ISSN 2177-0867
Ano IV | n. 8 | jul./dez. 2010

Revista do TCE

Tribunal de Contas do Estado da Paraíba

ARTIGOS

EPITÁCIO PESSOA
Paulo Bonavides

O PAPEL DO NOVO TRIBUNAL DE CONTAS
Carlos Ayres Britto

CONSELHEIROS

Fernando Rodrigues Catão
Presidente

Fábio Túlio Filgueiras Nogueira
Vice-Presidente

Umberto Silveira Porto
Corregedor

Arthur Paredes Cunha Lima
Presidente da Primeira Câmara

Arnóbio Alves Viana
Presidente da Segunda Câmara

Flávio Sátiro Fernandes
Ouvidor

Antônio Nominando Diniz Filho
Cons. Coord. da ECOSIL

AUDITORES SUBSTITUTOS DE CONSELHEIROS

Antônio Cláudio Silva Santos

Antônio Gomes Vieira Filho

Renato Sérgio Santiago Melo

Oscar Mamede Santiago Melo

Marcos Antônio da Costa

"A inspiração para fazer este trabalho vem da própria beleza da barreira do Cabo Branco, que se harmoniza com o foco principal da temática dos meus trabalhos, o estado da Paraíba e, principalmente, a cidade de João Pessoa."

CAPA: Artista: Alexandre Albuquerque Prazim

Título: Barreira do Cabo Branco.
Técnica: Óleo e acrílico sobre tela.
Ano: 2010. Tamanho: 15,0 x 20,0 cm

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.08 (Jul./Dez. 2010)—, João Pessoa: Tribunal de Contas do Estado da Paraíba, 2002 -

Semestral

Publicação suspensa, 2005 a 2009

ISSN 2177-0867

DISTRIBUIÇÃO GRATUITA I **TIRAGEM 500 exemplares**

ISSN 2177-0867
Revista do TCE-PB I João Pessoa I Ano IV I n.08 I Jul./Dez. 2010

Projeto gráfico e diagramação
Anderson Rodrigues

Imagem da capa
Obra do artista plástico Alexandre Albuquerque Prazim

Impressão e acabamento:
F&A

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 da União, 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

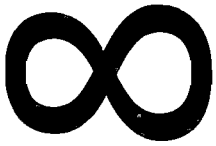
EDITOR

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

Renata Carneiro Campelo Diniz
Luciano Gomes Félix de Medeiros
André Luiz de Almeida Pereira

EDITORIAL



Com a presente edição, chegamos ao oitavo número da Revista do Tribunal de Contas do Estado da Paraíba. O oito é considerado o número da sorte pelos chineses e, no nosso caso, não há a mais tênue razão para dissentir, afinal mantemos ou mesmo ampliamos nesse volume a qualidade editorial, a diversidade e a pluralidade que têm marcado a história deste periódico. Nas páginas que se seguem, temos dezesseis conceituados autores, entre magistrados, professores, advogados, conselheiros, procuradores e auditores, que nos honram com treze bem fundamentados artigos sobre o Direito e a Gestão Pública. A abrir a revista, dois registros de enorme valor jurídico: um, o discurso com que o Professor Paulo Bonavides, catedrático emérito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará e Doutor *Honoris Causa* pela Universidade de Lisboa, recebeu a Medalha Epitácio Pessoa da Assembléia Legislativa da Paraíba; o outro, a transcrição da conferência que o eminente Ministro Carlos Ayres Brito, do Supremo Tribunal Federal, proferiu em João Pessoa, por ocasião do I Encontro Técnico dos Tribunais de Contas do Norte e Nordeste. Em ambos os textos – ricos em referências culturais, poéticas, históricas e filosóficas – fica claro mais uma vez que quem só sabe direito sequer direito sabe. E essa é uma máxima que guia continuamente os trabalhos desta Corte de Contas, um tribunal marcado pela confluência de múltiplos saberes que dialogam na busca de uma Gestão Pública cada vez mais transparente, proba, reta e eficiente.

Além de número da sorte, o oito representa, para muitas culturas, um símbolo de justiça e equilíbrio. Na mitologia egípcia, por exemplo, o oito é associado a Anúbis, a divindade com cabeça de chacal que faz o julgamento das pessoas através de uma enorme balança. Julgamentos justos e posições equilibradas é o que procura com diuturna perseverança a Corte de Contas e os que a compõem. Essa meta constante da justiça e do equilíbrio no julgamento das contas públicas é exemplificada, no presente número, com a reprodução de oito pronunciamentos emanados de órgãos que perfazem o Tribunal, em temas de grande relevância para os gestores públicos: licitações, atos de pessoal, gestão financeira, previdência social, convênios, entre outros – uma mostra bastante representativa do posicionamento da Corte, no período abrangido pela publicação.

Finalmente, para além de número da sorte, da justiça e do equilíbrio, o oito representa ainda um símbolo do infinito. Esta é, portanto, uma boa ocasião para reafirmar o nosso compromisso sempre renovado de aprofundar ad infinitum a nossa busca pela disseminação de informação técnica com diversidade de opiniões, pluralidade de pontos de vista e permanente aprimoramento da qualidade editorial.

O Editor

ÍNDICE

1. EDITORIAL 07

2. ARTIGOS 11

EPITÁCIO PESSOA
Paulo Bonavides 12

O PAPEL DO NOVO TRIBUNAL DE CONTAS
Carlos Ayres Britto 18

DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO SOCIAL
Alexandre Costa de Luna Freire 29

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO PARECERISTA
Gustavo Alexandre Magalhães 35

ESTUDO DE CASO: MODULAÇÃO DOS EFEITOS DE DECISÃO JUDICIAL MODIFICATIVA DA JURISPRUDÊNCIA
Marco Bruno Miranda Clementino 56

A INJUSTIÇA AMBIENTAL COMO DESAFIO AO DIREITO: O PROBLEMA DA DISTRIBUIÇÃO DESIGUAL DOS RISCOS E DANOS ECOLÓGICOS NO ESPAÇO SOCIAL
Talden Farias e Luciano José Alvarenga 64

A CRIAÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DOS TRIBUNAIS DE CONTAS EM RESPEITO AO DIREITO FUNDAMENTAL AO CONTROLE
Elza Adrianis Gonçalves Montenegro Fernandes 82

DAS EXCEÇÕES AO PRINCÍPIO DO CONCURSO PÚBLICO: BREVES ORIENTAÇÕES PARA O ADMINISTRADOR PÚBLICO ESTADUAL
Pablo Dayan Targino Braga 96

MAGISTÉRIO SUPERIOR E REGIME JURÍDICO: UMA ABORDAGEM EM TORNO DO ART. 206, V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL
Edílson Pereira Nobre Júnior 105

PROGRAMA VOLUNTÁRIOS DO CONTROLE EXTERNO - VOCÊ
Arnóbio Alves Viana e Marilza Ferreira de Andrade 114

CRIAÇÃO E PROVIMENTO DOS CARGOS PÚBLICOS COMISSIONADOS E O CONTROLE PELO PODER JUDICIÁRIO
Helton Morais de Carvalho 121

EFEITOS DAS TRANSFERÊNCIAS FISCAIS NA EFICIÊNCIA ALOCATIVA DE RECURSOS PÚBLICOS: O CASO DO FUNDEB
Josedilton Alves Diniz e Luiz João Corrar **141**

O CONTROLE EXTERNO DA ADMINSTRAÇÃO PÚBLICA: AS FUNÇÕES CONSTITUCIONAIS DO CONTROLE EXTERNO NO BRASIL
Nivaldo Cortês Bonifácio **161**

3. DECISÕES E PARECERES 189

DECISÃO DO TRIBUNAL PLENO, Consulta, Rejeição total de projeto de lei orçamentária, Relator Conselheiro Fábio Túlio Filgueiras Nogueira **190**

DECISÃO DO TRIBUNAL PLENO, Denúncia, Prefeitura Municipal de Monteiro, Relator Conselheiro Arthur Paredes Cunha Lima **195**

DECISÃO DO TRIBUNAL PLENO, Ato de Gestão De Pessoal, Concessão de Pensões Vitalícias e Temporária, Relator Auditor Substituto de Conselheiro Renato Sérgio Santiago Melo **199**

DECISÃO DO TRIBUNAL PLENO, Prestação de Contas Anuais, Câmara Municipal de Araruna, Relator Auditor Substituto de Conselheiro Antônio Cláudio Silva Santos **204**

PARECER MINISTERIAL, Licitação, Fundação Cultural de João Pessoa, Procurador Marcílio Toscano Franca Filho **208**

PARECER MINISTERIAL, Exame da Legalidade de Aposentadoria, Procuradora Sheyla Barreto Braga de Queiroz **213**

PARECER MINISTERIAL, Licitação, Secretaria da Administração do Município de João Pessoa , Serviços de Publicidade, Procuradora Isabella Barbosa Marinho Falcão **220**

PARECER MINISTERIAL, Convênio, Programa de Suplementação Alimentar, Procuradora Elvira Samara Pereira de Oliveira **224**

4. NOTÍCIAS 229

5. INSTRUÇÕES AOS AUTORES 235

ARTIGOS

EPITÁCIO PESSOA[1]

Paulo Bonavides
Professor Emérito da Faculdade de Direito do Ceará. Doutor Honoris Causa da Universidade de Lisboa.

RESUMO: *Epitácio Pessoa, patrimônio da Paraíba, é o filho mais ilustre desta terra. Os anais de dois Reinados e várias Repúblicas, de que se compõe a história do Brasil desde a Independência até aos nossos dias, só apresentam um homem suscetível de medir-se com Epitácio Pessoa, em ação e pensamento, ao serviço das grandes causas nacionais: é Rui Barbosa. Rui, o erudito, o humanista, o prosador vernáculo, constrói com a palavra uma obra de arte; é o esteta das idéias. Epitácio, por sua vez, com a lógica e a razão desenvolve em seus escritos jurídicos o raciocínio da legalidade; serve ao País e à Constituição com a honradez de uma vocação republicana. Pertenceu Epitácio, por inteiro, à república, desde sua criação, desde as primeiras ocasiões em que alçou a voz na tribuna constituinte, desde que, em nome da nação, procurou estabelecer as cláusulas do pacto republicano, federativo e presidencial de 1891. De todos os homens públicos da Paraíba, Epitácio Pessoa foi o mais representativo; a República não conhece alguém que o haja excedido em saber jurídico, em serviços ao País, seja quando vestiu a toga no Supremo, seja quando legislou no Senado, seja finalmente quando governou o País no exercício do múnus presidencial.*

PALAVRAS-CHAVE: *Medalha Epitácio Pessoa. Epitácio Pessoa. Rui Barbosa.*

A Medalha Epitácio Pessoa, a mais alta honraria que a Paraíba proporciona a seus filhos, sobreexcede, em significado, qualquer outro título que possa ornar o currículo de um cidadão paraibano.

Penhorado por tamanho ato de generosidade, traduzido na presente outorga, encareço, a um tempo, nestas palavras de gratidão, a comenda e o órgão que a confere.

Tocante a este, trata-se da Assembléia Legislativa de um dos mais heróicos Estados da comunhão federativa brasileira, onde as inspirações da liberdade estiveram sempre vivas em momentos graves, delicados e cruciais de sua história.

O corpo legislativo simboliza, em cada ente da organização nacional, a par da autonomia, a força que assume nos quadros constitucionais do regime, o compromisso com o princípio representativo em sua forma mais pura e persuasiva de repartir o poder e legitimar a vontade governante.

A união dos ordenamentos federados sempre me fascinou. É a vertical aliança de corpos emancipados em distintas esferas de autodeterminação. É a idéia-chave das aspirações nacionais que perpassam todo o Império e se projetam sobre a República até chegar aos nossos dias com a contextura de uma poderosa verdade institucional. O País ainda forceja por estabelecer em toda a plenitude as bases de seu sistema pluralista de unidades autônomas. Temos sempre postulado com extremo fervor e convicção o federalismo das Regiões como um largo passo nesse sentido.

---

[1] *Discurso pronunciado em 20 de dezembro de 2004, na sessão solene da Assembléia Legislativa do Estado da Paraíba, quando lhe foi entregue a Medalha Epitácio Pessoa, por proposição do Deputado Gervásio Mariz Maia.*

Conjugo em minha pessoa os verbos da regionalidade e professo o sentimento das raízes, por onde me sinto uma sinopse humana ao declarar-me cidadão de cinco pátrias: a pátria nacional, o Brasil; a pátria regional, o Nordeste, as três pátrias provinciais: o Ceará, a que pertenço pelo coração, pela cidadania honorária, pela Medalha da Abolição; o Rio Grande do Norte, a que me filio pela memória dos antepassados e a Paraíba, onde tive o berço e guardo as saudosas recordações da infância, da alfabetização, da escola primária, das aulas de Anésio Leão, das primeiras amizades. Terra que, para honra e ventura minha, me fez coestaduano de Augusto dos Anjos, de João Pessoa, de Venâncio Neiva, de Solon de Lucena, de José Américo de Almeida, José Líns do Rego, Osvaldo Trigueiro, Argemiro de Figueiredo, Samuel Duarte, Celso Furtado e tantos outros; mas sobretudo de Epitácio Pessoa, que na sua estatura imortal de estadista é o mais republicano de todos os nossos homens públicos; aquele que atravessou, como um raio de luz, a esfera dos Três Poderes, neles insculpindo a marca da superioridade estampada em três magistraturas supremas que exercitou, enquanto juiz e legislador e presidente.

Epitácio Pessoa, patrimônio da Paraíba, é o filho mais ilustre desta terra; cada paraibano que lhe conhece o desempenho público sabe que esse nome tem uma projeção histórica fadada a nunca se perder no tempo.

Os anais de dois Reinados e várias Repúblicas, de que se compõe a história do Brasil desde a Independência até aos nossos dias, só apresentam um homem suscetível de medir-se com Epitácio Pessoa, em ação e pensamento, ao serviço das grandes causas nacionais: é Rui Barbosa. Epitácio, defensor da justiça, Rui Barbosa, defensor da liberdade; eis como os caracterizou Laurita Pessoa Raja Gabaglia e, a seguir, José Octávio; aquela, biógrafa do pai, este, autor de seu perfil parlamentar, estampado em publicação da Câmara dos Deputados.[2]

Epitácio e Rui freqüentaram todas as tribunas. Ambos gigantes, ambos exceções de culminância no apreço e devoção ao interesse público, à salvaguarda das liberdades, à genuína conservação dos valores.

Ambos ainda jurisconsultos. Rui, o erudito, o humanista, o prosador vernáculo, constrói com a palavra uma obra de arte; é o esteta das idéias. Epitácio, por sua vez, com a lógica e a razão desenvolve em seus escritos jurídicos o raciocínio da legalidade; serve ao País e à Constituição com a honradez de uma vocação republicana.

As ferramentas dialéticas de análise aos fatos, ele as emprega para levantar um edifício argumentativo cuja visão e clareza e sentido da realidade nos deslumbram, ao mesmo passo que comovem e persuadem.

Fé, mestria, senhorio são traços sempre vistos ao lado dos que expõem a verdade. Sem eles não há legítima eloqüência. Compôs Epitácio seu discurso político, invariavelmente isento de sutilezas, sofistarias, paralogismos, malabarismos, ambigüidades. Tais vícios se enredam tão somente entre aqueles a quem falece a convicção íntima da causa, o domínio absoluto da idéia, a confiança inabalável pertinente à retidão das proposições e dos juízos exarados. Não era este o caso de Epitácio.

Tanto ele como Rui se revelaram paradigmas da consciência civilista da Nação. Disso houve prova já no decurso da campanha contra a ditadura de Floriano, quando os dois denunciaram ao País a consumação do segundo golpe de Estado republicano, subseqüente ao de Deodoro, que dissolvera o Congresso. O golpe de Floriano derivava da inconstitucionalidade do mandato presidencial que ele exercia. O Vice-Presidente deveria ter convocado eleições após a renúncia do Proclamador da República como determinava a Lei Maior.

---

[2] *José Octávio, Introdução in Perfis Parlamentares 7, Epitácio Pessoa, pág. 54, Câmara dos Deputados, Brasília, 1978.*

Sustentaram Epitácio e Rui no Congresso a luta sem trégua contra os crimes e os desmandos do cognominado "marechal de ferro". Instalara o Vice-Presidente a primeira ditadura constitucional do regime republicano, cifrada em estado de sítio, prisões ilegais, deposições de governadores, intervenções federais ao arrepio da ordem constitucional, reforma e encarceramento de almirantes e generais, deportação de presos políticos; um triste espetáculo de comoção e incertezas que faziam a instabilidade do novo sistema. A este a nação ainda não se afeiçoara, de todo, sem embargo da fresca memória do passado, em que avultava a fragilidade, a decadência e a desmoralização das instituições imperiais. Se a república decepcionava, a monarquia fora um cadáver impossível de ressuscitar. Homens da estirpe do paraibano e do baiano mantinham porém acesa a chama da esperança na restauração da normalidade institucional.

Rui ia ao campo de batalha com a experiência do guerreiro que pusera abaixo as colunas de um império enquanto Epitácio, bem mais jovem, não tinha raízes na monarquia, pois principiara a escrever sua biografia política nos debates da tribuna constituinte. Desde ali projetara seu nome em dimensão nacional. O discurso de combate ao governo militar antecipava a energia do estadista em formação, e a firmeza de suas crenças no ideário republicano de governo.

Patenteava com extrema nitidez a linha reta das atitudes vocacionais de grande intérprete do regime e servidor da causa constitucional.

Epitácio se tornou a seguir uma presença militante em todos os momentos delicados e, não raro, decisivos da política nacional. Isto num País que desde a queda do Império buscava fazer eficaz e irrevogável a alternativa republicana de governo.

Depois da querela com Floriano, tanto Epitácio como Rui tiveram ainda pela frente dois desafios da arrogância militar que desviava a república dos rumos traçados por um constitucionalismo assentado sobre a supremacia do poder civil.

A causa desse poder, Rui a explicitara naquela cruzada célebre que se insere nos fastos da Primeira República debaixo da designação de Campanha Civilista, a maior pregação já feita neste País em prol do Estado de Direito, conforme a concepção liberal vigente durante aquela época.

Passados alguns anos, o mesmo sentimento dos valores civilistas aflora, menos nas palavras de um tribuno da envergadura de Rui, cuja eloqüência aliciara tantas adesões entre os destinatários da sua mensagem, senão nos atos de um estadista, do quilate de Epitácio Pessoa, firme no compor, como Presidente da República, um governo em que as pastas militares foram entregues à autoridade civil, para surpresa do continente de caudilhos fardados.

Demais disso, é de assinalar que o magistrado supremo não trepidou em reprimir com medidas extremamente severas, entre as quais avulta o fechamento do Clube Militar, a onda de protestos contra a república oligárquica; aquela onda conduzia já a semente liberal da Revolução de 30, que, todavia, não pudera vingar nos movimentos dos dois 5 de julho da década de 20.

Guardião zeloso do princípio da autoridade, por ele mantido com pulso rijo, Epitácio inspira, todavia, o sobrinho na adesão ao movimento liberal de derrubada do poder constituído, com o propósito de regenerar as instituições republicanas que as oligarquias haviam corrompido.

A figura de Epitácio Pessoa no plano histórico e institucional fica, como se vê, adstrita, por inteiro, à República, da qual foi um dos edificadores. Avulta na criação do novo sistema de poder a participação jurídica do jovem constituinte paraibano. Com efeito, Epitácio, constitucionalista, figura entre os autores da primeira Carta que regeu o País após a significativa mutação de 1889.

Civilista, fez o Brasil adotar na segunda década do século XX o Código Civil de Clóvis Bevilaqua, pondo termo à caminhada codificadora do Império, que já sacrificara o Projeto de Teixeira de Freitas e, por fim, internacionalista, poderosamente contribuiu em Haia e Versalhes, como juiz e depois como diplomata da paz, com seus votos e pareceres de jurisconsulto consumado, para engrandecer o nome nacional.

A formação intelectual de Epitácio apresentou, contudo, duas lacunas: uma de cultura filosófica, outra de trato das letras clássicas, conforme, aliás, assinalou, em certa maneira, Ernani Satyro, citado por José Octavio em excelente Introdução ao Perfil Parlamentar do Presidente paraibano.[3]

Deveras dificultoso se nos afigura, todavia, traçar o perfil ideológico de Epitácio Pessoa. Pode ser ele encarado já na face conservadora de suas posições de governo, já na dimensão inovadora e progressista de suas iniciativas sociais. Designadamente, aquelas da visão descortinadora com que intentava encaminhar providências destinadas a solver o problema das secas na Região Nordestina.

Antes e depois da calamidade de 1915, não é o escritor, o sociólogo ou o economista ocupado em descrever o fenômeno do flagelo, que se nos depara; mas o homem público, empenhado em eleger e executar a fórmula mais idônea de combate às conseqüências catastróficas das grandes estiagens.

A época constitucional da Primeira República, em que Epitácio atuou durante 4 décadas, é sucessora de um período ao longo do qual as instituições portavam o estigma e a nódoa da escravidão.

Com a monarquia, formara o País a casca de um Estado de Direito superficialíssimo, vazado na Carta outorgada. Mas o texto constitucional de 1824 deixara aberta uma chaga que não cicatrizava, e corrompia o corpo social. Era a odienta instituição do braço servil, de que já se fez menção. O decreto da princesa a extinguiu, mas arrastou consigo outro cadáver: o da monarquia.

