Z73.6.

De acordo com a tabela do CID 10, os códigos acima correspondem às seguintes doenças: J95.3+ = Afecções respiratórias pós-procedimento não classificadas em outra par-te; J94.1= Outras afecções pleurais; J47= Bronquectasia; B90.9= Seqüelas de tuberculose; J44.1= Outras doenças pulmonares obstrutivas crônicas; Z73.6= Problemas relacionados com a organização de seu modo de vida.

Tais doenças não se encontram literalmente especificadas em lei no rol das enfer-midades graves, contagiosas e incuráveis. Com efeito, nos termos do art. 180 da LC n.º 58/ 2003, são as seguintes as moléstias que dão direito à integralidade de proventos:

"(...) tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira posterior ao ingresso no serviço público, hanseníase, cardiopatia grave, doença de Parkinson, paralisia irreversível e incapacitante, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, estados avançados do mal de Paget (osteíte deformante), Síndrome de Imunodeficiência Adquirida - Aids), e outras especificadas em lei".

Sugerindo diligência, opinou no sentido de que a Autarquia Previdenciária estadual responsável pela concessão do benefício informasse se as doenças identificadas pelo Códigos J95.3+ J94.1+J47+B90.9+J44.1+Z73.6 decorrem de acidentes ou doença profissional; pois, caso não devidamente provadas as hipóteses do art. 40, § 1º, i*n fine*, da Constituição, os proventos originariamente integrais serão transformados em proporcionais.

Apontando desconformidade no cálculo, a Unidade Técnica de Instrução fez remissão ao art. 1.º da Lei nº 10.887/2004, por força do qual o período de contribuição a ser observado para a obtenção do cálculo proventual pela média inicia-se em julho de 1994, ainda que o servidor já estivesse contribuindo anteriormente a esse momento.

Ocorre que os cálculos elaborados pela PBPrev não se encontram valores relativos ao exercício de 1994 (de julho a dezembro). Ante esse quadro, impõe-se a elaboração de nova planilha de cálculo pela média, na qual deverão ser lançadas as remunerações contributivas de julho de 1994 a julho de 2006, sem parcelas relativas a verbas de natureza transitória.

Notificação do Sr. Severino Ramalho Leite, cuja publicação no Diário Oficial se deu no dia 18 de setembro de 2008.

Manifestação do Presidente da PBPrev por meio de Procuradores devidamente constituídos em tema de defesa encartada às fls. 85/89 e Laudo da Junta Médica (fls. 91).

Análise de defesa pela Auditoria às fls. 93/94, ratificando o relatório inicial, sugerindo a baixa de resolução assinando prazo para a PBprev informar e elaborar:

1) Se as doenças identificadas pela Junta Médica Oficial são derivadas de a-cidente ou doença profissional, já que não estão previstas expressamente em lei como graves, contagiosas ou incuráveis, possibilitando na conclusão pela proporcionalidade ou não dos proventos;
2) Planilha de cálculos proventuais, conforme os preceitos da Lei nº 10.887/04, retificando o valor lançado em junho de 2006, com a exclusão da parcela alusiva à GAE (Grat. Art. 57 VII LC 58/2003), de modo que conste tão somente a remuneração da servidora no cargo efetivo.

Devidamente notificada, a Autoridade não apresentou razões defensivas, consoante certificado pela Secretaria da 2.ª Câmara.

Resolução RC2 TC 0154/2009, assinando prazo de 60 (sessenta dias) ao Presidente da PBPrev para proceder às devidas modificações no cálculo dos proventos nos termos propostos pela Auditoria, às fls. 93/94.

Notificação de praxe às fls. 104 e publicação no Diário Oficial do Estado do dia 03 de julho de 2009.

Justificativa da Procuradora do Estado oficiando perante a Autarquia Previdenciária Estadual, fls. 107/108, acompanhada de Parecer Médico.

Análise de Cumprimento de Resolução exarada pela DIAPG, concluindo que as providências determinadas na mencionada Decisão não foram cumpridas. Porém, diante do delicado estado de saúde da servidora e da possibilidade de ele ser agravado em razão de redução nos proventos, sugere-se, nos termos propostos pela PBPREV, o registro do ato concessório tal como originalmente elaborado, ou seja, com proventos integrais.

Em 08/12/2009, veio o álbum processual para a devida manifestação do Órgão Ministerial, com efetiva distribuição nessa mesma data.

É o relatório. A seguir, passo a opinar.

Exame com retardo em face da pletora processual.