Pertenceu Epitácio, por inteiro, à república, desde sua criação, desde as primeiras ocasiões em que alçou a voz na tribuna constituinte, desde que, em nome da nação, procurou estabelecer as cláusulas do pacto republicano, federativo e presidencial de 1891.

Desenvolveu ali um discurso ideológico sempre afinado com os cânones do Estado de Direito da primeira geração, consagrador dos direitos civis, do princípio da legalidade, da supremacia dos códigos, da reorganização social, do poder legítimo, do novo Estado que nasceu das revoluções do direito natural; e, a seguir, se domiciliou no texto das Constituições, tanto as promulgadas como as outorgadas. A Lei Maior decretada pelas constituintes não se lhe afigurava expressão política e formal de símbolos revolucionários, mas fonte geradora do direito positivo com que a revolução constitucional reformava a sociedade.

Se Rui Barbosa tinha os olhos fitos na Constituição com o propósito de fazê-la efetiva enquanto lei fundamental do sistema, a partir sobretudo de bases teóricas e pragmáticas inspiradas do aresto de Marshall, por onde se introduzia aqui o modelo americano de controle difuso de constitucionalidade, o nosso Epitácio se abraçava, como um conservador progressista, àquelas fórmulas do direito positivo, constantes da legislação legitimada pela Constituição.

Tratava-se da Constituição que ele ajudara a escrever e cuja observância e aperfeiçoamento, em favor do regime e de sua normalidade, fora obra da práxis, e não da retórica especulativa a que se haviam afeiçoado os nefelibatas e os diletantes do constitucionalismo liberal.

Mas isso não arredou Epitácio de uma vivência prolongada e fecunda, ao decurso

---

[3] *Ernani Satyro apud José Octávio, ob. cit. pág. 38.*

do primeiro período republicano de nossa história, com as magnas questões ventiladas na esfera institucional de um regime em busca de consolidação. Foi isto que o levou, como um protagonista de sua contemporaneidade, a espargir luzes de saber jurídico sobre temas constitucionais que agitaram o debate político da Primeira República: estado de sítio, responsabilidade presidencial, intervenção federal, autonomia dos Estados-Membros, limites do poder executivo, separação de poderes, enfim, todos os mecanismos estruturais da nova ordem cujo funcionamento nossos governantes ou ignoravam ou lhes falecia familiaridade e zelo e tirocínio em torná-los efetivos.

Não basta aos direitos humanos para se fazerem efetivamente direitos fundamentais ter ingresso às Constituições, a saber, ingresso, quer nos preâmbulos, quer nas declarações solenes do texto magno.

Adquirem tal grau ou categoria de fundamentalidade – que ora os caracteriza no corpo normativo – com a passagem do círculo abstrato da programaticidade à esfera concreta da executoriedade, da aplicabilidade, da normatividade propriamente dita, ou seja, desde a ocasião em que, por via do ato constituinte, assumem a natureza de princípios, designadamente de princípios da Constituição.

Somente nessa qualidade e condição entram eles de fato a reger, em grau hermenêutico superlativo, a escala de valores dos sistemas constitucionais. E assim se constituem bússola, eixo ou dorso da organização jurídica da sociedade, e alcançam, desse modo, seu mais elevado teor de legitimação em termos de Estado de Direito; mas Estado Participativo de Direito, aquele que, na era contemporânea, é serventuário da liberdade, da justiça e da democracia.

Nesse Estado Participativo, dotado de máxima densidade democrática, o povo governa porque é livre, justo e igualitário; e o é por exercitar com legitimidade poderes de soberania, sem ficar sujeito a freios sociais oriundos do privilégio que não raro lhe tolhia os passos.

Em rigor, não há liberdade sem justiça nem justiça sem igualdade. Mas isto só acontece, bem entendido, quando a igualdade, privada de sua elevação à categoria de princípio constitucional, não passa de uma palavra vã.

A igualdade, cimento social tanto da liberdade como da justiça, é sinônimo político de democracia.

Assim como a liberdade define os direitos fundamentais da primeira geração, a igualdade define na doutrina contemporânea do cidadão partícipe a substância e a essência dos direitos fundamentais da segunda geração; é, portanto, o axioma de sua legitimidade.

Já no derradeiro quartel do século XX Epitácio Pessoa se mostrou precursor de uma ciência social do desenvolvimento.

Sem perceber, contudo, que sua ação parlamentar infatigável, respeitante à problemática nordestina, materializava direitos sociais que os constituintes daquele século ignoravam ou estavam ainda por legislar.

Apareceu cá o paraibano de Umbuzeiro e com originalidade assumiu posições sociais em certa maneira antecipadoras de três correntes do pensamento brasileiro na arte e na ciência: a literatura regional de José Américo, a sociologia rural de Gilberto Freyre, a economia emancipatória de Celso Furtado.

Lícito do mesmo passo inquirir, pois, se determinadas reflexões, conceitos e diretrizes ulteriores, acerca da questão nordestina, já não se achavam vazadas ou implícitas no discurso de Epitácio, que, com acuidade, versava os mais graves aspectos da tragédia regional.

O sofrimento do povo nordestino tocava a alma do estadista republicano. Numa

de suas peças oratórias memoráveis, clama por socorros federais em favor das vítimas da estiagem. O sentimento do tribuno estila revolta.

Transluz no verbo parlamentar o protesto da dor, da razão e da sensibilidade moral, suscetível de legitimar todas as rebeldias, todos os inconformismos sociais.

Aqui cabe uma admoestação a quem governa de costas para a sociedade e a nação, a quem subestima a classe média, a quem despreza os foros populares de opinião, a quem menoscaba aqueles órgãos da verdade que não chega aos palácios.

O povo brasileiro, minhas senhoras e meus senhores, é um povo revolucionário. Não se enganem a esse respeito. Eu leio a certidão desta verdade nas páginas da História. Tenho portanto presente a certeza inabalável de tal assertiva.

Um dia, portanto, não se surpreendam, as bravas multidões hão de levantar-se, e já se levantaram outrora. Basta refletir nos episódios heróicos da Revolução Pernambucana de 1817, da Confederação do Equador, da Guerra dos Farrapos, da Abolição e, mais perto de nosso tempo, a mobilização cívica do laço vermelho em 1930 ou os comícios plebiscitários das Diretas-já em 1984.

Nesse dia, torno a dizer-vos, com outras palavras, o povo fará aos seus filhos a justiça que o Estado lhes denega.

E ele então se erguerá para reconstituir as bases convelidas do contrato social, visto que a traição das elites não logra restaurá-las. Unicamente assim se restabelecerão muitos direitos postergados, muitos direitos da cidadania, direitos sociais, direitos do povo desnacionalizado, direitos de todas as gerações ou dimensões; aqueles que a onda neoliberal e a unipolaridade globalizadora estão a destruir.

Na correnteza dos tempos, nas lutas da liberdade, esse povo foi mártir, foi herói, foi cidadão. Os seus sacrifícios hão de ter fim e a coroa de martírios será breve a insígnia de seu triunfo.

De todos os homens públicos da Paraíba, Epitácio Pessoa foi o mais representativo; a República não conhece alguém que o haja excedido em saber jurídico, em serviços ao País, seja quando vestiu a toga no Supremo, seja quando legislou no Senado, seja finalmente quando governou o País no exercício do múnus presidencial.

Numa época de decadência do caráter entre os governantes, consola-nos, pois, dizer de Epitácio Pessoa o que disse, sobre o túmulo do Duque da Terceira, uma das mais eloquentes vozes da tribuna portuguesa:

> *Toda sua vida foi uma conseqüência rigorosa da sua composição moral*[4]

Esta Medalha tem, portanto, como símbolo, um significado ético, e muito honra e eleva a quem a recebe neste momento de gratidão, espiritualidade e patriotismo.

O Nordeste das secas e dos socorros públicos de Epitácio Pessoa, o Nordeste do desenvolvimentismo econômico e social de Celso Furtado, o Nordeste da questão agrária, das ligas Camponesas e do MST, o Nordeste do federalismo regional e das autonomias, esse Nordeste está morto. Assassinaram-no. Vamos fazer-lhe a ressurreição.

Que seja Epitácio Pessoa, o Patrono desta Medalha, uma das bandeiras que nos hão de guiar nessa jornada da justiça, da igualdade e da liberdade.

Muito obrigado.

---

[4] *José Estevão, sobre o Duque da Terceira, in José Estevão – Estudo e Coletânea, Edição da Comissão do Centenário, 1962, pág. 186.*

O PAPEL DO NOVO TRIBUNAL DE CONTAS[1]

Carlos Ayres Britto
Ministro do Supremo Tribunal Federal.

RESUMO: *O Direito não pode ser vislumbrado, tão-somente, pela tecnicidade, mas, sobretudo, pela ótica da humanidade, do sentimento. Partindo dessa afirmação, a conferência a seguir transcrita traz, em seu âmago, preciosas lições, não só de temas jurídicos, mas também de filosofia e literatura universal e, nessa toada, lança luzes à correta interpretação do regime jurídico-constitucional dos Tribunais de Contas Brasileiros, estabelecendo, com nitidez, a autonomia e independência desses órgãos, centralmente responsáveis pela eficácia do Controle Externo.*

PALAVRAS-CHAVE: *Tribunal de Contas. Humanismo. Direito. Interpretação.*

É com muito carinho, muito respeito, muita honra, que digo aos senhores que voltar a Paraíba, pela terceira vez, e encontrar tantas pessoas amigas e humanistas é motivo de júbilo, grande contentamento pessoal para mim. Eu fui visitado em meu gabinete pelo Presidente do Tribunal de Contas da Paraíba, Conselheiro Nominando Diniz, e, de saída, percebi a grande identidade que existe entre o Conselheiro Nominando e duas figuras de meu particular apreço. Dois seres humanos admiráveis: Ubiratan Aguiar e Carlos Pina de Assis. E disse pra mim mesmo, como tem jeito, cordialidade, simpatia, o presidente Nominando, a ponto de muito se aproximar de Ubiratan Aguiar e Carlos Pina de Assis. Eu tenho pelo presidente do TCU, Ubiratan Aguiar, uma admiração sincera, profunda e uma empatia que, como toda empatia, salta aos olhos e é inexplicável. Ubiratan dirige superiormente um Tribunal que mais do que impor respeito, pela sua alta missão constitucional, se impõe ao respeito. Se impõe a admiração de todos. E é, como Carlos Pina de Assis, um diplomata, um cavalheiro, um homem cordial por excelência, sem perder a firmeza, a energia, a incisividade nas horas certas, nas horas precisas. E aqui reencontro também queridos amigos como Manoel Carlos, da Bahia, e como Flávio Sátiro Fernandes, que além de jurista, escritor de mão e sobremão, é um poeta, um cordelista e um homem aberto às essências. Sabe penetrar na carne do real, com aquela instantaneidade que é própria dos grandes poetas. E como todas as pessoas que eu estou citando pertencem a um Tribunal de Contas, um do Tribunal de Contas de Sergipe, outro do Tribunal de Contas da Bahia, do Tribunal de Contas da União, do Tribunal de Contas da Paraíba, tudo isso me deixa mais à vontade, mais animado para falar sobre o tema de hoje, que é o papel do novo Tribunal de Contas.

E eu faço questão de começar esse diálogo com os senhores, um monólogo que eu espero seja apenas aparente, a partir do Humanismo, porque há um modo humanista de ver o Direito. Esse Direito que nós aplicamos nos Tribunais de Contas, no Supremo Tribunal

[1] *Palestra proferida no dia 21/05/2010, no I Encontro Técnico dos Tribunais de Contas - Norte e Nordeste do Brasil, em João Pessoa, PB.*

Federal, no Tribunal de Contas da União, no Tribunal Superior Eleitoral. Esse Direito que nós aplicamos, se tocado ou focado, ou visualizado pelo humanismo do intérprete, revela propriedades normativas mais do que surpreendentes, desconcertantes. Propriedades normativas muitas vezes inéditas. Não porque essas propriedades já não estivessem no dispositivo objeto, no dispositivo alvo da interpretação. Mas é que o dispositivo também é algo vivo, e que pode entrar ou não entrar em relação de empatia com o intérprete. O intérprete pode, em alguma medida, desencadear no dispositivo interpretado reações, angulações normativas. E ninguém estranha essa afirmativa porque, se aplicarmos ao direito as teorias da física quântica, compreenderemos que desde Heráclito que se diz que o ser das coisas é o movimento, as coisas se movimentam, não estão em estado de inércia. Daí porque o povo diz "Até as pedras se encontram". Não há esse ditado também aqui na Paraíba? E é verdade, até as pedras se encontram.

A vida é feita de objetos, de coisas, que não só se encontram, como se interpenetram. Se influenciam. E por que se influenciam, se modificam. E como a vida é feita de coisas, de objetos que modificam-se permanentemente, modificam também a própria vida incessantemente. Aliás, sem modificação, sem alteração do estado das coisas, o novo não tem espaço para se manifestar. E é quando o novo acontece, dá as cartas, que a vida ganha o atributo da perene atualidade. A vida é permanentemente atual. Por que? Porque as coisas de que a vida se constitui estão em permanente interação, mudança e modificação recíproca. A física quântica faz afirmativas interessantíssimas e são instigantes para os teóricos do Direito. A física quântica diz o seguinte: há o nível quântico que é o nível das coisas, que é nível microscópico ou subatômico de visualização das coisas. Ao nível quântico, as coisas realmente se interpenetram se influenciam e se modificam. E quando o observador atento dessas coisas quânticas entra em estado de empatia com elas, ele também, o observador, desencadeia reações nas coisas. Uma coisa desencadeia a reação em outra. E ambas se modificam. E o próprio investigador, o próprio cientista, o próprio observador atento, também desencadeia reação nas coisas observadas; porque as coisas não são estáticas. Se olharmos para esse teto, certamente ele não tem a mesma cor, a mesma configuração, a mesma textura, do dia da sua inauguração. Diga-se o mesmo dessas cadeiras, desse carpete. Cada um de nós, tudo está em movimento. Volto a lembrar Heráclito. Heráclito chegava a dizer que ninguém entra duas vezes nas águas de um mesmo rio, porque o rio está permanentemente fluindo e quem penetra no rio, está experimentando sensações, mudanças de temperatura, mudança de estado psicológico. O rio e o ser humano que lhe penetra, interagem e se modificam reciprocamente. Por isso, que Heráclito também dizia "só o impermanente é que é permanente". Só o inconstante é que é constante. Tudo muda, menos a mudança. Mas por que tudo muda? Porque as coisas interagem. Claro que há uma outra explicação. Que é na linha de Hegel: as coisas se modificam porque elas existem num contexto existencial binário ou bipolar. Não há nada que não tenha o seu oposto. Não há nada que não tenha o seu contrário. Por exemplo: o perto e o longe, o alto e o baixo, o largo e o estreito, o profundo e o raso. E, na interioridade do ser humano, essa dualidade básica da vida também se manifesta. No nosso interior a toda hora irrompem sensações ou sentimentos de euforia e de tristeza ou de depressão até. De amor e de ódio. De coragem e de medo. De otimismo e de pessimismo. Tudo é dual, tudo é dúplice. As duas margens de um rio, as duas asas de um pássaro. Tudo é binário, tudo é como o Deus Jano, que tem duas faces, duas frontes. E as coisas opostas, que se contrapõem liberam uma energia. Há uma vibração que provém dessa dualidade, dessa dicotomia entre pares de opostos. Então as coisas que se opõem liberam uma energia que põe a vida em movimento, para adiante. As coisas opostas, contrapostas se

friccionam, se tensionam na sua oponibilidade, se tensionam, se friccionam, liberam uma energia e é essa energia que põe tudo para a frente, tudo para adiante, tudo sai da inércia. Por que a vida precisa desse atributo da atualidade, a vida anseia por renovação, por mudança, por atualidade. Então as coisas fazem a sua parte, elas imprimem a vida, esse impulso processual. Porque processo não é isso? A vida processual é um seguir adiante, um caminhar para a frente, que termina sendo um caminhar para cima.

Muito bem, as coisas entre si obedecem a esse principio, da movimentação incessante e até da incerteza, e é ótimo que tudo seja incerto. Seria muito chato se tudo fosse certo, se tudo fosse repetitivo. É ótimo que a vida seja surpreendente, desconcertante, novidadeira. Como dizia Raul Seixas: "Prefiro ser essa metamorfose ambulante do que ter a mesma velha opinião formada sobre tudo". Então, se as coisas fazem a sua parte, nós não podemos fazer a nossa parte? Ou seja, imprimir à vida esse impulso vital do movimento? Convenhamos que sim. O que sucede? O humanista, operador jurídico, sente que pode dialogar com o preceito jurídico, o dispositivo posto pelo legislador sobre a forma, a forma convencional de Constituição e de lei. O humanista é um sensitivo, dado a reflexões, é, antes de tudo, um intuitivo. Então ele sente que pode entrar em relação de empatia com o dispositivo alvo de sua investigação teorética, que precede a aplicação da norma ao caso concreto, ele sente que pode entrar em estado de empatia com o dispositivo e desencadear no dispositivo uma angulação, uma nesga que seja de normatividade, que não seria liberada pelo dispositivo diante de um intérprete puramente cartesiano, puramente lógico, frio, matemático, metódico em excesso, idólatra da segurança, incapaz de dar, de inovar, de arriscar. É por isso que quando eu elogio pessoas como Carlos Pina, Manoel Castro, Flávio Sátiro, Nominando e o nosso presidente querido, admirável, presidente do TCU, Ubiratan Aguiar, eu tenho em vista, em mira, esse ideal de humanizar o Direito. Eu imagino a influencia benéfica de pessoas mais afeitas à poesia, à musica, à dança, ao canto, ao futebol, ao cinema, à praia, pessoas comuns que não perdem o senso de realidade, no arejamento do Direito por um modo novo, humanístico de interpretá-lo, desencadeando, volto a dizer, propriedades normativas, até então insuspeitadas. De repente, a gente resolve um caso, a partir de uma interpretação absolutamente nova do Direito. Graças a esse estado de empatia entre o sujeito cognoscente e o objeto cognoscível.

Há uma música de Vinícius de Moraes que diz o seguinte: "a vida só se dá pra quem se deu". Vale dizer, a vida só se dá por inteiro, a quem por inteiro se dá à vida. E a própria física quântica, volto a dizer, hoje confirmada pela neurociência, desde o inicio do século XX, afirmava o seguinte: a nossa inteireza só pode ser resgatada com o uso dos dois hemisférios do cérebro. O cérebro também como tudo na vida, é binário, é dual, reproduz a figura do Deus Jano. O cérebro, também, é dual, ele tem o hemisfério esquerdo e o hemisfério direito. O hemisfério esquerdo é o da razão, da reflexão, do cálculo, do método, é o lado cartesiano, é o lado da lógica, do conhecimento discursivo, o indireto, que se dá por aproximações, o conhecimento que é precedido de análises metódicas, cuidadosas, demoradas. Mas o lado direito do cérebro é chamado lado feminino. Por que feminino? Porque é o lado da intuição, é o lado da emoção, é o lado da alma, é o lado do coração. Não é coração, músculo cardíaco, é coração neurônio. Porque tudo é neural, está no cérebro. Então é esse lado que nos habilita a conhecer as coisas de estalo, num súbito de percepção, apreensão instantânea. Chega-se a síntese sem precisar de nenhuma análise. Salta-se para o topo da escada sem precisar de degraus. O ser humano é capaz disso? É. E o ser inteiro é aquele que usa os dois lados. O lado da reflexão e o lado da intuição. Pelo lado da intuição, às vezes, antes de a pergunta terminar, a gente já sabe a resposta.

É por isso que é chamado de lado feminino. É o lado do salto quântico, do *per saltum*, da eliminação da análise, da busca instantânea da síntese. O intuitivo captura a essência dos fenômenos, a verdade das coisas sem precisar da reflexão. Isso é fantástico. Mas às vezes a reflexão é necessária, o método é necessário. Muitas vezes por intuição, nós sabemos como resolver, com justiça material, um caso, mas precisamos da reflexão, da razão, para fundamentar e convencer os outros.

Eu me lembro que quando convoquei uma audiência publica, naquela famosa ação direta de inconstitucionalidade sobre a lei de biossegurança, nunca o Supremo Tribunal havia feito uma audiência pública até então e, compareceram vinte e nove cientistas, geneticistas, embriologistas, pesquisadores eminentes. Vinte e nove pessoas subiram a tribuna para dar sua opinião sobre o uso terapêutico, cientifico das células tronco embrionárias. E de repente, uma professora chamada Mayana Zatz, israelense, não sei se já se naturalizou brasileira, autoridade mundial como geneticista, disse que estava fazendo um tratamento de uma menina de sete anos, uma guria paraplégica. E o tratamento não resultava proveitoso. E a menina já cansada de tanta frustração, disse pra ela sentadinha na cadeira de rodas: "doutora, porque a senhora não abre um buraco nas minhas costas e põe lá dentro uma pilha, uma bateria para que eu possa andar como as minhas bonecas?". Quando a menina disse isso, quando a médica reproduziu o depoimento da menina, eu disse pra mim mesmo: "O meu voto já está pronto. Essa menina de sete anos fez o meu voto. Como eu posso ser contra? O uso das células tronco pode rasgar no cenário médico uma perspectiva de cura, de doenças neurológicas, degenerativas. Agora de que preciso? Fundamentar o meu voto". Aí é o lado esquerdo do cérebro, que é o lado mais fácil. É tão fácil ser técnico. É tão fácil dominar tecnicamente as categorias jurídicas. Esses meninos de hoje, chamados de concurseiros, são maravilhosos, sabem tudo do Direito, pegam os institutos jurídicos e dissecam e viram pelo avesso. Agora acionar o lado direito, que é o lado do sentimento, do senso de realidade, de solidariedade, de altruísmo, de fraternidade, é que não é comum. Porque na sociedade ocidental, nós somos muito cartesianos e temos medo de sentir. Nós temos muito orgulho de pensar e muito medo de sentir.

De outra feita, eu estava fazendo um voto, numa questão muito rumorosa, versando sobre um *habeas corpus* impetrado por um editor e escritor gaúcho, de nome Siegfried Ellwanger Castan. Ele escreveu um livro e editou outros, tidos por anti-semitas, portanto, consubstanciadores dos livros de preconceito contra os judeus e com uma certa simpatia para com os nazistas. Ele se dispunha a recontar a história da segunda guerra mundial de sorte a favorecer os nazistas e desfavorecer os judeus. E eu sou antinazista. E não tenho nenhum motivo para antipatizar com os judeus, pelo contrário, tenho muitos motivos para admirá-los. Mas eu concedi o *habeas corpus* a esse homem, reconhecendo-lhe o direito de publicar o que lhe passava pela cabeça. Me lembro até que eu fiz um trocadilho nessa hora: "a liberdade de expressão é a maior expressão da liberdade". Ainda que eu seja contra, eu não tenho o direito de impedir que esse escritor editor manifeste sua vontade. Ele vai responder pelos excessos, mas ele não pode ser aprioristicamente impedido de publicar seu livro, ou de editar os livros de seu gosto. Quando eu terminei esse voto, eu sabia que ia ser linchado civilmente, porque eu iria passar recibo de anti-semita e de simpatizante do nazismo, coisa que eu nunca fui. Alias, há poucos dias votando contra a lei de anistia, eu lembrei um poema antigo que fiz, dizendo que a humanidade não é o homem pra se dar a virtude do perdão. A coletividade não é o individuo. No individuo o perdão é uma virtude. Na coletividade o perdão pode ser falta de memória e falta de vergonha. A coletividade como que tem o dever de odiar os seus ofensores. Por exemplo, os assaltantes do erário, os quadrilheiros, que se mancomunam para assaltar

sistematicamente o erário, podem ser anistiados pura e simplesmente? Estupradores de mulheres, a vista dos seus maridos, dos seus namorados ou pessoas que jogavam do alto do avião seres humanos vivos. Ou o torturador que experimenta o mais intenso dos prazeres, diante do mais intenso dos sofrimentos alheios. E ele ainda oculta o cadáver, não é pra buscar impunidade, é para infligir as famílias mais sofrimento ainda, pra que elas não tenham sequer o direito ao luto. Então, eu fazia essa lembrança a propósito de um poema que eu fiz contra Hitler, há mais de vinte anos. Mas em suma, quando eu assinei, eu queria assinar esse meu voto concedendo o *habeas corpus*, mas travei um dialogo com a existência. Coisa que eu faço com certa habitualidade. Quem quiser que me critique por isso, dizendo que é uma postura anticientífica, eu não me incomodo. Eu dizia assim mesmo: "meu Deus, eu queria um sinal de que devo conceder esse *habeas corpus*". E poucos segundos depois, me veio a memória, me veio a mente, a figura física de Voltaire e logo depois aquela frase famosíssima dele: "Não concordo com uma só das palavras que dizeis, mas defenderei até a morte, o vosso direito de dizê-las". Como se fosse pouco, algo me disse assim: "corra até os autos do processo e veja o nome da rua desse editor, impetrante do *habeas corpus*". E eu requisitei os autos do Rio Grande do Sul. Então eu disse pra mim mesmo: "Que coisa estranha. Corra até os autos e veja o nome da rua desse editor". Isso logo depois da frase de Voltaire e da figura física de Voltaire. Então eu corri aos autos. Quando eu olhei o nome da rua do editor: rua Voltaire. Então, essas coisas acontecem, as coisas falam com a gente, as coisas falam por si. As coisas falam por silêncio desde que estejamos aptos para receber mensagens.

Mais recentemente, eu estava atuando no caso de uma mulher que perdeu o companheiro de mais de vinte anos e com quem tivera nove filhos. E ela estava pedindo o rateio da pensão previdenciária com a viúva com quem o *de cujos*, enquanto vivo, era casado de papel passado. Ou seja, o individuo, o cidadão tinha duas mulheres. Uma de papel passado e outra de fato, mas vivia ao mesmo tempo com as duas. Ele conseguia lá, sei lá com que milagre, com que habilidade, contornar as coisas e teve onze filhos com uma e nove filhos com outra. Então a mulher de papel passado, casada no civil, recebeu a pensão. A outra não recebeu nada e tinha nove filhos com ele. Experimentou uma convivência de, pelo menos, vinte anos. Eu votei a favor do rateio da pensão. E o Ministro Relator do processo, na minha turma, votou contra, dizendo: "não, isso não é companheirismo, isso é concubinato. Já que o companheirismo não pode ser convertido em casamento civil, é um concubinato, e sendo concubinato não tem direito a nada". E eu me contrapus: "A vida não é assim! Concubinato, essa palavra feia, está no código civil, na Constituição não existe concubinato, existe companheirismo. Vamos interpretar o Código Civil à luz da Constituição". Em suma, eu perdi, de quatro a um. Aí, eu resolvi apelar um pouquinho. Eu disse: "Eu faço um último apelo a Vossa Excelência: a vida manda recado, é preciso que a gente esteja disponível, aberto, canais abertos, antenas acesas, espírito completamente desarmado para entrar em relação de empatia com a vida. Os senhores já atentaram para o nome do falecido?" – "Mas o que é que isso tem a haver?" – "Eu vou dizer o nome para os senhores". E eu peguei os autos, eu não era o relator, mas tive o cuidado de olhar o nome dele. O nome dele: Valdemar do Amor Divino. Não me dei por satisfeito: – "Agora vocês já prestaram atenção, senhores Ministros, vossas excelências, já prestaram atenção ao nome da requerente? Que também ficou viúva? No plano dos fatos, ela deveria estar experimentando o sentimento de viuvez tão intenso quanto a outra. Vinte anos de convivência". – "Não, mas qual é o nome da outra?" – "Eu digo, o nome da outra é: Joana da Paixão Luz, ou seja, estava escrito nas estrelas que Valdemar do Amor Divino se encontraria com Joana da Paixão Luz". Entendeu?

Onde é que eu quero chegar com isso? É o seguinte: o Tribunal de Contas, à luz da Constituição brasileira, foi hiper aquinhorado. Os Tribunais de Contas não têm de que se queixar. Eles são órgãos de existência necessária. São nominados pela própria Constituição. São chamados de Tribunais, e não é por acaso. Eles desempenham uma função, absolutamente necessária e imprescindível, altaneira, da mais elevada estatura constitucional, que é a função de controle externo. Uma função que é partilhada. Vamos ficar no plano federal pra facilitar o raciocínio, mas os senhores já sabem que tudo o que eu disser no plano federal, *mutatis mutandis*, se aplica aos Tribunais de Contas dos Estados e dos Municípios e aos Conselhos de Contas. Há uma só função, controle externo dos órgãos, entidades, agentes do poder público e pessoas que façam às vezes dos entes públicos. Há uma função, controle externo, a cargo de dois órgãos. No plano federal: Congresso Nacional e o TCU. Uma só função, dois órgãos distintos. Nome da função: controle externo. O legislativo não tem só essa função. O Congresso Nacional tem duas funções: uma função de controle externo, que em parte, ele divide com o TCU, e tem outra função que não divide com o TCU, a função legislativa, a função que lhe empresta um nome. Mas são duas funções finalísticas do Congresso Nacional: a de legislar - a legiferante, o legislativo - e a função de controle externo. Esta função, em parte é dividida com o Tribunal de Contas. Como por exemplo, julgar as Contas anuais do Presidente da República. Isso é uma função de controle externo, partilhada entre o TCU e o Congresso Nacional. Ou apreciar os relatórios anuais de prestação de Contas. Esses relatórios também correspondem a uma atividade partilhada entre o Tribunal de Contas da União e o Congresso Nacional. E uma parte dessa função de controle externo é subtraída do Poder Legislativo. Fica do lado de fora do Poder Legislativo. Só o TCU exerce, sozinho. Por exemplo, o TCU fiscaliza as unidades administrativas do Judiciário, do Executivo e do próprio Legislativo. Ele não partilha essa função com o Congresso Nacional. O TCU julga os administradores, não as Contas anuais. Ele emite parecer sobre as Contas anuais do Presidente da República. O julgamento fica a cargo do Congresso Nacional. Mas o TCU desempenha funções de controle externo, que não são partilhadas com o Congresso Nacional. Por exemplo, quem julga os parlamentares enquanto administradores públicos? O Presidente da Câmara dos Deputados? O Presidente do Senado Federal? É o TCU. E ele não partilha essa função de julgamento com ninguém. Vejam a importância do TCU. Em matéria de legislação, quem dá a ultima palavra é o Congresso Nacional. Em matéria de controle externo, o Congresso Nacional dá a última palavra, no julgamento das Contas, na apreciação das Contas anuais, na apreciação dos relatórios, de gestão orçamentária, patrimonial, financeira, operacional, mas nas outras funções, nos outros aspectos da função de controle externo, quem dá a última palavra? Não é o Congresso Nacional, é o TCU, é o Tribunal de Contas. Nem por isso, o TCU é órgão do Congresso Nacional. A Constituição diz no art. 44: "o Congresso Nacional se constitui de duas casas. A Câmara dos Deputados e o Senado Federal". O TCU ficou de fora. O Congresso Nacional não compreende o TCU. O TCU não é órgão do Congresso Nacional. O TCU atua ao lado do Congresso, junto ao Congresso, mas não dentro dele. A referência que a Constituição erige para o TCU é a referência organizativo operacional, estruturante, funcional, a referência não é o Congresso Nacional, é o Judiciário, ao afirmar que o TCU desempenha ou é dotado das atribuições que são próprias dos Tribunais Judiciários. E no plano dos agentes públicos, também a referência não é o Congresso Nacional. A referência é mais uma vez o Poder Judiciário. Os membros do TCU têm as mesmas garantias, os mesmos impedimentos, as mesmas prerrogativas, os mesmos direitos, as mesmas vantagens, dos congressistas? Não, mas dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça. Por isso que o TCU, isso vale para os demais Tribunais de Contas, o TCU

não se acantona na intimidade estrutural do Poder Legislativo Federal. O TCU não é órgão do Congresso Nacional e nem é órgão auxiliar do Congresso Nacional, se entendermos por auxiliaridade, subalternidade, inferioridade hierárquica. Não há hierarquia entre o Congresso Nacional e o TCU. Quando a Constituição diz que o Congresso Nacional exercerá suas funções de controle externo com o auxilio do TCU, quis apenas dizer, e efetivamente diz, que o Congresso Nacional exercerá e só poderá exercer suas funções de controle externo com o auxilio do TCU. Ou seja, é uma auxiliaridade que se põe no plano da indispensabilidade. Não pode haver controle externo a cargo do Legislativo, senão com a co-participação, senão com o contributo do TCU e, por conseqüência, dos outros planos federativos dos Tribunais de Contas dos Estados e dos Municípios. É a mesma coisa do que se passa entre o Poder Judiciário e Ministério Público. A jurisdição não pode ser exercida pelo Poder Judiciário senão com a participação do Ministério Publico. O Judiciário é auxiliado pelo Ministério Público na prestação de uma função, chamada Jurisdição. E o Ministério Público é subordinado ao Poder Judiciário? Não é subordinado. E por que o TCU é subordinado ao Congresso Nacional? Não é subordinado. Eles são independentes e autônomos entre si. São independentes porque tem competências próprias, nominadas pela Constituição. O que é de um, não é do outro. O que cabe ao TCU não cabe ao Congresso Nacional. O que cabe ao Congresso Nacional, no plano das competências, não cabe ao TCU. E são harmônicos. Por que? Porque ambas as instituições estão a serviço de uma mesma causa, de uma única função. Qual é a função? Controle externo. Se nós conseguirmos separar tecnicamente, o que não é difícil, porque tudo o que é técnico é fácil. Difícil é o que é humano. Não que seja difícil em si, é que nós não nos dispomos a assumir o nosso humanismo, a nossa *humanitas*. Nós não nos dispomos, mas embotamos a nossa abertura para o humano, fechamos os canais da nossa comunicação humanizada com a vida, mas não que seja difícil. É porque culturalmente, no mundo ocidental, o humanismo se tornou fruta rara, "avis rara" em latim. Então o TCU não se relaciona com nenhum dos Poderes. É igual ao Ministério Público. O Ministério Público não é órgão nem do Judiciário, nem do Legislativo, nem do Executivo. É órgão de quem então, já que não é uma pessoa jurídica? Não tem personalidade jurídica, é órgão da União. Estou falando da União ou dos Estados membros, conforme se trate de Ministério Público Federal ou de Ministério Público dos Estados. O Ministério Público mantém uma linha direta com a pessoa jurídica, ou dos Estados ou da União, sem passar por nenhum dos poderes. E o Tribunal de Contas da União? Também não é órgão nem do Judiciário, nem do Executivo, nem do Legislativo. Ele não faz parte do esquema da tripartição dos Poderes. Ele foi concebido *a latere* do esquema de tripartição dos Poderes. O TCU mantém uma linha jurídica, um vínculo jurídico direto com a pessoa jurídica da União. O TCU chega a União *per saltum*, sem a mediação, sem a ponte dos três Poderes. No plano dos Estados, o Tribunal de Contas da Paraíba, por exemplo, é órgão do Poder Judiciário da Paraíba? É órgão do Poder Legislativo da Paraíba? É órgão do Poder Executivo da Paraíba? Claro que não. Mas não é uma pessoa jurídica. Não tem personalidade jurídica. Não é pessoa, é órgão. E qual o vinculo jurídico do Tribunal de Contas da Paraíba com o Estado? É um vinculo direto, *per saltum*. Ele não passa pela ponte dos Poderes para chegar até ao Estado da Paraíba. Há uma linha direta entre o TCE da Paraíba e a pessoa jurídica estatal, federada e de base territorial, chamada Estado do Paraíba.

Muito bem, a Constituição, eu estava dizendo, se nós fizermos uma distinção técnica entre três categorias ou três institutos, tudo fica fácil. Não confundir função, competência e atribuições. Vamos para o TCU. A função é uma só: controle externo. A cargo de dois órgãos: Congresso Nacional e TCU. E as competências? As competências

são adjudicadas ao Congresso Nacional com exclusividade e ao TCU com exclusividade. Competências são poderes, são poderes instrumentais, são meios para a realização de um fim. Qual é o fim? Controle externo. O TCU e o Congresso Nacional, para cumprimento de sua função de controle externo, precisam de meios, de poderes chamados competências. A Constituição, no art. 71, arrola as competências do TCU e nos artigos 48 e 49 arrola as competências do Congresso Nacional. Não confundir função e competência. Função é uma atividade finalística, competência é uma atividade de meio. Quais são as competências do TCU? Competência judicante, competência opinativa, competência consultiva, competência informativa, competência sancionadora e competência corretiva. A serviço de que, tantas competências? Da função controle externo. Então o TCU é aquinhoado de competências para o desempenho desembaraçado, altivo, a tempo e a hora, prestante, eficiente da sua função. A função é atividade típica de um órgão. Eu tenho esse ouvido direito, e ele embota em sua função auditiva, não serve mais pra ouvir. Ele ainda é ouvido? ou é apenas uma orelha? Por que? Porque quem faz o órgão é a função. Se o Tribunal de Contas da Paraíba já não cumpre sua função, já não faz um controle externo eficiente, eficaz, independente, austero, no plano jurídico, ele continua Tribunal de Contas. E no plano de fato, ele continua Tribunal de Contas? É preciso não embotar jamais a função. Porque a função põe o órgão em movimento. É a razão de ser do órgão.

A função é a razão de ser do órgão. O Tribunal de Contas da União é um órgão que, mais e mais, ocupa seus espaços institucionais em plenitude, a ponto de despertar severas criticas de alguns administradores, dos menos graduados ao mais graduado. Mas por que o Tribunal de Contas se impõe a admiração da sociedade brasileira? Porque está cumprindo a sua função. Eu sou Ministro do Supremo Tribunal Federal, muito bem. Eu não tenho prestigio nenhum por isso. O fato de ser Ministro do Supremo Tribunal Federal pra mim, não vale nada, é uma nominalidade pura e simples, enfatuada, pedante. O prestígio de um Ministro do Supremo é como um prestígio de um presidente do TCU: é derivado, vem da função, vem do cargo. Se o presidente do TCU é dos bons, ele vem aqui e sabe que não vai ser hostilizado. Ele vai ser elogiado, homenageado, exaltado. Volto a dizer aquele trocadilho que eu fiz no inicio: ele não impõe respeito só, ele se impõe ao respeito. É diferente. Isso é um salto quântico, é um salto de qualidade. Conselheiro também não vale nada. Vale na medida em que for fiel ao órgão, à instituição a que pertence e bem desempenha a sua função de controle externo. Aí sim, ele vale. Às vezes eu recebo umas visitas, e alguém diz pra mim: - "Mas Ministro, o senhor deve estar orgulhoso, não é? De sua biografia, de sua trajetória de vida. O senhor chegou ao topo da carreira". Olhe, isso não significa nada, isso é viagem de ego. Agora, se eu sou um bom Ministro, eu faço uma viagem de alma. Se eu estou servindo à sociedade, aí sim, vale a pena ser Ministro do Supremo. Porque como Ministro do Supremo eu posso servir melhor à sociedade. É diferente.

Bem, então os Tribunais de Contas são órgãos de estatura constitucional elevadíssima. Eles não são órgãos administrativos como se diz aí, amiudadamente. E os processos dos Tribunais de Contas não são processos administrativos. Tudo nos Tribunais de Contas tem uma ontologia, tem natureza, tem identidade inconfundível. Não há processo administrativo no âmbito dos Tribunais de Contas. É um processo de Contas. Não é processo parlamentar, não é processo jurisdicional, não é processo administrativo. É processo de Contas. Os membros do Ministério Publico, junto aos Tribunais de Contas, são um Ministério Público de Contas. Tribunais de Contas, processos de Contas, Ministros de Contas. O Ministro Ubiratan é Ministro de Contas. Procurador ou promotor ou membro do Ministério Publico de Contas. O processo nem é administrativo, nem é jurisdicional,

nem é parlamentar. É de Contas. A Constituição prezou tanto os Tribunais de Contas que deu a eles uma configuração por conta própria. Os senhores já notaram que no capítulo sobre o Poder Legislativo, está versado o Tribunal de Contas da União? São seis dispositivos, só nessa seção de número 9. Seis artigos e quarenta dispositivos. Ou seja, a anatomia dos Tribunais de Contas está na Constituição. A fisiologia, o funcionamento dos Tribunais de Contas, no que isso tem de central, está na Constituição. Sabe quantas vezes a Constituição se refere a Lei em matéria de Tribunal de Contas, de Ministros de Contas, de Auditores de Contas, de Ministério Público de Contas? Sabem quantas vezes a Constituição se refere a Lei? Uma vez! Uma! O Tribunal de Contas é órgão político-administrativo. É político porque é centralmente formatado na Constituição. É Administrativo porque é complementarmente formatado na Lei. Vocês sabem que o Administrativo está para a Lei, assim como o Político está para a Constituição. Por isso que Canotilho disse o seguinte: "A Constituição é o estatuto jurídico do fenômeno político". Tudo o que tem politicidade, tudo o que tem estatura de governo, está na Constituição. O Tribunal de Contas da União, que é o êmulo, é um órgão de existência necessária, de estatura constitucional, de natureza governamental ou de natureza política. Então o que é o TCU? Um órgão político administrativo. Não é singelamente administrativo. É como um processo de contas, que não é um processo administrativo, mas um processo de contas com sua ontologia.

Bem, o que eu queria dizer com essas palavras senhores, com essa mensagem é realmente isto: a Constituição prezou os Tribunais de Contas. A Constituição aquinhoou os Tribunais de Contas com prerrogativas, que são chamadas de atribuições. Eu não falei de funções? E de competências? Estou a falar de atribuições. O que são atribuições? São prerrogativas. Para que? Para o mais desembaraçado exercício das competências. Por isso que Tribunal de Contas tem iniciativa de Lei. Para o mais desembaraçado exercício das suas competências. Por isso que os Ministros de Contas, por isso que os Tribunais de Contas, tem alto governo. O seu presidente, o seu vice-presidente, o seu corregedor, são eleitos pelos pares. Esse alto governo não é competência, esse alto governo não é função, esse alto governo é atribuição. Atribuição é um invólucro das competências, para que estas, assim involucradas, assim protegidas especialmente pelas atribuições, sejam exercidas com altivez, com desembaraço. Por que um Ministro de Contas tem prerrogativas de Ministro do Superior Tribunal de Justiça? Para que os Ministros de Contas exerçam as suas funções e suas competências, competências a serviço das funções, atribuições a serviço das competências, para que exerçam os seus cargos com altivez, com independência, com honestidade, com competência.