Com a devida vênia do último entendimento lavrado pela Unidade Técnica de Instrução, entendo necessária a redução do cálculo proventual da Sr.ª Maria da Glória Maia de Oliveira, com base em jurisprudência remansosa do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, conforme abaixo transcrito:

> EMENTA: *ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. PROVENTOS PROPORCIONAIS. NULIDADE DO ATO. NÃO COMPROVAÇÃO. DOENÇA GRAVE E INCURÁVEL. DILAÇÃO PROBATÓRIA. NECESSIDADE. MOLÉSTIA NÃO PREVISTA EM LEI. PROVENTOS INTEGRAIS. IMPOSSIBILIDADE.*
> *1 - Quanto à alegação de que o ato de aposentadoria seria nulo porque a respectiva junta médica não foi formada exclusivamente por neurologistas e de ter sido somente examinada por um dos três médicos que assinaram o laudo, a recorrente não logrou demonstrar, com base nos dispositivos legais de regência, a existência de qualquer ilegalidade.*
> *2 - O mandado de segurança qualifica-se como processo documental, em cujo âmbito não se admite a produção de prova, exigindo-se que a liquidez e certeza do direito vindicado esteja amparada com os elementos de convicção trazidos na inicial.*
> *3 - Na linha da compreensão firmada pelo Supremo Tribunal Federal, "os proventos serão integrais quando o servidor for aposentado por invalidez permanente decorrente de moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificados em lei. Se não houve*
> *essa especificação, os proventos serão proporcionais" (RE nº 175.980/SP, Relator o Ministro Carlos Velloso, DJU de 20/2/1998).*
> *4 - Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.*
> *5 - Recurso improvido.*
> (RMS 22837/RJ, Relator Ministro PAULO GALLOTTI, DJe 03/08/2009)

> EMENTA: *AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. MOLÉSTIA GRAVE NÃO PREVISTA NO ART. 186 DA LEI Nº 8.112/90. PROVENTOS PROPORCIONAIS.*
> *Nos termos do art. 186 da Lei nº 8.112/90, não é devida aposentadoria por invalidez com proventos integrais, ainda que incapacitante seja a doença sofrida pelo servidor, se tal doença não se encontra elencada no § 1º do referido artigo.*
> *Precedentes deste e. STJ e do c. STF.*
> *Agravo regimental desprovido.*
> (AgRg no REsp 938788/RS, Relator Ministro FELIX FISCHER, DJe 02/02/2009)

> EMENTA: *CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO: APOSENTADORIA INVALIDEZ. MOLÉSTIA GRAVE: ESPECIFICAÇÃO EM LEI. C.F., art. 40, I.*
> *I. Os proventos serão integrais quando o servidor for aposentado por invalidez permanente decorrente de moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificadas em lei. Se não houver essa especificação, os proventos serão proporcionais: C.F., art. 40, I.*
> *II. R.E. conhecido e provido.*
> *(*RE 175980/SP, Relator: *Min. CARLOS VELLOSO, DJ 20-02-1998 PP-00023 EMENT VOL-01899-03 PP-00564*

Admitir-se a concessão de aposentadoria por invalidez com proventos integrais a todo e

qualquer servidor acometido de doença ou moléstia é fazer cair por terra a distinção entre moléstia profissional incapacitante, prevista em lei, apta a gerar proventos integrais, e moléstia não incapacitante, ou mesmo incapacitante, mas não apta a gerar proventos integrais, e sim, proporcionais.

Outrossim, o fato de uma doença não estar catalogada como apta a gerar o benefício integral na atualidade não impede que, posteriormente, ela venha a ser arrolada como tal, como, aliás, aconteceu com a AIDS.

Não se pode descurar de que as modalidades de aposentadoria são previstas no Brasil de forma a valorizar o tempo de serviço, o tempo de contribuição e a idade sobretudo para não se onerar, mais ainda, um combalido sistema previdenciário, o qual, mesmo baseado em contribuições, amarga perdas justamente por força de interpretações por demais tendenciosas em relação ao beneficiário.

O princípio da dignidade da pessoa humana não pode ser usado indiscriminada-mente para resguardar situações que vão de encontro àquilo previsto na Constituição e em leis. Ora, se a própria Carta Maior admite a possibilidade de a aposentadoria por invalidez ser concedida com proventos proporcionais, é porque o constituinte, sopesando os fatores e forças incidentes sobre a hipótese, vislumbrou equidade na aplicação de raciocínios distintos (integralidade para doenças previstas em lei; proporcionalidade para aquelas não catalogadas).