Eu concluiria dizendo o seguinte: o difícil não é ser um bom Conselheiro no plano cientifico. O difícil não é ser um bom Promotor, Procurador de Justiça no plano cientifico. O difícil não é ser um Ministro do Supremo Tribunal Federal, no plano cientifico, no plano técnico, no plano teórico, alguém que domina as categorias jurídicas com absoluta propriedade e que faz votos conceituais temáticos e que transita com o mesmo desembaraço pelas esferas, pelos quadrantes do Direito Material, do Direito Processual. Isso é fácil, cada vez mais fácil. Difícil é ser gente, é ser humano. Difícil é ser independente, é cortar o cordão umbilical com o Governador, com o Presidente da República. Difícil, portanto, é seguir aquela máxima de Nietzsche: "torna-te quem és". A Constituição fez de cada um de nós uma pessoa independente. Nossos cargos são vitalícios. Por que são vitalícios? O que é a vitaliciedade? É uma prerrogativa. Pra que a prerrogativa? Para que nós decidamos com absoluta independência. Difícil é ser imparcial. Difícil, é ser corajoso. Ter coragem para inovar. Difícil é interpretar as normas jurídicas sem frouxidão, sem covardia, sem leniência, sem cumplicidade. E é o nosso grande desafio. Os Tribunais de

Contas não tem de que se queixar. O Ministério Público não tem de que se queixar. O Judiciário não tem de que se queixar. Nossas leis, em linhas gerais, nossa Constituição, em linhas gerais, nosso arcabouço normativo não padecem de déficit de normatividade. Nós, os seus interpretes é que padecemos de déficits de interpretatividade e de coragem para tirar a Constituição do papel. Tirar as boas leis do papel. Nós, pelo nosso medo, pela nossa comodidade, pela nossa cumplicidade, temos os nossos condicionamentos. É que fazemos do Direito Brasileiro um elefante branco. Ou como diria o professor Lenio Streck do Rio Grande do Sul, "um latifúndio improdutivo".

Eu gostaria, presidente Nominando, presidente Ubiratan, Carlos Pina de Assis, Manoel Castro, Flávio, todos enfim que estão aqui, eu gostaria de no futuro, assistir a congressos, versando não sobre temas técnicos, mas coisas assim: a independência do Conselheiro, a independência do Juiz, a humanidade, o humanismo do decididor, o humanismo do julgador, a coragem de ousar. Eu gostaria que os temas fossem esses. Dizia Eugene Rier que a maior de todas as coragens é a coragem de ousar. Porque implica riscos, a pessoa se expõe, sai da segurança, perde o controle das coisas. Mas na vida, é preciso também perder o controle das coisas. Quando se antagonizam por modo insuperável a segurança e a justiça material, evidente que nós devemos optar pela justiça material, porque um valor fundante do Direito, é a Justiça. Não é a toa que essa palavrinha – justiça – este substantivo justiça, seja uma palavra feminina. Não é a toa que Direito seja uma palavra masculina. Está na Constituição, no preâmbulo. Eu gostaria de ver congressos, seminários falando da absoluta necessidade de o operador do Direito ler poesia, ler romance, ler crônicas, tocar um instrumento, como na música "Tigresa" de Caetano Veloso, "como é bom saber tocar um instrumento". Fazer como Ubiratan faz, como Flávio, que são compositores populares. Eu sei que o Ubiratan tem músicas gravadas por Daniela Mercury, por Dominguinhos, por Elba Ramalho, por Fagner, por Geraldo Azevedo, quer dizer cantores extraordinários. Porque isso é o que humaniza o operador do Direito e o habilita a enxergar nele, uma vereda que seja por onde possa transitar altivamente, a liberdade, a igualdade, a fraternidade. Eu espero que esse dia chegue.

Uma vez, eu li em Victor Igol a seguinte frase: "Nada é tão irresistível quanto a força de uma ideia cujo tempo chegou". Modéstia à parte, eu comecei há dois anos como Presidente do TSE, uma campanha em torno da absoluta necessidade de sindicar, jurisdicionalmente a vida pregressa dos candidatos e passei por quixotesco, romântico, poeta, fora da realidade. Pelo contrário, estava com os pés na realidade. Eu sentia que a população brasileira, o eleitorado brasileiro, estava saturado, não agüentava mais com a má qualidade da representação política do nosso país e defendi a tese de que a vida pregressa era uma condição de elegibilidade. Perdi por 4 a 3. Muito bem, perdi. O que aconteceu? Ainda no final do ano de 2008, sessenta instituições se articularam para promover um movimento nacional, colheram um milhão e seiscentas mil assinaturas e anteontem se tornou num projeto, que se tornou numa lei. Por que? Porque há três temas hoje que são planetários e todos nós devemos estar a serviço desses três temas: democracia, ética na política e meio-ambiente ecologicamente equilibrado. Onde a ética na política não é tudo, a política não é nada.

Agora para que pratiquemos o Direito nessa tríplice perspectiva humanista da democracia, da ética e do meio-ambiente ecologicamente equilibrado, é preciso antes de tudo sentimento. Olhe um nordestino que foi gênio da raça. O primeiro filósofo brasileiro, com pensamento articulado foi Tobias Barreto. E Tobias Barreto dizia: "Direito não é só uma coisa que se sabe", logicamente, cartesianamente. "Direito não é só uma coisa que se sabe. Direito é também uma coisa que se sente". E não é a toa que a palavra sentença,

venha do verbo sentir. O substantivo sentença vem do verbo sentir. E para a pessoa sentir, abrir o coração, abrir a sentimentalidade, usar a alma, virar-se pelo avesso, é preciso uma mudança de mentalidade. E não é fácil mudar de mentalidade, porque é cômodo seguir descansando no conforto da sua realização profissional ou de sua realização material. A gente sabe que o lugar mais seguro para os navios é o porto. Mas não foi para isso que as embarcações foram construídas e sim para a aventura do mar aberto. Então é a mesma coisa, a nossa área jurídica. É preciso soltar as amarras desse navio chamado coração e partir para uma nova mentalidade, para uma nova cultura desassombrado no plano pessoal e no plano mental das idéias, porque o Brasil merece o melhor de cada um de nós. Nós somos privilegiados, todos nós somos privilegiados. Nós da área jurídica somos comparativamente bem remunerados, temos todas as garantias.

O Brasil perdeu a ultima copa por falta de atitude. Tinha uma seleção de craques, e o ultimo gol sofrido pelo Brasil da eliminação foi sintomático. Enquanto a França batia uma falta perigosa na nossa área, um dos nossos jogadores estava agachado, amarrando as chuteiras. Por que? Falta de atitude. Falta de disposição para sair da inércia e ir ao encontro do novo. Sheakspeare disse o seguinte: "Transformação é uma porta que se abre por dentro". Vamos abrir essa porta interior de cada um de nós, pois o Brasil está precisando dessa nossa atitude mais corajosa, mais desprendida, e mais amorosa. Muito Obrigado.

DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO SOCIAL [1]

Alexandre Costa de Luna Freire
Juiz Federal. Mestre em Direito (UFPE). Membro da Academia Paraibana de Letras.Professor universitário.

RESUMO: *É escassa na Academia atual a inserção obrigatória de abordagens sistemáticas e razoavelmente completas da História do Direito Brasileiro. O presente ensaio, sensível a tal problemática, procura estabelecer algumas relações entre a noção de Estado, e seu desenvolvimento, o Constitucionalismo e o cenário social posto ao longo do século XVIII, período este marcado pelas ideias libertárias, as quais influenciaram os conceitos de Direito e Estado. O texto tenciona explicitar os liames existentes entre História e Direito e a conseqüente necessidade de se repensar, a partir desse binômio, o estudo introdutório da Ciência Jurídica nas faculdades e universidades brasileiras.*

PALAVRAS-CHAVE: *Direito Brasileiro. História. Estado Liberal.*

É escassa na Academia atual a inserção obrigatória de abordagens sistemáticas e razoavelmente completas da História do Direito Brasileiro. São poucas as publicações que cuidam do tema com a performance necessária para o estudo introdutório do Direito. Não é incomum que as "Introduções" limitem-se a considerações propedêuticas precárias nas relações do Direito com outras áreas. Razões várias de apelo editorial ou de "fragmentação" de noções introdutórias, cuja adoção tem conteúdos diversificados, contribuem para o desalento na formação "completa" ou abrangente da explicação da origem das fontes e das instituições pátrias.

É um fenômeno que deita raízes na germinação dos nossos Cursos Jurídicos quando mesmo em Recife, melhor dizendo, desde o período de Olinda, eram escassos os manuais jurídicos. E também Lentes. Vale registrar que a Constituição do Império, naqueles Cursos, não era "vencido o programa" com o estudo de todos os seus dispositivos. Percebe-se que a assimilação sistemática deixava a desejar.

O tema da Liberdade, como reflexo da renovação das idéias Iluministas e atrelado às conformações do Poder, permeou a cena dos conflitos com acentuada tônica no Século XVIII. Antes mesmo da germinação da Sociedade Industrial, o fenômeno da ascensão capitalista, alimentada pela acumulação em florescência progressiva, fincara raízes em tensões com um "novo" Direito.

As novas relações econômicas, alicerçadas nos bens de raiz, na tecnologia naval ou nas atividades extrativas, nutridas pela mão de obra servil [a escravidão indígena e as justificativas para as espoliações humanas na costa ocidental africana em substituição]

[1] *O presente texto reproduz um memorando relativo à participação do autor no Congresso Franco-Brasileiro de Direito Constitucional, ocorrido nos dias 29, 30 e 31 de outubro de 2008, no Auditório da Justiça Federal em Fortaleza, realizado pela ESMAFE – Escola de Magistratura Federal da 5ª Região, Núcleo do Ceará, Escola de Magistratura do Trabalho no Ceará, Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará e Le Havre Université. O tema deste paper está voltado para a conferência inaugural do Professor Dr. Paulo Bonavides com o mesmo título.*

deram alento às empresas de exploração voltadas ao comércio internacional colonialista, que foi a matriz das descobertas e criação de colônias.

Se nos propusermos a retomar os passos de averiguação do conteúdo do Estado um pouco além de sua morfogênese como condição necessária para compreender o cenário atual do choque e interpolações de múltiplas relações de Poder não é difícil defrontar-se com um cenário difuso.

Quaisquer que sejam os componentes e tensões efluentes do cenário moral de eleição na atualidade, não faltarão objetos à sujeição de análise e múltiplos outros que serão "incluídos fora" do campo de investigação.

Mais do que antes – na era do "pós-tudo" –, a premência de método seguro sobrepõe reinquirir, reavivar os limites conceituais como ferramenta de trabalho "de campo" para que se estabeleçam premissas inafastáveis sobre o papel do Estado numa sociedade plurilocalizada e de identidade, em contínuo movimento de identidade.

A simultaneidade das tensões do absolutismo, da liberdade ou escravidão atrelada à servidão voluntária presa à Terra e o despontar de novas relações da sociedade industrial nascente construindo novas formas de colonialismo compondo a moldura de compressões coletivas indistintas precederam assimétricas composições de relações de força, produzindo direitos como sucedâneo de força e garantia como o foram desde tempos imemoriais. O Direito como substitutivo ou vacina da força, do poder.

A simbologia ou poesia do Direito nasceu antes da regra, do consenso, ou de diretrizes para a submissão. Adveio antes da escrita, ainda que imprecisa. Proveio da força, tautologia à parte, à força. A insubmissão e a injustiça, atreladas ao sentimento ou ao sofrimento diante da lei do mais forte, inculcadas no instinto de sobrevivência, não mitigaram a concepção "selvagem" de priscas eras e não desapareceram, nem aquelas, nem aquele, por ser inato.

A escrita resultou apenas da evolução da "comunicação" e de uma natural graduação mais coletiva, mais apropriável por diferentes grupos ou pessoas ou por uma necessária durabilidade. Ainda Sísifo? Portanto, o símbolo, o signo propriamente dito, antecedeu os caracteres cuneiformes. A tocha de fogo ou a lança fincada ao pedaço de terra antes da gravação na argila ou no pedaço de couro, papiro ou na pedra.

A luta desenvolvia-se diante da natureza. O medo ao redor. O desconhecido dando-lhe o fogo e as crenças. Destas encorpando-se a Autoridade de outra força, numa relação sublimada e longínqua quando não inóspita ou talvez crível o acesso apenas a alguns. As relações de poder migrando em maior ou menor gradação ou em fusão incorpórea povoando o imaginário.

A crise do Absolutismo despontou como conseqüência da alteração do figurino social, resultante da realocação das "forças" econômicas no cenário de diversas economias. A "ideia" de Liberdade como um tônus do sentimento de Justiça compreendeu reações diante da servidão desumana, tonitruante e sobejamente indesejada. No entanto, essa "servidão voluntária", como que um contrato de adesão da atualidade, somente era palpável com os frutos de concepções mais "esclarecidas". Trata-se de ideias iluministas com adesão de alguns poucos "déspotas". A grande massa de "excluídos" ao deus-dará.

Considerando-se essa fase romântica da fecundação da noção de Estado, não é supérfluo transcrever esse trecho do Prefácio do livro do Professor Paulo Bonavides, intitulado *"Do Estado Liberal ao Estado Social"*, cuja 1ª edição deu-se há cinqüenta anos e foi objeto de magistral aula na Abertura do Seminário Franco-Brasileiro de Direito Constitucional ocorrido em Fortaleza:

> *Os que viveram a época do liberalismo – os nossos ditosos antepassados – podiam romanticamente considerar o problema do Estado, com a presunção otimista de haver criado um mundo melhor e mais sólido, banhado na utopia revolucionária dos direitos do homem.*

No momento atual das cibernéticas considerações sobre Estado e Constitucionalismo no curso desta primeira década do milênio – *globosfera* e *blogosfera* – é vivamente interessante considerar perspectivas daqueles que ensaiaram ideias, povoaram sonhos , muitos martirizados por até então sentimentos humanistas. Personagem controvertido, transitando entre o absolutismo e vontadesestatais, transcrevo registro calcado de teor elogioso, porém sem deslustrar a relevância do conteúdo para uma análise objetiva, independentemente – não é objeto da abordagem – dos reflexos no estado da Sociedade:

> *O forte e patriótico impulso que o ministro reformador audaz e revolucionário de D. José deu a todos os ramos da administração pública, trouxe ao Brazil algumas larguezas até então desconhecidas. Do implacável despotismo de Sebastião José de Carvalho e Mello veio algum benefício à colônia brazileira como dos revulsivos aconselhados pela sciencia medica resulta allivio ao corpo enfermo. Foi da lucta aberta com as classes privilegiadas do afan em decorrar velhos preconceitos que se oppunham aos planos do seu governo, que talvez por distantes do centro das perturbações, logo depois da sua nomeação a secretario d"estado, nos coubem bem quinhão nos actos generosos da sua inflexível vontade.*[2]

O Marquês de Pombal teve adeptos e contendores.

Ao traçar o panorama econômico da época sobre o problema do ensino, assinalou ter Sebastião de Carvalho arrancado das mãos da Companhia o ensino, criando escolas, por entender pernicioso, o que era então adotado "ensino primário gratuito posto ao alcance das classes menos favorecidas e em geral de todas as outras, veio a providência de dar à agricultura maior desenvolvimento, promovendo a prosperidade do comércio até hoje em completa estagnação."

A "privilegiada" Companhia de Pernambuco e Parahyba, com vinte anos de duração esperando pela atração de capitais e da introdução de escravos africanos de que ela tinha o monopólio, aumentou o número dos engenhos e o comercio. Sobre tal fenômeno, assinalou Maximiano Machado:

> *A agricultura e o commercio da Parahyba desenvolveram-se mais, e o ensino independente do espírito fanático deu liberdade à marcha do progresso social. Sebastião de Carvalho foi um producto da evolução dos tempos, que surgiu nas primeiras investidas da liberdade nascente para soffrear o despotismo secular destinado a assignalar na sucessão delles uma época notável na história do seu paiz.*

---

[2] *In: "História da Província da Parahyba", edição póstuma e considerada uma das pioneiras. Falecido em 1895, veio a ser publicada na Parahyba em 1912, subsidiada e a partir de manuscritos e trechos incompletos, com Prefácio de João de Lyra Tavares.*

No plano das Ideias, não parece impalpável constatar que somente após a chegada da Corte Portuguesa ao Brasil, premida pela invasão ibérica e acostada pelo poderio naval britânico, a Imprensa Régia veio a florescer com a sua difusão oficial. A liberdade de expressão sitiava-se em conjecturas ou desfeitas, agravos e punição. Como registra o Professor Paulo Bonavides [p. 40]:

> *Precisava-se de sepultar nos espíritos a Idade Média, o corporativismo, a feudalidade e seus privilégios, o absolutismo do rei e sua contradição com a liberdade moderna. Diluía-se o organicismo social de outros tempos nas vasas antíteses que haveriam de emprestar feição mecanicista à sociedade e reduzir o corpo social a uma poeira de átomos, refletida nos exageros da teoria individualista. As idéias da Reforma e da Renascença, reinterpretando a antigüidade clássica em desacordo com Aristóteles e Platão, fará fundar no direito natural laicizado as bases políticas do Estado liberal-democrático, alcançavam agora sua projeção indisputável sobre a consciência política de todo um século. Lançadas estavam, pois, no terreno econômico,político, social e filosófico as bases da grande renovação. Essa produziria com o trauma revolucionário de 1789, quando ascende ao poder o terceiro Estado, a burguesia, constituída depois que o comércio e a indústria, no século das conquista e navegações, entraram a romper o acanhado espaço da corporação medieval, de estreitíssimas relações de produção, para ganhar os mares, assinalando, por esse modo, a passagem da economia urbana para a economia nacional, com todos os efeitos da universalização de mercados e dilatação crescente dos interesses econômicos.*

Porém, tais ideias eram precariamente postas no final do percurso da Colônia ao Império. Pouco se sabe, com exatidão, sobre a difusão dos princípios democráticos no Brasil no final do Século XVIII. Os historiadores assinalam sobre tais divulgações a partir da Independência dos Estados Unidos da América e da Constituição Francesa. Mesmo assim, malgrado a censura, parece óbvio que os homens "ilustrados" de Portugal e do Brasil não tiveram acesso ao pensamento circulante.

O quadro censório é descrito assim por Maximiano Machado:

> *No Porto e na Figueira fazia-se, além disso, contrabando de livros. D. Vicente de Souza Coutinho participava de Paris que um tal Jacques Borel mandara imprimir doze mil exemplares da constituição francesa, traduzida em português, e outros doze mil da folhinha do Père-Gerard, publicação revolucionária. Em janeiro de 1793 o governo mandou prender a Francisco Coelho da Silva por ser autor de umas obras manuscritas que espalhava por meio de cópias, intituladas: Censura a constituição francesa. Declaração dos direitos do homem e do cidadão. Noticia curiosa, chegada de fresco que eu faço gosto de participar ao público, antes que saiba dela o Correio da Europa. No ano seguinte*

foram presos e expulsos do reino José Dubiè acusado de vender livros sediciosos, assim como Augusto Carsenak, Pedro Gard e muitos outros que se tinham por empregados realistas, mas que não passavam de republicanos. O governo tomava enérgicas providências afim de que não fosse introduzidos no reino e na colônia livros que contivessem as doutrinas subversivas dos franceses. O intendente de polícia, desembargador Diogo Ignacio de Pina Munique, notável pela sua grande atividade e zelo no desempenho de varias comissões de que fora encarregado, pôs em pratica tudo quanto lhe sugeria o pensamento afim de obstar a introdução de livros sediciosos e a propagação de novas doutrinas. Apesar de tudo, porém, não conseguiu chegar onde desejava, antes pelo contrário, os livros aparecerem em grande escala por meios astuciosos que os encarregados da medida proibitiva nem sempre podiam prever, tão grande é a força natural da expansão das idéias. E assim foram difundindo-se por toda parte com exaltação de ânimo dos liberais de ambos os países. Além dos livros, o Club Social, filiados aos jacobinos expedia emissários seus a Pernambuco, como o fazia para todas as nações afim de divulgarem as novas idéias e tornarem os povos simpáticos a causa da França, contra a qual os reis se mostravam mais enfurecidos. O doutor Manuel de Arruda Câmara, ilustre sábio brasileiro, natural do sertão da Parahyba, apenas chegado da Europa à Pernambuco, partiu para Pedras de Fogo, e sobre a linha divisória das duas capitanias fundou o Areópago de Itambé, ao que se filiaram o capitão Andre Dias de Figueiredo, os padres Antonio Felix Velho Cardoso, José Pereira Tinoco, Antonio d'Albuquerque Montenegro e outras pessoas importantes das duas capitanias. O Areópago doutrinava o povo, engrandecia e fortifica as convicções da emancipação da pátria contra os interesses do despotismo. O governo de Portugal inquieto com o que se passava na Europa, não cessava de recomendar aos governadores toda a vigilância sobre os estrangeiros na difusão das idéias e a maior solicitude pela manutenção da ordem e obediência dos povos às instituições políticas únicas que podiam fazer a sua felicidade. Em virtude dessas recomendações o governador da Parahyba fez seguir para Pedras de Fogo uma força militar com ordem de prender a todos que divulgassem as novas doutrinas e dissolver os ajuntamentos. Os conferentes, informados dessas disposições, depois de lançarem a semente em terreno fecundo, onde deveria medrar, traíram-se para Goyana e afinal seguiram para o Recife a aí estabeleceram academias ou clubs secretos nos quais instruíam os adeptos nas teorias do governo republicano. Grande número de pessoas principais, comerciantes militares e sacerdotes faziam parte desses clubs, as quais por sua vez transmitiam a estranhos o que ali ouviam a respeito das modernas instituições....

Na obra de Maximiano Machado e Irineu Pinto, em *Datas e Notas para a História da Parahyba*, encontram-se valiosos registros sobre as atividades sociais e econômicas não só da Capitania bem como da Província, sua anexação e posterior desanexação de Pernambuco, além dos movimentos libertários, o retrocesso de de ideias e o nacionalismo que ocorreu na Região.

Tais notas que traço, à guisa de memorando, foram suscitadas no decurso da assistência da Palestra que levou o título do livro mencionado. Não é demais lembrar a existência das idéias constitucionais de 1817 e 1824, seus mártires e suas contribuições para a construção do constitucionalismo brasileiro, quando o Estado Social permitiu a formatação da idéia "formal" de Constituição para desaguar na concepção atualíssima de Estado Social, que suplantou a noção de Estado Liberal daqueles tempos intuídos por "ditosos antepassados".

As ideias aqui intercaladas sobre as raízes de nosso constitucionalismo, tais como neste aceno, podem ser melhor aprofundadas consultando-se: *História constitucional do Brasil.* Paulo Bonavides e Paes de Andrade. Publicado por Paz e Terra, 1989. *Teoria do Estado.* Paulo Bonavides. Forense, 1980. 325 páginas. *Textos políticos da história do Brasil.* Paulo Bonavides e Roberto Attila Amaral Vieira. Publicado por Imprensa Universitária da Universidade Federal do Ceará, 1973[3].

Quanto ao perfil do Marquês de Pombal à luz dos clássicos portugueses e Rui Barbosa ver *Reflexões: política e direito*, de Paulo Bonavides. Imprensa Universitária da Universidade Federal do Ceará, 1973. 366 páginas. Na percuciente análise, sobreleva a nota do eminente constitucionalista pontuando o valor Liberdade acima de todos os outros.

Estas digressões são apenas um memorando à guisa de *paper* relativo à participação no evento.

---

[3] *Ver, também, entre outras obras que subsidiam a compreensão do período histórico do final do período colonial à Independência e as lutas intestinas, movimentos nativistas e a revolução das idéias: Policia secreta dos ultimos tempos do reinado do senhor d. João VI e sua continuação até dezembro de 1826. Por João Candido Baptista de Gouvêa. Publicado por Imprensa de C.A. do Silva Carvalho, 1835. Os martires pernambucanos: victimas da liberdade nas duas revoluções ensaiadas em 1710 e 1817. Por Joaquim Dias Martins. Publicado por Lemos e Silva, 1853. A revolução de 1817 no Ceará & outros estudos. Por Carlos Studart. Publicado por Tip. Minerva, 1961. Frei Miguelinho (uma pagina da revolução de 1817). Por Francisco das Chagas Souza Pinto. Publicado por F. Briguiet, 1928. Libertação do Brasil do jugo lusitano: o asilo dos Braganças. Por Annibal Gama. Publicado por Gráfica Laemmert, 1946.* ***Les revolutions, 1770-1799****. Por Jacques Léon Godechot. Publicado por Presses Universitaires de France, 1963. O Brazil heroico em 1817 [i.e. mil oitocentos e dezessete]. Por Alípio Bandeira. Publicado por Imprensa Nacional, 1918. 329 páginas. Pernambuco de outr'óra: a Confederação do Equador. Por Ulysses de Carvalho Soares Brandão. Publicado por Officinas graphicas da Repartição de publicações officiaes, 1924. O conde dos Arcos e a revolução de 1817. Por Sebastião Pagano. Publicado por Companhia Editora Nacional, 1938. Frei Miguelinho: ou Aspectos políticos e moraes do tempo de d. João VI. Por Teofilo Leal. Publicado por Pap. americana, 1931. 211 páginas.*

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO PARECERISTA[1]

Gustavo Alexandre Magalhães
Procurador do Município de Belo Horizonte-MG. Mestre e Doutor em Direito Administrativo pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor de Direito Administrativo da Escola Superior Dom Helder Câmara.

RESUMO: *O objetivo do presente artigo é realizar um estudo acerca da responsabilidade civil do advogado público parecerista. Para que se verifique a responsabilidade no caso concreto é necessário, primeiramente, atentar para a medida de sua culpabilidade. Como a advocacia acarreta para o profissional uma obrigação de meios – e não de resultados –, o procurador não se responsabiliza pelo não-acolhimento do seu parecer pelos tribunais. Entretanto, deve sempre o advogado atuar com observância do dever de vigilância, de maneira a alertar o cliente para os verdadeiros riscos de suas ações e/ou omissões.*

PALAVRAS-CHAVE: *Responsabilidade civil. Advogado. Parecer. Culpabilidade.*

SUMÁRIO: *Introdução; 1. Risco de "Impunidade Geral"; 2. Responsabilidade subjetiva dos agentes públicos; 3. Responsabilidade do advogado; 3.1. Culpa como inexecução de um dever; 3.2. Obrigação de meio x Obrigação de resultado; 4. A responsabilidade do advogado parecerista; 4.1. Natureza do parecer; 4.2. Dolo; 4.3. Obrigação de meios; 4.4. Responsabilidade adstrita à área jurídica; 4.5. Fundamentação; 4.6. Princípio do consentimento informado; 5. Conclusões; Referências.*

INTRODUÇÃO

A advocacia é função essencial à Justiça, consagrada pelo art. 133 da Constituição de 1988, e, entre outras atribuições, tem o papel de orientar tecnicamente os atores sociais no intuito de adequar suas condutas às determinações do ordenamento jurídico.

A respeito do valor da atuação do advogado, discorre Piero Calamandrei:

> *No dia em que eu visse os tribunais fecharem por falta de causas cíveis, não sei se me alegraria ou me entristeceria. Me alegraria se, num mundo em que não se encontrasse mais ninguém disposto a fazer mal a seu semelhante, isso significasse o advento do amor universal; me entristeceria se, num mundo em que não se encontrasse mais ninguém, disposto a rebelar-se contra a prepotência alheia, isso significasse o triunfo da vilania universal.*[2]

---

[1] *Palestra ministrada em 19.11.2010 no II Seminário da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte e Fórum de Procuradores-Gerais das Capitais.*

[2] *CALAMANDREI, Piero. Eles, Os Juízes: vistos por um advogado. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 152.*

Há duas funções primordiais exercidas pelos advogados, sejam públicos ou privados: o patrocínio judicial e a consultoria jurídica. De acordo com Carlos Pessoa de Aquino, enquanto na primeira o contraditório obriga o advogado a desenvolver seu trabalho em busca da verdade, mas na defesa do que fora alegado pela outra parte, na consultoria jurídica o advogado não busca defender uma tese, mas a Justiça ética, na medida em que estuda e pesquisa soluções adequadas para os problemas que lhes cabem.[3]

O foco do presente estudo refere-se apenas à atividade consultiva do advogado, que consiste na orientação para que as pessoas, físicas e jurídicas, públicas e privadas, atuem sempre em conformidade com os princípios e regras do ordenamento jurídico.

Na ilustre lição de Daniel Barros Garcia:

> *De início, podemos afirmar que a atividade consultiva nasce como uma manifestação prática dos princípios da legalidade e da autotutela. Afinal, se a atuação estatal deve se pautar sempre em parâmetros legais, nada melhor que a presença de um corpo técnico e específico, dentro dos órgãos públicos, para orientar e fiscalizar previamente as condutas voltadas para o fomento de políticas públicas.*[4]

A diferença entre a atuação do advogado parecerista na esfera pública e na esfera privada diz respeito justamente ao grau de autonomia que o procurador terá.

Hely Lopes Meirelles assim leciona:

> *Enquanto na Administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa "pode fazer assim", para o administrador significa "Deve fazer assim".*[5]

O princípio da legalidade se aplica tanto às relações entre pessoas públicas quanto privadas. A diferença é que as pessoas públicas possuem menos autonomia em função da maior incidência de normas impositivas.

Os advogados públicos tratam de interesses qualificados como próprios da coletividade, sendo que eles têm de responder perante a Administração, perante os órgãos de controle e perante a sociedade, pelos atos que praticam.

Na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

> *Em suma, o necessário – parece-nos – é encarecer que na administração os bens e os interesses não se acham entregues à livre disposição da vontade do administrador. Antes, para este, coloca-se a obrigação, o dever de curá-los nos termos da finalidade a que estão adstritos. É a ordem legal que dispõe sobre ela.*[6]

---

[3] *AQUINO, Carlos Pessoa de. O Advogado Público – sua independência e sua imunidade. L&C Revista de Direito e Administração Pública. Brasília: Editora Consulex, ano. 6, nº 58, maio de 2003, p. 12.*

[4] *GARCIA, Daniel Barros. Responsabilidade funcional do advogado público parecerista. In: Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte – RPGMBH; Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 51, jan./jun. 2008*

[5] *MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 30.ed. São Paulo: RT, 2005, p.88.*

[6] *MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 74.*

O dever de prestar contas dos advogados privados, entretanto, volta-se para a relação com seu cliente, que é estritamente contratual.[7] A responsabilidade civil do causídico contratado por particulares é, pois, muito mais restrita, em virtude do habitual desinteresse dos clientes de promoverem a responsabilização dos procuradores privados.

Independentemente de o advogado ser público ou privado, a discussão acerca da responsabilidade sobre os pareceres jurídicos interessa a ambos. Os procuradores privados, assim como os advogados públicos, também possuem responsabilidade sobre os seus pareceres apresentados. Com efeito, no art. 38, do Estatuto da Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei nº 8906/94), há previsão expressa acerca da responsabilidade dos advogados pelos seus atos, contenciosos ou consultivos:

> *Art. 32. O advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa.*
> *Parágrafo único. Em caso de lide temerária, o advogado será solidariamente responsável com seu cliente, desde que coligado com este para lesar a parte contrária, o que será apurado em ação própria.*

Todavia, Sergio Cavalieri Filho pontua que a responsabilidade civil do advogado não se presume. Assim, em todos os casos em que for apurada, seja na sua atuação contenciosa ou consultiva, é imprescindível que seja demonstrada ao menos a culpa grave, decorrente de erros grosseiros, de fato ou de direito, cometidos no desempenho do mandato.[8]

Dessa forma, seja advogado privado, seja público, deve-se apurar a responsabilidade civil sempre que forem observados atos violadores de deveres profissionais.[9] Assim, parte-se do pressuposto de que os princípios válidos para o advogado público serão igualmente úteis para os procuradores privados.

1. RISCO DE "IMPUNIDADE GERAL"

Os advogados não devem se iludir com a ideia geral de que o Ordenamento Jurídico brasileiro consagraria a irresponsabilidade dos agentes que integram os processos de gestão da "coisa pública".

Seria muito cômodo para a autoridade administrativa eximir-se da responsabilidade porque seguiu cegamente a orientação técnica de um advogado. O parecerista, por sua vez, teria sua responsabilidade elidida em virtude de "ter apresentado meramente sua opinião quanto aos assuntos técnicos", o que lhe é garantido em virtude da liberdade profissional e da consagrada autonomia do advogado.

Tomemos como exemplo a contratação de vinte servidores temporários, sem concurso, para atender a necessidades transitórias de excepcional interesse público. Imaginemos que o advogado apresenta um parecer atestando que estão preenchidos todos os requisitos exigidos pelo art. 37, IX da Constituição da República, para a admissão de novas pessoas sem concurso. A autoridade, por conseguinte, acata integralmente a orientação técnica e procede à contratação dos vinte servidores temporários. Meses

---

[7] *FILHO, Sergio Cavalieri. Programa de Responsabilidade Civil. São Paulo: Atlas 2007, p. 377.*

[8] *Op. cit. p. 377*

[9] *FILHO, Sergio Cavalieri. Programa de Responsabilidade Civil. São Paulo: Atlas: 2007, p. 377.*

depois, o agente político que determinou a contratação e o advogado parecerista são incluídos no pólo passivo de uma ação civil pública buscando o ressarcimento ao erário pelos prejuízos causados em virtude da irregularidade dos contratos. Partindo-se da premissa de que a admissão de pessoal temporário foi efetivamente irregular e que o prejuízo ocorreu (os valores estavam acima dos praticados pelo mercado), quem se responsabilizará pela devolução aos cofres públicos dos valores pagos indevidamente? Ou ninguém será responsabilizado?

Tal questionamento não pode ser silenciado, especialmente diante do dano ao erário. É necessário identificar quem assumirá a responsabilidade, a fim de se evitar a impunidade geral, a qual tanto ameaça a estabilidade do Estado Democrático de Direito.

Na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

> *Sendo certo, então, que a legalidade não foi concebida para compor o organograma da Administração ou para exibir uma aparência de modernidade das instruções jurídico-administrativas de um País, mas precisamente, para resguardar as pessoas contra os malefícios que lhe adviriam se inexistissem tais limitações à Administração, cumpre sacar disto pelo menos a mais óbvia das conclusões – qual seja: a de reconhecer proteção jurisdicional a quem seja agravado por ação ou omissão ilegal do Poder Público sempre que isto ocorra.*[10]

Ainda que o advogado, peça essencial ao funcionamento da justiça, possua imunidade quanto aos seus atos, não é possível admitir que tal proteção ultrapasse os limites da lei.

É inegável que as prerrogativas inerentes à função do advogado são inafastáveis à manutenção do Estado Democrático de Direito. Nessa esteira, inclusive, já se posicionou o Supremo Tribunal Federal, por meio dos votos dos Ministros Maurício Correa e Gilmar Mendes, que reiteraram a imprescindibilidade do advogado para acompanhamento de processo judicial e seu papel fundamental para o bom funcionamento do Judiciário:

> *O artigo 133 da Constituição Federal disse-o indispensável à administração da justiça. Reconheceu que este profissional presta serviço público essencial ao funcionamento do Poder Judiciário.* (HC n. 81517-1/SP).[11]

> *A Constituição Federal em seu artigo 133 e a Lei 8.906/1994, art.2º, definem a indispensabilidade do advogado no processo judicial – sendo esse direito líquido e certo a ser tutelado.* (RMS-AgR-24.634-4/SP).[12]

Assim, é nítida a essencialidade do papel do advogado para a efetivação do devido processo legal e da universalidade de acesso ao Poder Judiciário.

Tais garantias, no entanto, não podem ser compreendidas como absolutas, haja

---

[10] *MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 25 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 932.*

[11] *STF – Pleno – Relator Min. Maurício Corrêa - HC nº 81517, julgado em 02/04/2002, DJ 14-06-2002.*

[12] *STF – Pleno – Relator Min. Gilmar Mendes - RMS nº 24634 AgR, julgado em 11/03/2008., DJ: 18-04-2008.*

vista a inexistência de direitos e garantias absolutas em um Estado Democrático de Direito. Vale citar, nesse sentido, o entendimento preconizado pelo Ministro Gilmar Mendes em voto proferido no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.026-4:

> *Em última análise, conforme pude demonstrar, o desempenho do munus público atribuído à Ordem dos Advogados deve ser compreendido de modo que o seu exercício esteja diretamente relacionado à realização e à garantia judicial efetiva de direitos individuais, coletivos e difusos constitucionalmente reconhecidos (CF, art.5º, XIII,XXXVI).* (ADI 3.026-4 –DF).[13]

No mesmo sentido o voto do Ministro Sydney Sanches no julgamento da ADI 1.127-8 – DF:

> *É certo que o art.133 da C.F. estabelece: o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei. Mas, obviamente, os limites da lei não podem desrespeitar os da Constituição, inclusive os já referidos, segundo os quais a honra de qualquer pessoa é inviolável e, se for violada, cabe ao ofendido o direito à reparação civil e à provocação da sanção penal.*[14]

É necessário, pois, verificar até que ponto se estende a inviolabilidade dos atos dos advogados, de modo a aferir a medida de sua responsabilidade na formação dos atos administrativos.

2. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DOS AGENTES PÚBLICOS

É pacífico no ordenamento jurídico brasileiro – e não poderia ser diferente – que os agentes públicos respondem apenas se ficar caracterizada a conduta dolosa ou culposa. Ou seja, terão sua responsabilidade aferida de acordo com o elemento subjetivo presente no momento da prática das condutas omissivas ou comissivas.

No caso da Lei de Improbidade Administrativa, (Lei nº 8.429/92), o enquadramento da conduta do agente público será aferido de acordo com os requisitos de cada modalidade de improbidade. Todavia, nos casos do art. 9º e 10º, deve restar cabalmente comprovado, respectivamente, o enriquecimento ilícito e/ou a lesão ao erário, ambos concomitante à culpa do agente público. No tocante ao art. 11, a mera violação de um dos princípios do direito administrativo é motivo suficiente para ensejar a condenação do agente público, sem que seja necessária a prova de dano ao erário. É imprescindível, no entanto, comprovar o dolo do agente para que se configure o ato ímprobo.

Em razão de se tratar de precedente extremamente importante para a consolidação do entendimento acerca da Lei de Improbidade Administrativa, vale a pena transcrever trecho da ementa do acórdão do STJ no julgamento do AgResp 554.402/RS:

---

[13] *STF – Pleno – Relator Min. Eros Grau - ADI 3.026-4 –DF, julgado em 08/06/2006, DJ 29-09-2006.*

[14] *STF – Pleno – Relator Min. Paulo Brossard - ADI 1127 MC, julgado em 06/10/1994, DJ 29-06-2001.*

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. RESPONSABILIZAÇÃO SOLIDÁRIA DOS DEMANDADOS. PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. AUSÊNCIA. COGNIÇÃO DE MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 07/STJ. AUSÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO. APLICAÇÃO DAS PENALIDADES. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. DIVERGÊNCIA INDEMONSTRADA.

1. O caráter sancionador da Lei 8.429/92 aplicável aos agentes públicos que, por ação ou omissão, violem os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, lealdade às instituições e notadamente pressupõe atos que: a) importem em enriquecimento ilícito (art. 9º); b) causem prejuízo ao erário público (art. 10); c) atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11) compreendida nesse tópico a lesão à moralidade administrativa.

2. A exegese das regras insertas no art. 11 da Lei 8.429/92, considerada a gravidade das sanções e restrições impostas ao agente público, deve se realizada cum granu salis, máxime porque uma interpretação ampliativa poderá acoimar de ímprobas condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, posto ausente a má-fé do administrador público, preservada a moralidade administrativa e, a fortiori, ir além de que o legislador pretendeu.

3. A má-fé, consoante cediço, é premissa do ato ilegal e ímprobo e a ilegalidade só adquire o status de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvados pela má-intenção do administrador.

(...)

8. A ausência de dolo e de dano ao erário encerra hipótese de rejeição da ação de improbidade. Isto porque o ato de improbidade, na sua caracterização, como de regra, exige elemento subjetivo doloso, à luz da natureza sancionatória da lei de improbidade administrativa, o que afasta, dentro do nosso ordenamento jurídico, a responsabilidade objetiva. Precedentes. (REsp 654.721/MT, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/06/2009, DJe 01/07/2009; Resp 717.375/PR, DJ 08/05/06; REsp 658.415/RS, 2ª Turma, DJ de 3.8.2006, p. 253; REsp 604.151/RS, 1ª Turma, DJ de 8.6.2006, p. 121).[15]

De modo a evitar, portanto, as penosas condenações previstas Lei nº 8.429/92, a autoridade administrativa se vale do parecer jurídico para que não fique caracterizada a imperícia, imprudência ou negligência da sua conduta. É muito comum, por exemplo, que as autoridades administrativas peçam formalmente a emissão de parecer jurídico

[15] *SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1112062/SP - Rel. Ministro Luiz Fux – Primeira Turma, julgado em 22/09/2009, DJe 07/10/2009. No mesmo sentido a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais: TJMG – 1º CACIV – Rel. Desª. Vanessa Verdolim Hudson Andrade. Apelação Cível nº 1.0607.05.026889-7/004 -J: 07/07/2009, DJEMG: 07/08/2009.*

nos processos referentes a contratações temporárias ou a pagamentos de adicionais requeridos por servidores públicos.

Lado outro, uma vez acostado ao processo um parecer jurídico, não é recomendável que o agente público decida de forma diversa, sob pena de ficar caracterizada a imprudência, a negligência e talvez até imperícia de sua parte. Assim, é essencial averiguar se seria razoável responsabilizar o advogado de forma solidária com agente público nos casos em que restar apurada a responsabilidade do ordenador de despesas.

3. RESPONSABILIDADE DO ADVOGADO

A lógica da "medida" de culpabilidade referente à responsabilidade dos agentes públicos é premissa fundamental para a boa compreensão e contextualização da responsabilidade do advogado. É que de uma forma ou de outra, a discussão sobre a responsabilização ou não do parecerista vai depender da caracterização ou não da sua conduta como culposa ou dolosa.