Tampouco pode-se fazer incidir o princípio da segurança jurídica ou o da estabilidade jurídica das relações em face do pouco tempo que medeia a concessão do ato e o registro pelo Tribunal de Contas e da impossibilidade de caracterização de direito adquirido.

Assim o sendo, parece-me descabível pugnar pela cominação de multa pessoal ao gestor da PBPrev por descumprimento da determinação contida na Resolução RC2 TC 154/2009, em virtude da justificativa espraiada, contudo, alvitro a reassinação de prazo para se proceder na conformidade do expendido no Relatório Técnico.

João Pessoa(PB), 04 de maio de 2010.

SHEYLA BARRETO BRAGA DE QUEIROZ
Subprocuradora-Geral do MPjTC/PB

nmc

NOTÍCIAS

PROCESSO ELETRÔNICO abre novo capítulo na história do TCE

Na seção ordinário do Tribunal Pleno, realizada em 22/06/2010, foram aprovadas, por unanimidade, as contas de 2009 do gestor do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico do Estado Damião Ramos Cavalcanti, conforme voto do relator Arthur Cunha Lima e o parecer do Ministério Público ratificado pelo procurador geral Marcílio Toscano Franca Filho.

"Este é um marco, é um novo capítulo", comentou o presidente Nominando Diniz, ao chamar a atenção para o fato que ali se estava a julgar o primeiro processo totalmente eletrônico da história do Tribunal de Contas da Paraíba.

Ele informou aos demais conselheiros e à platéia de advogados, servidores da Casa e pessoas outras interessadas em acompanhar a sessão plenária que, a partir de julho, cada gabinete de relator disporá de uma "estação de trabalho" para a definitiva implantação do novo e revolucionário procedimento. A inovação inclui a assinatura digital dos relatores.

Mais quinze processos atinentes ao exercício de 2009 tramitam no TCE sem uso de qualquer papel e também serão brevemente levados a julgamento.

Satisfeito por lhe ter cabido a oportunidade da relatoria do primeiro processo com tramitação completamente eletrônica na Corte de Contas do Estado, o conselheiro Arthur Cunha Lima, explicou que as partes interessadas poderão verificar, via internet, o relatório da Auditoria, o parecer do Ministério Público, elementos da defesa, posicionamento do relator, seu voto e o dos demais conselheiros.

O conselheiro Nominando Diniz explicou ainda que, quando do breve julgamento das contas municipais, as Câmaras de Vereadores receberão os pareceres prévios do TCE por remessa eletrônica.

TCs

Querem criação de CONSELHO NACIONAL

Abertura do I Encontro Técnicos dos Tribunais de Contas do Norte e Nordeste

Dirigentes dos Tribunais de Contas do Norte e Nordeste defenderam, em João Pessoa, a criação do Conselho Nacional, objeto da Proposta de Emenda à Constituição (PEC) de autoria do deputado paraibano Vital do Rego Filho. O tema compôs o primeiro item da "Carta de João Pessoa", documento conclusivo do I Encontro Técnico dos TCs realizado, em maio de 2010, no Hotel Tambaú, com a participação, inclusive, do vice-presidente do Supremo Tribunal Federal, ministro Carlos Ayres Britto.

Além do Conselho Nacional dos Tribunais de Contas do Brasil, os subscritores da "Carta de João Pessoa" também defenderam "a uniformização de procedimentos de controle ex-

Ministro Carlos Ayres Britto proferindo palestra

terno como meio de melhor servir à sociedade", "o uso de sistemas informatizados como ferramenta capaz de tornar mais eficientes e eficazes às ações do controle externo", "a integração entre controle externo e controle interno reservando-se às Cortes de Contas o papel de supervisão" e "a necessidade de mudança na Constituição Federal para dotar os TCs de instrumentos próprios de execução de suas decisões".

Manifestaram, também, o entendimento de que inexiste sigilo no tocante à movimentação de contas bancárias abertas, mantidas e movimentadas com recursos públicos e, além disso, a integração dos TCs, CGU, Receita, Ministério Público, Polícia Federal e órgãos de controle interno de Estados e Municípios para maior acompanhamento da gestão dos recursos da sociedade.

Os dirigentes dos TCs ainda propuseram a criação de mecanismos que permitam ao público, por meio da internet, acompanhar as atividades administrativas e de controle externo dos TCs (inclusive quanto ao resultado de julgamentos e gestão de pessoal), a divulgação on line de dados e informações acerca da receita e da despesa públicas, o aprimoramento, aprovação e implementação da chamada Lei da Qualidade Fiscal.