É por isso que o art. 32 da Lei 8.906/94 (Estatuto da Advocacia), amparando a autonomia profissional do advogado, estabelece que os advogados, públicos e privados, só podem ser responsabilizados se causarem dano a outrem em decorrência de condutas dolosas ou culposas. Nesse sentido Carlos Pessoa Aquino:

> *Colocar o parecerista sob o peso da responsabilidade pelo que quer que seja, sem nenhuma demonstração eloqüente de que tenha contribuído de alguma forma para desvirtuamento do propósito a que se refere a consulta entregue a ele, é no mínimo, data venia, um atentado ao livre exercício profissional, pois a ação do signatário cinge-se tão-somente em opinar livremente sobre tema que lhe foi submetido, direito que lhe deve ser sempre assegurado (...).*[16]

3.1. CULPA COMO INEXECUÇÃO DE UM DEVER

A regra geral para os ilícitos contratuais e extracontratuais é a da responsabilidade subjetiva, não bastando a ocorrência do ato ilícito simplesmente. Para que haja responsabilização por um ilícito civil, é necessária a ocorrência concomitante de dano, nexo causal e culpa *lato sensu*.[17]

Com efeito, o art. 186, do Código Civil de 2002, estabelece que "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito".[18]

Os autores civilistas que se dedicam ao tema da responsabilidade civil[19] sempre lembram as lições de Savatier, no sentido de ser a culpa "a inexecução de um dever que o

---

[16] *AQUINO, Carlos Pessoa de. O Advogado Público – sua independência e sua imunidade. L&C Revista de Direito e Administração Pública. Brasília: Editora Consulex, ano. 6, nº 58, maio de 2003, p. 12.*

[17] *FIÚZA, César; BRITO, Lucas Pimenta de Figueiredo. Para Uma Compreensão Integral do Abuso de Direito no Contexto da Responsabilidade Delitual e da Boa-Fé Objetiva. Direito Civil: princípios jurídicos no Direito Privado. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 355.*

[18] *Disponível em < http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/2002/L10406.htm >. Acesso em 12 de abril de 2010.*

[19] *Neste sentido: PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 67.*

agente podia conhecer e observar". Desse modo, se o agente descumpre voluntariamente seu dever resta configurado o dolo; se a violação do dever foi involuntária, podendo conhecê-la e evitá-la, caracteriza-se a culpa.

Destaque-se, contudo, que para fins de responsabilidade civil[20] não há diferença prática entre dolo ou culpa. Em verdade, presente a responsabilidade subjetiva, as consequências serão as mesmas ao agente causador do ato ilícito. Nesse sentido, esclarecem César Fiúza e Lucas Pimenta de Figueiredo Brito:

> *(...) Ora, se quem age com culpa tem o dever de indenizar os prejuízos causados, com muito mais razão deverá reparar os danos quem age com dolo. Por outro lado, pode-se dizer que a palavra culpa tem dois sentidos: um lato, outro estrito. Culpa em sentido lato inclui a idéia de dolo e de culpa em sentido estrito. Culpa em sentido estrito é a ação ou imissão, praticada com negligência, imprudência ou imperícia. Por tudo isso, preferimos usar a palavra culpabilidade.*[21]

Apurada, portanto, o elemento subjetivo a culpabilidade do advogado parecerista, pode ser ele responsabilizado por seus atos.

3.2. OBRIGAÇÃO DE MEIO X OBRIGAÇÃO DE RESULTADO

A abordagem da responsabilidade do advogado não prescinde da análise de suas obrigações. A sua obrigação é, eminentemente, uma obrigação de meios, e não de resultados. Caio Mário assim diferencia as obrigações de meio das de resultado:

> *Como bem distingue a doutrina, na obrigação de resultado a essência da prestação é o bem jurídico almejado, ao passo que na obrigação de meio o devedor se obriga a envidar esforços para atingir certo objetivo, não se comprometendo, no entanto, a obtê-lo.*[22]

Isto significa que o advogado que atua no plano contencioso não tem obrigação de ganhar a causa para seu cliente, haja vista que o destino do processo não depende única e exclusivamente dele.

Entretanto, deve o advogado valer-se dos meios necessários a defender os interesses do seu cliente da melhor forma possível. A responsabilidade do procurador, portanto, será analisada em virtude do eventual descumprimento de seus deveres quanto aos meios a serem empregados. Trata-se basicamente do dever de vigilância, ou seja, o "dever de acompanhar o processo em todas as suas fases, observando os prazos e cumprindo as imposições do patrocínio".[23]

---

[20] *Frise-se que a irrelevância da diferenciação entre dolo ou culpa encontra arrimo somente no Direito Civil. No Direito Penal e na Improbidade Administrativa, por outro lado, só há de se falar em responsabilização pelo ilícito no caso de comprovação de dolo ou culpa grave por parte do agente.*

[21] *FIÚZA, César; BRITO, Lucas Pimenta de Figueiredo. Para Uma Compreensão Integral do Abuso de Direito no Contexto da Responsabilidade Delitual e da Boa-Fé Objetiva. Direito Civil: princípios jurídicos no Direito Privado. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 358.*

[22] *PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. v. 2. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 56.*

[23] *PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 163.*

Tomemos como exemplo o advogado que, no processo licitatório em que a Administração pretende comprar dez veículos novos, não constata a existência de erro no contrato, o qual estipula que a compra será de cem veículos. Assim, apesar de o edital ter mencionado dez veículos e as propostas se referirem a igual número de automóveis, o contrato foi celebrado com número de carros dez vezes maior, o que pode acarretar sérios prejuízos ao erário.

Não há dúvidas acerca da nulidade do contrato, haja vista que deveria guardar adequação qualitativa e quantitativa com o processo licitatório anteriormente celebrado. Dessa forma, o ilícito pode dar ensejo a ações de improbidade administrativa e mesmo ações penais.

É evidente que neste caso o advogado parecerista será responsabilizado solidariamente com a autoridade que representa o ente público no contrato. O erro do procurador pode acarretar fraude gravíssima ao procedimento licitatório, considerando que nenhum dos concorrentes sabia que seriam contratados cem veículos.

E tudo isso porque o advogado não cumpriu com seu dever de vigilância, ou seja, não fiscalizou minimamente o objeto, que constitui cláusula essencial do contrato administrativo.

4. A RESPONSABILIDADE DO ADVOGADO PARECERISTA

Não há duvidas de que também no plano consultivo, a obrigação do advogado é uma obrigação de meios, e não de resultados. Não pode qualquer procurador prometer, afirmar com certeza, que um ato administrativo editado segundo sua orientação será sempre e necessariamente considerado legal e constitucional.

O advogado não pode prever o futuro e antever qual será o entendimento do plenário do Supremo Tribunal Federal no dia em que forem julgados os recursos contra eventual ação civil pública a ser ajuizada em desfavor de ato administrativo embasado no seu parecer.

Além disso, Roberto Wagner Lima Norberto salienta que "advogado, procurador, assessor jurídico, diretor jurídico, na condição de pareceristas, não ordenam despesas, não gerenciam, não arrecadam, guardam ou administram quaisquer bens, dinheiros ou valores públicos (...)".[24]

Ora, independente da conclusão a que se chega em determinado parecer, emite-se mera opinião, baseada no estudo de teses já desenvolvidas por outros doutrinadores e em precedentes jurisprudenciais e não pode, portanto, ser o advogado responsabilizado pelas opiniões que emite quando baseadas em pesquisa séria e precedentes idôneos.

É de grande importância relembrar e reafirmar que os advogados, públicos e privados, atuam de forma autônoma e independente, constituindo função essencial à Justiça, nos termos do art. 133 da Constituição da República de 1988.

Todavia, "se a principal função administrativa é a aplicação da lei ao caso concreto, inegável a supremacia que a ciência jurídica exerce na atividade do serviço público, pois delineia os limites máximos do campo de gestão pública".[25]

---

[24] *NOGUEIRA, Roberto Wagner Lima. O advogado parecerista e a lei de improbidade administrativa. Biblioteca Digital Fórum Administrativo – Direito Público – FA, ano 6, n. 65, jul. 2006. Disponível em < http://www.editora-forum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=36336 >. Acesso em 26 de março de 2010.*

[25] *FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. L&C Revista de Direito e Administração Pública. Brasília: Editora Consulex, ano. 7, nº 78, dezembro de 2004, p. 11*

Dessa forma, é preciso verificar quais seriam, então, os parâmetros a serem observados para a determinação da existência, ou não, de responsabilidade do advogado parecerista, inclusive para permitir que este, no desenrolar de suas atividades habituais, atue de modo a se desincumbir de qualquer responsabilização futura pela emissão de pareceres no exercício da advocacia pública.

4.1. NATUREZA DO PARECER

Critério interessante para nortear a abordagem do tema é apresentado pelos manuais de Direito Administrativo quanto à natureza do parecer técnico apresentado: *facultativo, obrigatório* e *vinculante*.[26]

O **parecer será facultativo**, como o próprio nome já sugere, quando a lei não determinar à autoridade pública que solicite a orientação e, mesmo na hipótese de o parecer ser solicitado, pode a autoridade decidir de forma contrária (desde que motivadamente).

Será **obrigatório o parecer** quando a lei impuser à autoridade que solicite a orientação técnica. No entanto, uma vez apresentado o parecer, o agente político não está obrigado a segui-lo. Obrigatória, portanto, é a solicitação do parecer, e não o seu conteúdo.

Já no **parecer vinculante**, a autoridade administrativa é obrigada a solicitar o parecer, sendo também obrigada a seguir a orientação apresentada pelo órgão técnico. No campo minerário, por exemplo, não são raras as situações em que o agente público deve decidir de acordo com parecer geológico apresentado.

Importante observar que, como regra, os pareceres não possuem natureza vinculante. Como bem ensina Carlos Pinto Coelho Motta, o parecer jurídico só terá o caráter vinculante quando estabelecido expressamente na legislação aplicável à entidade administrativa, ou seja, quando um ato normativo dispuser que o conteúdo do parecer determina obrigatoriamente a decisão administrativa.[27]

Nos dois primeiros casos (**parecer facultativo e obrigatório**), a atuação do advogado tem caráter meramente opinativo, de modo que cabe à autoridade administrativa decidir se acolhe ou não suas razões. É fundamental deixar claro que a análise do elemento subjetivo (culpabilidade) do procurador e do agente público que edita o ato será feita de forma separada e independente.

Assim, o Supremo Tribunal Federal entende o advogado só será responsabilizado se agir com dolo ou culpa no sentido de descumprir algum dever de cuidado no momento da elaboração do parecer.

No mandado de segurança nº 24.073-3, o STF decidiu que o advogado somente será responsável pelos danos causados a seus clientes ou a terceiros se decorrentes de erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa em sentido amplo.[28]

---

[26] *Nesse sentido, veja-se: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 219. CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 16 ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006, p. 120.*

[27] *MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Cautelas para formalização de parecer jurídico. Biblioteca Digital Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP. Belo Horizonte, ano 6, n. 72, dez. 2007. Disponível em < http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=49618 >. Acesso em 26 de março de 2010.*

[28] *STF – Pleno – MS nº 24.073-3/DF – Rel. Min. Carlos Velloso, Diário da Justiça, 31 out. 2003, p. 15. Cumpre observar, no entanto, que esse mandado de segurança referia-se a parecer emitido por advogado em processo de licitação. Conforme será apresentado a seguir, o plenário do STF, por maioria, mudou seu entendimento, passando a considerar que nesses casos o advogado se equipara ao agente público por emitir parecer de natureza vinculante.*

No mesmo sentido, decidiu o STF ao julgar o mandado de segurança nº 24.631-6, impetrado em face de autoridade do Tribunal de Contas da União por procurador federal em virtude de ter sido responsabilizado ao exarar opinião jurídica em parecer de natureza não vinculante.

De acordo com o voto do Ministro Relator Joaquim Barbosa, a aprovação do parecer pelo superior hierárquico não desvirtua sua natureza opinativa, nem o torna parte do ato administrativo posterior do qual possa eventualmente decorrer dano ao erário. O parecer apenas incorporaria sua fundamentação ao ato.[29]

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, com posicionamento mais próximo ao do STF, possui jurisprudência mais tendente à inviolabilidade do advogado. Conforme acórdão proferido no Habeas Corpus nº 1.0000.07.455951/000, de Relatoria do Desembargador Herculano Rodrigues, publicado em 18 de julho de 2007, o advogado é inviolável em seus atos e manifestações no exercício da profissão, sendo os pareceres emitidos a serviço da Administração Pública meramente opinativos, sem caráter vinculativo.[30]

Portanto, nos pareceres não vinculantes (facultativos e obrigatórios), a responsabilidade do advogado depende da comprovação de descumprimento de dever de cuidado no momento da elaboração do parecer.

Por exemplo: provocado para emitir um parecer sobre a contratação temporária de duzentos servidores públicos, um procurador simplesmente atesta que "estão preenchidos os requisitos legais e constitucionais, nos termos do art. 37, V da Constituição". Ao apontar dispositivo constitucional que não tem aplicação direta aos servidores temporários (mas relativo a cargos e funções de confiança), sem qualquer fundamentação jurídica que demonstre a licitude do ato, o parecerista foi negligente.

Considerando a natureza excepcional da contratação de servidores para atender o excepcional interesse público (art. 37, IX), o procurador deve demonstrar no caso concreto o preenchimento dos requisitos constitucionais. É claro que o advogado tem liberdade para criar e sustentar teses de natureza jurídica, mas desde que o faça de forma motivada, sob pena de induzir a erro a autoridade que deve tomar a decisão. Ainda que a advocacia acarrete para o profissional uma obrigação de meios, e não de resultados, em uma situação como a apresentada acima, o advogado público pode ser responsabilizado pelo parecer que apresentou, visto que não cumpriu com seu dever de vigilância.

Por outro lado, uma vez fundamentado o parecer jurídico apresentado pelo procurador, não há que se falar em responsabilidade solidária com o agente na hipótese do ato administrativo ser eventualmente considerado ilegal pelo Poder Judiciário. Se o advogado apresenta a devida motivação e sustenta expressamente o amparo legal e constitucional do ato, é irrelevante que não haja precedentes no sentido do parecer. A autonomia do advogado lhe assegura independência suficiente para emitir sua opinião jurídica, ainda que inédita ou contrária a determinados entendimentos "majoritários". Vale ressaltar que, muito embora haja liberdade para a adoção de entendimentos minoritários pelo advogado, esse fato deve restar explicitado no parecer. Ou seja, deve haver exposição das possibilidades, dos posicionamentos existentes, de modo a melhor informar e resguardar o agente público orientado pelo parecer.

Cumprido o dever de vigilância, o procurador deve buscar a observância do ordenamento jurídico segundo sua própria consciência e convicção técnica e, em se tratando de parecer não vinculante, pode a autoridade seguir ou não a orientação jurídica apresentada.

---

[29] *STF – Pleno – MS nº 24.631-6/DF – Rel. Min. Joaquim Barbosa, Diário de Justiça Eletrônico nº 18, 31 ago. 2008.*

[30] *TJMG – 2ª CACRI – HC nº 1.0000.07.455951-9/000 - Rel. Des. Herculano Rodrigues, Diário de Justiça Eletrônico do Estado de Minas Gerais, 18 de julho de 2007.*

No mesmo sentido, decidiu o STF ao julgar o mandado de segurança nº 24.631-6, impetrado em face de autoridade do Tribunal de Contas da União por procurador federal em virtude de ter sido responsabilizado ao exarar opinião jurídica em parecer de natureza não vinculante.

De acordo com o voto do Ministro Relator Joaquim Barbosa, a aprovação do parecer pelo superior hierárquico não desvirtua sua natureza opinativa, nem o torna parte do ato administrativo posterior do qual possa eventualmente decorrer dano ao erário. O parecer apenas incorporaria sua fundamentação ao ato.[29]

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, com posicionamento mais próximo ao do STF, possui jurisprudência mais tendente à inviolabilidade do advogado. Conforme acórdão proferido no Habeas Corpus nº 1.0000.07.455951/000, de Relatoria do Desembargador Herculano Rodrigues, publicado em 18 de julho de 2007, o advogado é inviolável em seus atos e manifestações no exercício da profissão, sendo os pareceres emitidos a serviço da Administração Pública meramente opinativos, sem caráter vinculativo.[30]

Portanto, nos pareceres não vinculantes (facultativos e obrigatórios), a responsabilidade do advogado depende da comprovação de descumprimento de dever de cuidado no momento da elaboração do parecer.

Por exemplo: provocado para emitir um parecer sobre a contratação temporária de duzentos servidores públicos, um procurador simplesmente atesta que "estão preenchidos os requisitos legais e constitucionais, nos termos do art. 37, V da Constituição". Ao apontar dispositivo constitucional que não tem aplicação direta aos servidores temporários (mas relativo a cargos e funções de confiança), sem qualquer fundamentação jurídica que demonstre a licitude do ato, o parecerista foi negligente.

Considerando a natureza excepcional da contratação de servidores para atender o excepcional interesse público (art. 37, IX), o procurador deve demonstrar no caso concreto o preenchimento dos requisitos constitucionais. É claro que o advogado tem liberdade para criar e sustentar teses de natureza jurídica, mas desde que o faça de forma motivada, sob pena de induzir a erro a autoridade que deve tomar a decisão. Ainda que a advocacia acarrete para o profissional uma obrigação de meios, e não de resultados, em uma situação como a apresentada acima, o advogado público pode ser responsabilizado pelo parecer que apresentou, visto que não cumpriu com seu dever de vigilância.

Por outro lado, uma vez fundamentado o parecer jurídico apresentado pelo procurador, não há que se falar em responsabilidade solidária com o agente na hipótese do ato administrativo ser eventualmente considerado ilegal pelo Poder Judiciário. Se o advogado apresenta a devida motivação e sustenta expressamente o amparo legal e constitucional do ato, é irrelevante que não haja precedentes no sentido do parecer. A autonomia do advogado lhe assegura independência suficiente para emitir sua opinião jurídica, ainda que inédita ou contrária a determinados entendimentos "majoritários". Vale ressaltar que, muito embora haja liberdade para a adoção de entendimentos minoritários pelo advogado, esse fato deve restar explicitado no parecer. Ou seja, deve haver exposição das possibilidades, dos posicionamentos existentes, de modo a melhor informar e resguardar o agente público orientado pelo parecer.

Cumprido o dever de vigilância, o procurador deve buscar a observância do ordenamento jurídico segundo sua própria consciência e convicção técnica e, em se tratando de parecer não vinculante, pode a autoridade seguir ou não a orientação jurídica apresentada.

---

[29] *STF – Pleno – MS nº 24.631-6/DF – Rel. Min. Joaquim Barbosa, Diário de Justiça Eletrônico nº 18, 31 ago. 2008.*

[30] *TJMG – 2ª CACRI – HC nº 1.0000.07.455951-9/000 - Rel. Des. Herculano Rodrigues, Diário de Justiça Eletrônico do Estado de Minas Gerais, 18 de julho de 2007.*

Como a autoridade possui independência para agir de acordo com o parecer jurídico ou contrariamente a ele, eventual responsabilidade recairá exclusivamente sobre o agente com competência decisória. Afinal, quanto mais poder determinado agente público possui, mais responsabilidade ele terá.

Já na hipótese de **parecer vinculante**, a atuação do advogado não tem caráter meramente opinativo, mas sim decisório, haja vista que a autoridade é obrigada a editar o ato de acordo com o parecer técnico. O advogado público, nesta hipótese, atua como verdadeira autoridade administrativa.[31]

Não há consenso, no entanto, acerca dos requisitos para que um parecer se caracterize como vinculante. Carlos Pinto Coelho Motta, por exemplo, sustenta que somente em casos muito específicos seria possível identificar um parecer de conteúdo vinculante. Para o autor, é imprescindível que a legislação estabeleça expressamente a vinculação da autoridade administrativa à orientação técnica, não bastando que o parecer tenha o caráter de aprovação, por exemplo.[32]

Em sentido ainda mais restritivo, Vera Monteiro defende a impossibilidade de se comparar, em qualquer hipótese, a atuação do advogado parecerista com a do administrador público, entendendo "ser absurda a responsabilização do consultor jurídico com base no argumento do parecer vinculante":

> *O que nos parece certo é que o argumento do parecer vinculante, para fins de gerar responsabilização do advogado público, é novo e jamais foi articulado na doutrina, nem sequer na jurisprudência até agora. Não parece óbvio que a aprovação de minuta de edital e de contrato por advogado público signifique a equiparação de suas funções às de administrador público. Uma coisa é analisar, à luz da Lei de Licitações, a legalidade de cláusulas de um edital ou contrato. Outra coisa, bastante diferente, é avaliar a conveniência da contratação, dentro do planejamento, contingências e circunstâncias fáticas que envolvem a decisão de abrir licitação e contratar. Atribuir essa responsabilidade a advogado público implica em dotar-lhe de autoridade para discutir as melhores opções de gestão e isso, definitivamente, está fora de suas atribuições.*[33]

No que pesem as posições mais restritivas acerca da caracterização do parecer

---

[31] *Em artigo específico em que comenta o Mandado de Segurança nº 24.584, Carlos Pinto Coelho Motta afirma que o parecerista, na hipótese de consulta vinculante pode ser considerado administrador: "trata-se aí de um aspecto relevante decisivamente ligado a hipótese de responsabilidade solidária entre o administrador (ordenador de despesas) e o parecerista". MOTTA, op. cit.*

[32] *Como exemplo, Motta cita o art. 17 da Instrução Normativa nº 1, de 4/10/2007, do Ministro de Estado dos Transportes:*
"Art. 17 – À Consultoria Jurídica e ao Assessor Especial de Controle Interno do Ministério dos Transportes compete assistir ao Ministro de Estado no controle interno da legalidade administrativa dos atos por ele praticados ou já efetivados, e daqueles oriundos de órgão ou entidade sob sua coordenação jurídica.
Parágrafo único. Os pareceres da Consultoria Jurídica do Ministério dos Transportes, aprovados pelo Ministro de Estado, são de observância obrigatória por todos os órgãos autônomos e entidades vinculadas à Pasta, de acordo com o art. 42 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993", cf. MOTTA, op. cit.

[33] *MONTEIRO, Vera. Responsabilização de agente público, autor de parecer jurídico pelo TCU – Análise do posicionamento do STF. Biblioteca Digital Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP. Belo Horizonte, n. 49, ano 10, Maio de 2008. Disponível em < http://www.editoraforum.com.br/bidConteudoShow. aspx?idConteudo=54119 >. Acesso em 26 de março de 2010.*

vinculante, deve-se observar que prevalece nos tribunais posicionamento no sentido de se considerar vinculante o parecer que possua a função de aprovação de atos e contratos administrativos.

Dessa forma, considera-se vinculante o parecer exarado por assessores jurídicos acerca de minutas de editais de licitação e de contratos administrativos, nos termos do art. 38 da Lei nº 8.666/93:

> *Art. 38. (omissis)*
> *Parágrafo único. As minutas de editais de licitação bem como as dos contrato, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração.*

No julgamento do mandado de segurança nº 25.481-1, em que se discutia a responsabilidade do advogado parecerista sob os termos do art. 38 da Lei nº 8.666/93, o STF entendeu que a manifestação do procurador, nesses casos, não se limita à simples opinião, alcançando a aprovação ou não. De acordo com os votos dos Ministros Marco Aurélio, Joaquim Barbosa, Carlos Britto e Cezar Peluso, a emissão de parecer jurídico opinativo, na hipótese da Lei de Licitações, é condição necessária para o próprio seguimento do processo administrativo (por isso a natureza vinculante).[34]

Em igual sentido, no Mandado de Segurança nº 24.584, também da relatoria do Ministro Marco Aurélio, o STF entendeu, por maioria, que por ser o parecer previsto no art. 38, da Lei nº 8.666/93, ato de natureza vinculante, a responsabilidade é solidária entre gestor e advogado público, mormente quando considerado o fato de não poder o gestor agir sem a atuação prévia do consultor jurídico.

Além disso, o Ministro Relator salientou que o administrador público, agente que efetivamente executa o conteúdo exarado nos pareceres, não possui o adequado conhecimento técnico-jurídico para tomar, unilateralmente, decisões concernentes à celebração de contratos administrativos ou convênios. Não haveria, pois, que se falar em imunidade do advogado, consoante art. 133, da CR/88, haja vista que nesses casos as manifestações jurídicas possuem "conteúdo decisório".[35]

Lado outro, a votação naquele *writ* não fora unânime. Com efeito, o Ministro Gilmar Mendes discordou da opinião de Marco Aurélio e Joaquim Barbosa e considerou aquele caso concreto semelhante ao MS nº 24.073/DF, de Relatoria do Ministro Carlos Velloso. Dessa forma, entenderam que pareceres jurídicos não são atos administrativos, mas meras consultorias que não precisam ser necessariamente seguidas pelo gestor público. O Ministro Eros Grau, acompanhando o referido voto, afirmou que a função do advogado (público ou privado) é de, tão-somente, atuar como fiscal da forma e, portanto, não pode ser responsabilizado por emitir, por meio de pareceres, a sua opinião sobre determinado ato. Nesse diapasão foi idêntico o voto da Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha.

No plenário do STF, contudo, prevaleceu o entendimento pela responsabilidade do advogado parecerista quando o parecer for vinculante. Dessa forma, o assessor jurídico equipara-se ao agente público quanto ao ato administrativo viciado, na hipótese de ter emitido parecer vinculante.[36]

---

[34] *TF – Pleno – MS nº 24.584-1/DF – Rel. Min. Marco Aurélio, Diário da Justiça nº Diário de Justiça Eletrônico de 19 de junho de 2008.*

[35] *STF – Pleno – MS nº 24.584-1/DF – Rel. Min. Marco Aurélio, Diário da Justiça nº Diário de Justiça Eletrônico de 19 de junho de 2008.*

[36] *"ADVOGADO PÚBLICO - RESPONSABILIDADE - ARTIGO 38 DA LEI Nº 8.666/93 - TRIBUNAL DE CONTAS DA*

A responsabilidade do procurador, nesses casos, só não será solidária com a autoridade pública na hipótese de o parecer não ter sido seguido integralmente, ou seja, quando o administrador ignorar a sua natureza vinculativa.

É preciso frisar, entretanto, que há um ponto comum em qualquer caso de responsabilização do advogado parecerista, seja nos pareceres facultativos, obrigatórios ou vinculantes, qual seja, a apuração do elemento subjetivo do agente.

Com efeito, no âmbito da responsabilidade civil[37], agindo o advogado com imprudência, imperícia, negligência ou má-fé, caberá, como visto, a sua responsabilização pelos atos ilícitos cometidos.

Se não há, contudo, diferenças práticas acerca dos requisitos exigíveis para a configuração da responsabilidade civil do advogado quando da elaboração de pareceres, o momento de apuração dessa responsabilidade varia de acordo com o tipo de parecer.

É que nos casos em que o parecer for facultativo ou obrigatório, considera-se a consulta jurídica como ato diverso do ato administrativo editado pelo agente público competente, ainda que baseado naquele parecer. Nessa hipótese, o elemento subjetivo será apurado no momento da elaboração do parecer, independentemente do momento em que foi expedido o ato administrativo.

Já no caso do parecer vinculante, esse se confunde com o próprio ato administrativo, porquanto o ato final depende da conexão entre o parecer jurídico e o ato administrativo propriamente dito. Assim, a culpabilidade do advogado deve ser apurada no momento em que for expedido o ato final pela autoridade administrativa competente.

Em suma, prevalece o entendimento de que a responsabilidade do advogado parecerista será sempre subjetiva, devendo ser apurada a culpa ou o dolo do agente que, no caso dos pareceres não vinculantes, será verificada no momento de sua elaboração. Lado outro, nos casos dos pareceres vinculantes, o elemento subjetivo será averiguado quando da edição do ato administrativo pela autoridade competente.

4.2. OBRIGAÇÃO DE MEIOS

Como já explicado anteriormente, deve-se ter em mente que a responsabilidade do advogado é sempre uma obrigação de meios, e não de resultados, de maneira que o advogado parecerista "não pode, todavia, ser acusado de emitir conselhos errôneos, quando a questão litigiosa é controvertida".[38]

4.3. RESPONSABILIDADE ADSTRITA À ÁREA JURÍDICA

É claro que, mesmo nas situações em que a responsabilidade do advogado é solidária, não se pode atribuir ao procurador eventuais equívocos e fraudes que não se atenham ao campo jurídico.

Se um contrato de compra de cimento, aprovado por advogado, foi considerado superfaturado, nada tem o procurador a ver com isso. O advogado não é obrigado a saber se um saco de cimento custa oito, quinze ou trinta reais. O que ele deve verificar é se foi

---

UNIÃO - ESCLARECIMENTOS. Prevendo o artigo 38 da Lei nº 8.666/93 que a manifestação da assessoria jurídica quanto a editais de licitação, contratos, acordos, convênios e ajustes não se limita a simples opinião, alcançando a aprovação, ou não, descabe a recusa à convocação do Tribunal de Contas da União para serem prestados esclarecimentos".

[37] *Deixando de lado, portanto, a imprescindibilidade do dolo para fins de responsabilização penal ou por ato de improbidade administrativa solidária entre o advogado e o ordenador de despesas. No sentido da necessidade de comprovação da conduta dolosa para fins de improbidade, veja-se MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de Segurança. 31 ed. Malheiros: São Paulo, 2009, p. 217.*

[38] *PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 167.*

realizada pesquisa de preços no mercado e se foram cumpridos todos os trâmites exigidos pela lei. Se outro agente público atestou que os preços apresentados são compatíveis com o mercado, nada mais poderia ser exigido do advogado.

Nos casos em que o parecer jurídico estiver estritamente vinculado à atuação de outro profissional e da sua atuação decorrer o erro no parecer jurídico, também não poderá o procurador ser responsabilizado.

É o caso, por exemplo, do parecer jurídico versar sobre questão orçamentária e o Analista Contábil responsável considerar apta a realização de determinada despesa, de modo que o advogado, com base nesse parecer, aceite a conclusão do profissional da área de Ciências Contábeis. Ora, não faz parte da grade curricular da graduação em Direito nenhuma matéria de natureza contábil. Assim, o procurador emite o parecer confiando na informação a ele transmitida pelo Analista Contábil.

Outro exemplo corriqueiro diz respeito ao Direito Ambiental. Nessa área, o profissional do Direito necessita da colaboração de engenheiros e biólogos. Caso o erro grave, no parecer ou na defesa jurídica, decorra da análise dos outros profissionais que não o advogado, não pode ser este responsabilizado por emitir sua opinião com base no trabalho alheio. Defender posicionamento em sentido contrário seria obrigar o advogado a ter onisciência a respeito de todas as áreas do conhecimento.

Ressalte-se, por outro lado, que se um advogado emite parecer favorável à celebração de um contrato administrativo sem qualquer processo de licitação ou de contratação direta (dispensa ou inexigibilidade de licitação), no qual foi ainda ajustado prazo de dez anos em desacordo com o art. 57 da Lei n. 8.666/93, fica evidente que faltou com dever de cuidado sobre aspectos jurídicos. A falta de leitura atenta a aspectos essenciais do contrato caracteriza a negligência do profissional, que pode acarretar a responsabilidade do procurador na hipótese de prejuízos ao interesse público.

4.4. FUNDAMENTAÇÃO

Deve-se ter em mente que, em qualquer situação, tem o advogado a obrigação instrumental (de meio) de bem fundamentar os seus pareceres, tendo em vista os interesses públicos envolvidos nos atos administrativos que serão editados de acordo com sua orientação.

A importância da fundamentação e do estudo quando da elaboração de parecer pode ser verificada pelo fato de que o próprio gestor público somente pode rejeitar parecer de caráter não vinculante por meio de ato devidamente motivado.

O dever de motivação dos pareceres jurídicos se presta a assegurar a independência e a autonomia do advogado. As conquistas da classe, com destaque para a consagração pelo Constituinte da advocacia como função essencial à Justiça, devem-se a atuações sérias e responsáveis dos advogados, públicos e privados.

É pressuposto da atividade consultiva que os pareceres venham acompanhados da devida demonstração de que a conduta sugerida pelos assessores jurídicos é compatível com a ordem jurídica vigente.

Ademais, tratando-se de atividade consultiva na esfera pública, o princípio da motivação dos atos administrativos (art. 1°, II e 5°, XXXV, da Constituição[39]) exige que os procuradores públicos apresentem as razões de fato e de direito que autorizam a prática dos atos administrativos concretos.

---

[39] *BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 112-113.*

4.5. PRINCÍPIO DO CONSENTIMENTO INFORMADO

Conforme já mencionado anteriormente, a relação estabelecida entre o advogado privado e o seu cliente é contratual. Sendo assim, é imprescindível o respeito, também nessa relação jurídica, aos princípios informadores dos contratos de direito privado.

A boa-fé objetiva figura como um dos principais princípios inerentes aos contratos e significa o dever das partes de agir com correção, honestidade e lealdade, correspondendo à confiança reciprocamente depositada.[40]

Nesse diapasão, leciona Michel César da Silva:

> *Portanto, o princípio da boa-fé objetiva, como manifestação da tutela da confiança, é concretizado pela transparência nas relações negociais, vinculando a parte que possui vantagens informativas, por meio da imposição do dever jurídico de informação clara, precisa e ostensiva de todo o conteúdo contratual, sem subterfúgios ou possibilidades de interpretações dúbias, no intuito de impedir que se frustrem as expectativas legítimas da contraparte, evidentemente, vulnerável no tocante às informações relacionadas ao teor das cláusulas contratuais da avença.*[41]

Observe-se que decorre do princípio da boa-fé objetiva o princípio da confiança:

> *Com efeito, poder confiar constitui condição básica de toda a existência pacífica, da cooperação entre os homens, e da própria possibilidade de comunicação, uma vez que essa constitui um agir que, na busca do entendimento entre as pessoas, pressupõe a crença na veracidade dos interlocutores.*[42]

Sobre o papel psicológico da confiança, discorre Luhman:

> *A confiança, em sentido mais amplo que a fé nas expectativas alheias, é um fato básico da vida social. Uma completa ausência de confiança impediria o homem de levantar-se pela manhã. Seria vitima de um sentido vago de medo e de temores paralisantes. Não seria nem mesmo capaz de formular uma desconfiança definida e fazer dela um fundamento para medidas preventivas, já que tal pressuporia confiança em outras direções. Qualquer coisa e tudo seria possível. Tal confrontação abrupta com a complexidade do mundo ao grau máximo é mais do que suporta o ser humano.* [43]

---

[40] *FIÚZA, César; BRITO, Lucas Pimenta de Figueiredo. Para Uma Compreensão Integral do Abuso de Direito no Contexto da Responsabilidade Delitual e da Boa-Fé Objetiva. Direito Civil: princípios jurídicos no Direito Privado. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 368.*

[41] *SILVA, Michael César. A doença preexistente no contrato de seguro de vida: o princípio da boa-fé objetiva e o dever de informação. Direito Civil: princípios jurídicos no Direito Privado. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 422.*

[42] *GOMES, Elena de Carvalho. Entre o Actus e o Factum: os comportamentos contraditórios no direito privado. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 78*

[43] *LUHMANN, Niklas. Confianza. Trad. Amanda Flores. Barcelona: Anthropos, 1996, p. 1.*

Ana Alvarenga Moreira Magalhães pontua que, a despeito de a confiança ser vista como elemento ético do direito, esta não deve ser analisada apenas como crença na probidade moral de determinado sujeito.[44] A verdadeira faceta jurídica da confiança é "a situação em que uma pessoa adere, em termos de actividade ou de crença, a certas representações passadas, presentes ou futuras, que tenha por efectivas. O princípio da confiança explicitaria o reconhecimento dessa situação e a sua tutela".[45]

Em verdade, no estágio jurídico atual, a tutela da confiança se confunde com o próprio princípio da boa-fé objetiva, na medida em que abarca a vedação de condutas socialmente repudiadas ou a atuação desconforme o esperado.[46] Por isso, Menezes Cordeiro chega a afirmar que:

> *A consagração dos dispositivos gerais, implícitos no dever atuar de boa-fé e no exercício inadmissível de posições jurídicas, capazes de, nalgumas das suas facetas mais significativas, proteger a confiança, demonstram, nesta, um vetor genérico. Mas dão, também, o tom da generalização possível: a confiança, fora das normas particulares a tanto dirigidas, é protegida quando, da sua preterição, resulte atentado ao dever de atuar de boa-fé ou se concretize um 'abuso de direito'.*[47]

Assim, na relação estabelecida entre advogado e seu cliente, a boa-fé objetiva assume especial relevância, o que significa apontar, por consequência, a importância do princípio da confiança nessa relação jurídica.

Com efeito, o dever do advogado de alertar a respeito dos riscos da demanda judicial ou consulta jurídica, a necessidade de manter o cliente atualizado sobre os desdobramentos de seu caso concreto e, principalmente, a confiança depositada pelo cliente no seu advogado, denotam a importância de se observar a boa-fé objetiva e seus deveres anexos nesse tipo de relação contratual.

Nessa senda, são as lições de Piero Calamandrei:

> *Há um momento em que o advogado civilista deve encarar a verdade de frente, com um olhar desapaixonado de um juiz. É o momento em que, chamado pelo cliente a aconselhá-lo sobre a oportunidade de intentar uma ação, tem o dever de examinar imparcialmente, levando em conta as razões do eventual adversário, se pode ser útil à justiça a obra de parcialidade que lhe é pedida.*[48]

É que o cliente, ao celebrar o contrato de mandato com o advogado, tem plena convicção na atuação escorreita do procurador escolhido. Cria-se uma natural expectativa

---

[44] *MAGALHÃES, Ana Alvarenga Moreira. O erro no negócio jurídico: autonomia da vontade, boa-fé objetiva e teoria da confiança. São Paulo: Atlas, 2011, p. 124.*

[45] *MENEZES CORDEIRO, António. Da Boa Fé no Direito Civil, v. I. Lisboa: Almedina, 1984, p. 1234.*

[46] *MAGALHÃES, Ana Alvarenga Moreira. Por uma concepção objetiva do erro: a contribuição da teoria da confiança. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, PUC Minas, Brasil, 2006, p. 130.*

[47] *MENEZES CORDEIRO, António. Da Boa Fé. v. II, p. 1247-1248.*

[48] *CALAMANDREI, Piero. Eles, Os Juízes: vistos por um advogado. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 147.*

de êxito em relação à demanda solicitada (contenciosa ou consultiva) e é por isso que cabe ao advogado o dever de transparência[49] em relação a toda a prestação de seu serviço.

Lado outro, a relação entre o advogado público e a instituição à qual está vinculado não tem natureza contratual. Todavia, ainda nesses casos é imprescindível a observância do princípio da boa-fé objetiva, já que a Constituição da República tem elevada carga principiológica. Assim, a boa-fé objetiva é princípio intrínseco à própria Constituição, aplicável a todas as relações jurídicas, mesmo aqueles cuja natureza não seja de direito privado.[50] A boa-fé objetiva, pois, traduz-se como regra de comportamento leal e diligente nas relações jurídicas, na amplitude de suas fases, destinada a todas as personagens do tráfico jurídico.[51] Refere-se, a princípio, a um comportamento bilateral, de exercício de direitos e cumprimento das obrigações.

Sobre o princípio da boa-fé objetiva, enquanto princípio constitucional de observância obrigatória em todas as relações jurídicas, independentemente do vínculo, discorre Antônio Menezes Cordeiro:

> *O Direito é uma Ciência que se constitui na resolução de casos concretos. Porquanto Ciência, o Direito surge sistemático por natureza. O sistema deve, porém, ser entendido em termos integrados – portanto com um núcleo de princípios e uma periferia actuante, ambos interligados por vias de sentido duplo – e com uma série de limitações originadas, entre outros aspectos, por lacunas e por quebras ou contradições em seu seio.*
> *Apesar de tudo, há um sistema nas ordens jurídicas da actualidade, traduzido pela preocupação científico-cultural de descobrir uma unidade figurativa e ordenadora ou um fio condutor que reúna os diversos institutos que a História colocou os espaços jurídicos dos nossos dias. Esse sistema tem exigências que se mantêm, de modo contínuo – ainda que com efeitos e configurações muito variáveis – nos diversos pontos onde o Direito deve intervir.*
> *A boa-fé tem justamente esse papel: ela traduz, até os confins da periferia jurídica, os valores fundamentais do sistema; e ela carreia, para o núcleo do sistema, as necessidades e as soluções sentidas e encontradas naquela mesma periferia.*[52]

Assim, nos casos de apuração da responsabilidade civil do advogado, público ou privado, será levado em conta no momento da apuração da culpa do advogado se ele advertiu ou não o "seu cliente" quanto aos riscos envolvidos nos atos a serem praticados. Assim, a forma de o advogado observar os princípios da boa-fé objetiva e da confiança é sempre informar à autoridade pública, ou ao seu cliente, quanto aos riscos da demanda, mencionando o entendimento da doutrina e da jurisprudência, sem prejuízo de sua opinião pessoal.

---

[49] *A transparência é um dos deveres anexos tanto à boa-fé objetiva, quanto da confiança. Nesse sentido, veja-se SILVA, Michael César. A doença preexistente no contrato de seguro de vida: o princípio da boa-fé objetiva e o dever de informação. Direito Civil: princípios jurídicos no Direito Privado. Del Rey: Belo Horizonte, 2009, p. 422.*

[50] *MAGALHÃES, Ana Alvarenga Moreira. Por uma concepção objetiva do erro: a contribuição da teoria da confiança. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, PUC Minas, Brasil, 2006, p. 118.*

[51] *DIEZ-PICAZO, Luis. "Prologo", in WIACKER, Franz. El principio general de la buena fe..., p. 12/13.*

[52] *MENEZES CORDEIRO, António. Tratado, p. 228.*

Em outras palavras, cumpre observar se o princípio da transparência, decorrente da boa-fé objetiva, foi respeitado.

É o que estabelece expressamente o art. 8º do Código de Ética e Disciplina da OAB:

> *Art. 8º. O Advogado deve informar o cliente, de forma clara e inequívoca, quanto a eventuais riscos de sua pretensão, e das conseqüências que poderão advir da demanda.*

De maneira semelhante, o Superior Tribunal de Justiça possui entendimento quanto à responsabilidade do médico em virtude do princípio do consentimento informado (Resp 436.827/SP – Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar; AgRg no Ag 818.144/SP, Relator Ministro Ari Pargendler).

A atuação transparente do advogado, portanto, é essencial, na medida em que "a fé que certos clientes, especialmente gente humilde e inculta, depositam nas virtudes do advogado e na infalibilidade dos juízes às vezes é tão cega e absoluta que provoca ao mesmo tempo espanto e ternura".[53]

Em suma, independentemente de concordar ou não com os entendimentos dominantes, é importante que o advogado faça menção de que eles existem, sob pena de futuramente ser acusado de ter agido com "negligência profissional" e de ter "induzido o agente político ao erro".