O I Encontro Técnico dos TCs do Norte e Nordeste foi realizado nos dias 20 e 21 de maio e encerrou-se com a criação do Comitê Técnico dos Tribunais de ambas as regiões, fórum onde serão tratados temas com vistas à uniformização e padronização de entendimentos e procedimentos. Este grupo já tem a primeira reunião agendada para agosto, em João Pessoa.

Receita e Tribunais vão interligar banco de dados

A Secretaria da Receita Federal e os Tribunais de Contas do Norte e Nordeste assinaram, na ocasião, termo de parceria para a interligação de seus sistemas de dados. "Teremos ganhos importantes, sobretudo para a sociedade, porque também poderemos contar com a colaboração auxiliar dos TCs na fiscalização das aplicações previdenciárias", considerou o secretário Otacílio Cartaxo.

Ele observou que os problemas nessa área costumam prejudicar, mais gravemente, a faixa da população brasileira à margem do desenvolvimento social e informou a todos sobre os benefícios da parceria com a Receita Federal da qual o TC paraibano é signatário há vários meses. Foi dele, aliás, a iniciativa de procurar a Receita para o acordo também já estabelecido, pioneiramente, com o Tribunal de Contas dos Municípios do Ceará.

Com a interligação de seus sistemas, a Receita e os TCs podem ter acesso mútuo a registros atualizados sobre gastos públicos, empenhos, notas fiscais, contratos, fornecedores, quadros societários de empresas e suas situações fiscais, descontos e recolhimentos previdenciários, salários e pagamentos por serviços. "O que temos é a possibilidade de atividades complementares de fiscalização e da ação, inclusive, sobre fatos presentes ou pretéritos", explicou o Presidente do Tribunal de Contas do Estado da Paraíba, Antônio Nominando Diniz Filho.

TC oferece SAGRES para atendimento à LEI DA TRANSPARÊNCIA

O Tribunal de Contas da Paraíba pôs seu Sistema de Acompanhamento da Gestão dos Recursos da Sociedade (Sagres) à disposição dos municípios de João Pessoa, Campina Grande, Santa Rita e Patos para a divulgação das informações exigidas pela Lei da Transparência, caso disso necessitem.

"Estamos aqui para ajudar", disse o vice-presidente Fernando Catão, no exercício da Presidência do TCE, ao prefeito de Santa Rita Marcos Odilon Ribeiro Coutinho e, ainda, a secretários e contadores das demais Prefeituras e Câmaras Municipais reunidos, na manhã de 27 de maio, para tratar do assunto.

Aplicativo de computador a serviço da transparência da gestão pública, o Sagres já disponibiliza, rotineiramente, ao conhecimento popular, os quadros de receitas e despesas dos organismos sob jurisdição do Tribunal. "Podemos abrir mais um espaço para que vocês, se assim desejarem, façam a divulgação de suas execuções orçamentárias e financeiras, com a atualização agora necessária", ofereceu o conselheiro.

Na ocasião, o auditor Luzemar Martins, de quem o conselheiro Catão se assessorava, chegou a exibir o Portal da Transparência, do Governo Central, para conferir a atualização das informações exigidas pela Lei Complementar 131. Editada em maio do ano passado, ela modificou a Lei de Responsabilidade Fiscal para obrigar a União, os Estados e Municípios com mais de 100 mil habitantes a divulgar o que recebem e o que gastam. Em 2011, estarão a isso obrigados todos os municípios brasileiros com mais de 50 mil habitantes e, em 2014, os restantes.

Os participantes do encontro expuseram os esforços para o atendimento à Lei da Transparência por meio de portais na internet que, em alguns casos, já estavam em fase final de desenvolvimento.

Ministério Público de Contas lança o seu PORTAL ELETRÔNICO

Tencionando uma maior integração com os jurisdicionados, o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Estado da Paraíba, ao longo do biênio 2009/2010, empreendeu esforços no sentido de tornar real um antigo anseio da instituição, qual seja, o lançamento de seu site na internet.

Acessando ao endereço eletrônico http://portal.tce.pb.gov.br/ministerio-publico-especial/, os diversos setores da sociedade têm em mãos uma notável ferramenta de informação, especialmente no tocante aos importantes temas discutidos no cenário jurídico das Administrações Públicas estaduais e municipais. Por meio do portal, gestores, autoridades, estudantes, professores, integrantes de movimentos sociais, consultores, servidores e parlamentares podem informar-se a respeito das principais ações desempenhadas pelo Ministério Público de Contas, realizadas sempre em prol da supremacia do interesse público e da observância da dignidade humana.

Com o novo site, é de se destacar a reativação das publicações periódicas dos informativos do Ministério Público, contendo, dentre outras matérias, a íntegra de peças processuais elaboradas pelos Procuradores que oficiam perante o Tribunal de Contas da Paraíba. Essa iniciativa permite que a sociedade, de um modo geral, conheça o posicionamento do Parquet em relação a determinadas temáticas tratadas nos procedimentos que alavancam o Controle Externo, além de disponibilizar às autoridades responsáveis pelos gastos públicos, previamente, o entendimento jurídico dos Membros que compõem Ministério Público de Contas sobre as inúmeras questões que permeiam a atividade administrativa e financeira desenvolvida no âmbito dos órgãos fiscalizados pela Corte.

Por meio de sua publicação eletrônica, o Ministério Público ingressa definitivamente em uma nova fase de seu crescimento institucional, sintonizando-se, ainda mais, com os valores da transparência, da otimização do Controle Externo e da participação social no processo de fiscalização dos dispêndios públicos.

INSTRUÇÕES PARA OS AUTORES

Os interessados em debater, discutir e difundir conhecimentos para a melhoria das práticas administrativas públicas poderão enviar propostas de artigos, em formato eletrônico, para publicação nesta revista através do e-mail revista@tce.pb.gov.br.

Cada trabalho recebido será analisado através da técnica *double-blind peer review*. O Conselho Editorial decidirá se o trabalho poderá ser publicado e, neste caso, se deverá passar por eventuais alterações sugeridas.

Os autores e co-autores, se existirem, deverão encaminhar junto ao trabalho: nome completo, breve currículo, endereço, telefone(s), e-mail. Estes são responsáveis pela autenticidade e exclusividade do texto, além das opiniões emitidas.

A formatação dos trabalhos deverá estar de acordo com as seguintes especificações: formato Word; fonte Times New Roman, tamanho 12; espaçamento entre linhas simples; parágrafos justificados; tamanho do papel A4; margens utilizadas idênticas de 3cm. Número de laudas entre 15 e 50, incluindo referências bibliográficas. Em relação à organização de informações, os trabalhos deverão conter: titulo; nome do autor e co-autores, se existirem; resumo, contendo em torno de 250 palavras; palavras-chave; sumário; texto e referências.

Não serão devidos direitos autorais ou qualquer outra remuneração pela publicação dos trabalhos. O autor receberá gratuitamente um exemplar da revista com a publicação do seu texto.

Tribunal de Contas do Estado da Paraíba

Rua Professor Geraldo Von Sohsten, 147
CEP: 58.015-190 - Jaguaribe, João Pessoa/PB
Fone: (83) 3208.3300 / Fax: (83) 3208.3364
www.portal.tce.pb.gov.br

CONSELHEIROS

Antônio Nominando Diniz Filho
Presidente

Fernando Rodrigues Catão
Vice-Presidente

Fábio Túlio Filgueiras Nogueira
Corregedor

Umberto Silveira Porto
Presidente da Primeira Câmara

Arnóbio Alves Viana
Presidente da Segunda Câmara

Flávio Sátiro Fernandes
Ouvidor

Arthur Paredes Cunha Lima
Conselheiro

AUDITORES SUBSTITUTOS DE CONSELHEIROS

Antônio Cláudio Silva Santos

Antônio Gomes Vieira Filho

Renato Sérgio Santiago Melo

Oscar Mamede Santiago Melo

Marcos Antônio da Costa

MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TRIBUNAL DE CONTAS DA PARAÍBA

Marcílio Toscano Franca Filho
Procurador Geral

Isabella Barbosa Marinho Falcão
Subprocuradora Geral
(Primeira Câmara)

Sheyla Barreto Braga Queiroz
Subprocuradora Geral
(Segunda Câmara)

Ana Teresa Nóbrega
Procuradora

Elvira Samara Pereira de Oliveira
Procuradora

André Carlo Torres Pontes
Procurador

Diretor Executivo Geral
Severino Claudino Neto

Diretor de Auditoria e Fiscalização
Francisco Lins Barreto Filho

Diretor de Apoio Interno
Gláucio Barreto Xavier

Assessor Técnico Chefe
Ed Wilson Fernandes de Santana