5. CONCLUSÕES

Diante do exposto ao longo trabalho pode-se chegar às seguintes conclusões:

1. É inegável que o art. 133 da Constituição de 1988 consagra **a advocacia como função essencial à Justiça, assegurando a autonomia e a independência dos procuradores públicos e privados** quanto ao seu exercício profissional.

2. Deve-se observar, no entanto, que o Estado Democrático de Direito exige que todos os agentes sejam responsabilizados por seus atos, o que inclui também o advogado. Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal já consolidou entendimento no sentido de **ser relativa a inviolabilidade profissional dos procuradores.**

3. Tratando-se da atuação na esfera pública, no entanto, é fundamental observar se a orientação do advogado vincula a autoridade competente a decidir no sentido da orientação jurídica apresentada.

3.1. Tratando-se de **parecer não vinculante (facultativo ou obrigatório)**, a atividade jurídica constitui mera opinião, que pode ser seguida ou não pela autoridade com competência decisória. Nesses casos o procurador apresenta a sua opinião técnica, o que permite que o agente público opte por caminho diverso do apresentado pelo procurador. Nesses casos, o STF isenta o advogado de qualquer responsabilidade se o

[53] *CALAMANDREI, Piero. Eles, Os Juízes: vistos por um advogado. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 153.*

parecer for devidamente fundamentado, haja vista que a obrigação de meios foi plenamente atendida.

3.2. Se o **parecer tiver caráter vinculante**, por outro lado, a atividade jurídica do advogado deixa de ter caráter meramente opinativo e passa a ter conteúdo decisório. Nesses casos, o STF vem consolidando entendimento – não unânime, vale registrar – no sentido de o procurador responder solidariamente com o agente público, visto que o parecer é considerado componente indispensável do ato administrativo.

3.3. Independentemente da espécie de parecer, somente haverá responsabilidade nos casos de restar comprovada a culpa ou dolo do procurador. Todavia, o momento de apuração da responsabilidade subjetiva é diferente de acordo com o tipo de parecer. Com efeito, nos casos dos pareceres de caráter não vinculante, o elemento subjetivo deve ser verificado no momento da elaboração do parecer; já no parecer de caráter vinculante, o dolo ou a culpa devem ser verificados no momento em que for expedido o ato administrativo pela autoridade competente.

4. É imprescindível, no entanto, partir sempre da premissa de que **a obrigação do advogado não é de resultados, mas sim obrigação de meios**. Assim, o fato de um ato administrativo ser anulado porque o Judiciário decidiu de forma diversa do parecer apresentado não acarreta, necessariamente, a responsabilidade do procurador. Entender de forma contrária seria o mesmo que exigir que todos os advogados tivessem "bolas de cristal" para antever o posicionamento definitivo dos tribunais superiores em todas as matérias jurídicas.

5. Como qualquer agente público, **o advogado parecerista submete-se à responsabilidade subjetiva**, o que significa que só pode sofrer sanções civis ou penais se ficar caracterizada culpa ou dolo (má-fé).

6. Quando da apuração da responsabilidade civil do advogado é preciso observar, ainda, se houve respeito ao princípio constitucional da boa-fé objetiva. Com efeito, deve o advogado, público ou privado, observar o princípio da confiança e da transparência, que decorrem da boa-fé objetiva, sendo necessário informar ao cliente ou autoridade pública a respeito dos riscos da demanda ou da consulta jurídica.

7. Por isso, é essencial que o advogado público, independentemente da natureza da consulta jurídica que lhe é submetida, fundamente seus pareceres e informe aos agentes políticos os verdadeiros riscos das ações e/ou omissões. A fundamentação e a apresentação do posicionamento dos tribunais têm ainda o condão de evitar que as autoridades possam alegar que foram "induzidos ao erro" por seus advogados.

REFERÊNCIAS

AQUINO, Carlos Pessoa de. O Advogado Público – sua independência e sua imunidade. *L &C Revista de Direito e Administração Pública*. Brasília: Editora Consulex, ano. 6, nº 58, maio de 2003, p. 12.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

CALAMANDREI, Piero. *Eles, Os Juízes: vistos por um advogado*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

DIEZ-PICAZO, Luis. Prologo, *In* WIACKER, Franz. *El principio general de la buena fé*. Tradução Jose Luis Carro. Madrid: Civitas, 1977.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *L&C Revista de Direito e Administração Pública*. Brasília: Editora Consulex, ano. 7, nº 78, dezembro de 2004.

FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

FILHO, Sergio Cavalieri. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 2007.

FIÚZA, César; BRITO, Lucas Pimenta de Figueiredo. Para Uma Compreensão Integral do Abuso de Direito no Contexto da Responsabilidade Delitual e da Boa-Fé Objetiva. *In:* FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). *Direito Civil: princípios jurídicos no Direito Privado: atualidades III*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

GARCIA, Daniel Barros. Responsabilidade funcional do advogado público parecerista. *In: Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte – RPGMBH*. Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 51, jan./jun. 2008.

GOMES, Elena de Carvalho. *Entre o Actus e o Factum*: os comportamentos contraditórios no direito privado. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

LUHMANN, Niklas. *Confianza. Trad. Amanda Flores*. Barcelona: Anthropos, 1996.

MAGALHÃES, Ana Alvarenga Moreira. *O erro no negócio jurídico*: autonomia da vontade, boa-fé objetiva e teoria da confiança. São Paulo: Atlas, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 30. ed. São Paulo: RT, 2005.

MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil Português, v.* I, t. I. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

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

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Cautelas para formalização de parecer jurídico. *Biblioteca Digital Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*. Belo Horizonte, ano 6, n. 72, dez. 2007. Disponível em < **http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow. aspx?idConteudo=49618** >. Acesso em 26 de março de 2010.

MONTEIRO, Vera. Responsabilização de agente público, autor de parecer jurídico pelo TCU – Análise do posicionamento do STF. *Biblioteca Digital Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*. Belo Horizonte, n. 49, ano 10, Maio de 2008. Disponível em < **http://www.editoraforum.com.br/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=54119** >. Acesso em 26 de março de 2010.

NOGUEIRA, Roberto Wagner Lima. O advogado parecerista e a Lei de improbidade administrativa. *Biblioteca Digital Fórum Administrativo – Direito Público – FA*, ano 6, n. 65, jul. 2006. Disponível em < **http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?id Conteudo=36336** >. Acesso em 26 de março de 2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. Instituições de Direito Civil. v. 2. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS. Pró-Reitoria de Graduação. Sistema de Bibliotecas. *Padrão PUC Minas de normalização*: normas da ABNT para apresentação de artigos de periódicos científicos. Belo Horizonte, 2008. Disponível em <http://www.pucminas.br/ biblioteca/>. Acesso em: 01/03/2010.

SILVA, Michael César. A doença preexistente no contrato de seguro de vida: o princípio da boa-fé objetiva e o dever de informação. *In:* FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.) *Direito Civil: princípios jurídicos no Direito Privado: atualidades III*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

ESTUDO DE CASO: MODULAÇÃO DOS EFEITOS DE DECISÃO JUDICIAL MODIFICATIVA DA JURISPRUDÊNCIA

Marco Bruno Miranda Clementino
Juiz Federal da 3ª Vara-RN, Juiz do Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Norte (TRE-RN), Especialista, Mestre e Doutorando em Direito, Professor do Departamento de Direito Privado da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).

RESUMO: *O presente trabalho tem por objeto estudo de caso referente a julgamento proferido pela Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais no Rio Grande do Norte acerca de matéria processual, com um caractere muito particular, já que se modularam os efeitos da decisão, pelo fato de ela implicar modificação de jurisprudência anterior. Como pano de fundo, pretende-se desenvolver ainda análise comparativa desse julgamento com arrêt da jurisprudência administrativa francesa que assentou a mesma tese no que diz respeito à viabilidade da modulação feita.*

PALAVRAS-CHAVE: *Efeitos da Decisão. Modulação. Jurisprudência.*

SUMÁRIO: *Introdução; 1. Apresentação do Caso; 2. Análise da Decisão Francesa; 3. Análise da Decisão Brasileira; 4. Conclusão; Referências*

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objeto estudo de caso referente a julgamento proferido pela Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais no Rio Grande do Norte acerca de matéria processual, com um caractere muito particular, já que se modularam os efeitos da decisão, pelo fato de ela implicar modificação de jurisprudência anterior. Como pano de fundo, pretende-se desenvolver ainda análise comparativa desse julgamento com *arrêt* da jurisprudência administrativa francesa que assentou a mesma tese no que diz respeito à viabilidade da modulação feita. A escolha pela jurisdição administrativa francesa na análise se deve à semelhança com o perfil jurisdicional da Justiça Federal brasileira, competente para o julgamento de causas envolvendo a União, além de suas autarquias, fundações e empresas públicas.

Com efeito, o precedente referido não despertaria maior interesse não fosse a circunstância de que, em que pese entendimento que a hipótese seria a de não cabimento do específico recurso que se examinava, dele conheceu a Turma Recursal quanto ao mérito. A motivação decorreu da constatação de que naquela ocasião se modificava posicionamento já firmado anteriormente pelo órgão jurisdicional justamente quanto ao cabimento desse recurso, de modo que, como forma de preservar a segurança jurídica, os juízes que compõem o colegiado decidiram, à unanimidade dos votos, modular os efeitos da decisão, assentando a tese processual em si, porém não a aplicando para o julgamento em curso. Por isso, superaram, para esse caso específico, o óbice processual, adentrando, pois, o juízo de mérito do recurso.

1. APRESENTAÇÃO DO CASO

Na Lei nº 10.259/2001, de regência do procedimento dos Juizados Especiais Federais, prevê-se a possibilidade de manejo de um único recurso contra as decisões proferidas pelo juiz monocrático, ressalvados os embargos de declaração. Essa opção legislativa tem fundo constitucional, já que a simplicidade do rito, inclusive quanto ao enxugamento da faculdade recursal, decorre da origem de sua concepção para a tramitação de causas de menor complexidade. Assim, no artigo 5º, prescreve-se que, "exceto nos casos do art. 4º, somente será admitido recurso de sentença definitiva".

A propósito, a exceção referida no preceito diz respeito ao recurso interposto contra a concessão de tutelas de urgências (por força da fungibilidade, a jurisprudência estendeu o recurso, previsto no artigo 4º para as cautelares, às tutelas antecipatórias). Assim, no subsistema dos Juizados Especiais Federais, o recurso – que não recebe nenhuma denominação específica – somente é cabível das sentenças de mérito e das decisões interlocutórias concessivas de tutelas de urgências.

No entanto, a lei não trata com especificidade acerca da forma de processamento de ambos os recursos, o que terminou por despertar uma tendência (talvez minoritária) de ordinarizar o rito dos Juizados Especiais Federais. Assim, não foi incomum durante certo período que se observasse a forma da apelação quando se recorria de sentença de mérito e a forma do agravo de instrumento nas decisões concessivas de tutelas de urgências. Arraigados culturalmente ao exercício da faculdade de recorrer, alguns operadores do Direito, em iniciativas às vezes acatadas pela Turma Recursal, chegaram a interpor recursos fora das espécies legais.

No julgamento do recurso nº 0500029-33.2010.4.05.9840, interposto por instrumento de decisão concessiva de tutela de urgência proferida no âmbito do processo nº 2008.84.01.502896-4, a Turma Recursal, à unanimidade de seus membros, decidiu que o recurso por instrumento tem caráter excepcional, admitindo-se apenas quando previsto expressamente em lei. Desse modo, no silêncio da Lei nº 10.259/2001 quanto à forma de interposição do recurso, deve ser aplicada a regra geral de interposição perante o órgão jurisdicional que proferiu a decisão, para posterior remessa à instância superior. Se isso não bastasse, na reflexão feita em plenário, os magistrados concordaram com a ponderação do relator de que o processamento do recurso por instrumento, além de excepcional, é incompatível com o princípio da simplicidade e estimula o exercício do recurso pelo prejudicado, o que atenta contra a teleologia restritiva do rito no que diz respeito a essa matéria.

Contudo, no momento da sessão de julgamento, veio ponderação quanto à necessidade de se conferir tratamento especial a essa matéria, já que muitos recursos já haviam sido interpostos com base no posicionamento ampliativo anterior da jurisprudência do órgão jurisdicional. E, sob essa premissa, a Turma Recursal decidiu modular os efeitos do julgamento, para que a nova tese não abrangesse sequer o caso concreto em julgamento, senão apenas os recursos interpostos no prazo de 15 dias a contar daquela data, promovendo-se ampla divulgação nos meios eletrônicos disponíveis de comunicação com advogados e procuradores.

Em outras palavras, fazendo incidir o princípio da segurança jurídica, a Turma Recursal decidiu ser possível a modulação dos efeitos da decisão modificativa de jurisprudência em matéria processual, como forma de não prejudicar aqueles que, de boa-fé e com base em jurisprudência devidamente consolidada, haviam interposto recursos sob uma forma diferente de processamento daquela que, naquele específico

momento, o órgão jurisdicional decidia ser inadequada. Para tanto, a eficácia prospectiva sequer se deu de imediato, já que se decidiu fixar um prazo razoável para adaptação dos operadores do Direito ao novo posicionamento.

2. ANÁLISE DA DECISÃO FRANCESA

Na jurisdição administrativa francesa, a modulação de decisões até pouco tempo não era viável nas decisões modificativas de jurisprudência. No entanto, no *arrêt de principe* extraído do julgamento do caso nº 291545 – *Societé Tropic Travaux Signalisation*, a Assembleia do Contencioso do *Conseil d'État* passou a decidir pela possibilidade de modulação, em julgamento no qual o órgão jurisdicional assentava a possibilidade de manejo de um novo recurso à jurisdição administrativa outrora não admitido no âmbito da contratação administrativa. Como, porém, essa decisão modificava profundamente toda a tradição jurisprudencial, decidiu-se pela modulação dos efeitos da decisão, "por imperativo de segurança jurídica", de modo que o novo posicionamento foi modulado para se aplicar apenas aos contratos celebrados posteriormente ao julgamento.

No *arrêt*, a tese ficou assim assentada:

> *Considerando que compete em princípio ao juiz aplicar as regras definidas acima, as quais, tomadas em seu conjunto, não trazem limitações ao direito fundamental de recorrer; que todavia, em observância ao imperativo de segurança jurídica de modo a que não haja uma influência excessiva nas relações contratuais em curso e ressalvadas as ações em tramitação tendo o mesmo objeto e ajuizadas anteriormente à publicação da decisão, o recurso acima definido somente pode ser apresentado quanto a contratos celebrados posteriormente a esta data*[1].

No *Communiqué de Presse*, e mais precisamente no momento da manifestação do Vice-Presidente do Conselho de Estado, este lembrou que o Tribunal de Justiça Europeu, a Corte Europeia de Direitos Humanos e mesmo a Corte de Cassação da jurisdição judiciária francesa já ostentavam precedentes pela possibilidade de modulação de suas decisões. Ainda, fez menção ao poder normativo da jurisprudência como verdadeira fonte do direito.

A propósito, a invocação de fundamento no direito comunitário para aplicação do princípio da segurança jurídica consiste em constatação bastante interessante, já que, antes disso, nem o Conselho de Estado, nem o Conselho Constitucional, haviam consagrado um princípio geral de segurança jurídica aplicável ao direito francês. Por outro lado, também na jurisdição judiciária francesa essa prática é um tanto recente, remontando a julgamento de 21 de dezembro de 2006 proferido pela Corte de Cassação.

Nesse sentido, tanto o princípio da segurança jurídica, como também o da confiança

---

[1] *Tradução livre: "Considérant qu'il appartient en principe au juge d'appliquer les règles définies ci-dessus qui, prises dans leur ensemble, n'apportent pas de limitation au droit fondamental qu'est le droit au recours ; que toutefois, eu égard à l'impératif de sécurité juridique tenant à ce qu'il ne soit pas porté une atteinte excessive aux relations contractuelles en cours et sous réserve des actions en justice ayant le même objet et déjà engagées avant la date de lecture de la présente décision, le recours ci-dessus défini ne pourra être exercé qu'à l'encontre des contrats dont la procédure de passation a été engagée postérieurement à cette date" (FRANÇA. Conselho de Estado. Disponível em: <www.conseil-etat.fr>. Acesso em: 12 ago 2010.)*

legítima (de origem alemã)[2], que fundamentam as decisões de modulação de efeitos de decisões modificativas de jurisprudência, são construções incorporadas à tradição francesa a partir da perspectiva de imbricação entre o direito comunitário e os sistemas jurídicos internos dos Estados Partes da União Europeia. Não é propriamente norma positivada do direito interno francês, figurando mais propriamente como critério de interpretação no percurso de construção da norma jurídica, porém com referencial na construção jurisprudencial do Tribunal de Justiça Europeu.

Não custa lembrar, de outra parte, que a jurisdição administrativa francesa não exerce propriamente controle de constitucionalidade das normas, de modo que "o controle jurisdicional da administração é normalmente exercido pelo juiz administrativo" e "escapa ao juiz constitucional" (DUPUIS; GUÉDON; CHRÉTIEN, 2002, p. 32). Isso só reforça a admissibilidade da modulação mesmo pelos órgãos que exercem controle de juridicidade sob o viés da mera legalidade.

Na decisão, porém, o órgão não descurou de enfrentar o impacto da modificação da jurisprudência nas relações contratuais em curso, sob a ótica da preservação da instabilidade delas. Aliás, a legitimidade política dessa construção normativa tem relação direta com a densidade de conteúdo da fundamentação da decisão em que se modulam os seus efeitos e isso fica bem claro no contexto da jurisprudência francesa, até porque, como decidiu em 2008 a Corte Europeia de Direitos Humanos em *Unédic vs. France*, não existe direito adquirido a uma jurisprudência constante, ideia que se contextualiza com a tradição clássica francesa de não consagração de um princípio geral de segurança jurídica ou de confiança legítima.

3. ANÁLISE DA DECISÃO BRASILEIRA

A modulação de efeitos de decisões judiciais também não é mais um tabu no direito brasileiro, especialmente quando passou a ser expressamente previsto nos ritos de processamento das ações de controle concentrado de constitucionalidade (art. 27 da Lei nº 9.868/99 e art. 11 da Lei nº 9.882/99). Entretanto, embora não se desconheça a existência de precedentes na jurisprudência brasileira de modulação de efeitos mesmo em processos subjetivos, não se pode deixar de reconhecer que sua utilização tem sido menos frequente fora do processo objetivo de controle de constitucionalidade, de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal (STF), o que é lamentável, dada a utilidade da técnica como forma de preservação da segurança jurídica.

Entretanto, convém destacar a existência de precedentes em que se determinou a modulação em recursos extraordinários, perante o STF, a exemplo do RE 556.664 (neste caso, aliás, em repercussão geral, em julgamento conjunto com outros processos), sendo também relevante registrar que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) também adotou a mesma postura, conforme se depreende do julgamento proferido no REsp 654.446 (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp 654.446-AL. Segunda Turma. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasilia, 04 dez 2007).

Nesse julgamento, a propósito, o tribunal, acolhendo voto do relator, ministro Herman Benjamin, justificou a utilização da técnica de modulação dos efeitos na necessidade de observância dos princípios da segurança jurídica e da confiança legítima, assim como

[2] *O princípio da confiança legítima atende à noção de necessidade de estabilização de certas relações jurídicas, porém sob a ótica de situações concretas dos particulares, visando á proteção de interesses subjetivos (DUPUIS; GUÉDON; CHRÉTIEN, 2002).*

a constatação da presença de uma "sombra de juridicidade" que justificava uma resposta diferenciada para o caso específico e também para um contexto de relações jurídicas básicas que se formaram em semelhança àquela, referente à vigência ou não do crédito-prêmio de exportações do imposto sobre produtos industrializados (IPI), prescrito no Decreto-Lei nº 461/69.

A construção feita no voto do relator é formidável. Inicialmente, define os princípios da segurança jurídica e da confiança legítima, para em seguida apresentar a "sombra de juridicidade" como "uma situação de juridicidade anterior, originada na lei", que se projeta no ordenamento, "como eco capaz de produzir efeitos jurídicos válidos, não obstante a revogação do texto legal que lhe deu causa". Em outras palavras, por força da interferência hermenêutica de outras fontes do direito, haveria "extensão horizontal e geográfica do manto da juridicidade, para além das fronteiras do espaço de vigência desenhado pela lei de origem. É, portanto, um critério espaço-temporal".

Assim, como "sombra de juridicidade" se entende a desconsideração da vigência formal de uma regra por força da incidência de outras fontes jurídicas complementares à lei que permitem a justificação da validade daquela mesma regra. No caso da modulação dos efeitos, segundo o STJ, decorre da irradiação dos efeitos do princípio da segurança jurídica (assim como do princípio da confiança legítima), a justificar a extensão temporal da validade da norma jurídica.

O precedente da Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais do Rio Grande do Norte, a par de também invocar o princípio da segurança jurídica, tal qual o do STJ, assemelha-se ainda mais àquele da jurisdição administrativa francesa, porque também promovia a modulação por motivo de modificação da jurisprudência em matéria processual. O órgão jurisdicional ponderou – e o fez com correção – o impacto negativo da aplicação imediata da decisão aos recursos já interpostos, pelos naturais prejuízos que adviriam às partes que exerceram o direito sob a forma anteriormente admitida (segurança jurídica e confiança legítima). Por isso, aplicou o princípio e não aplicou a tese processual ao recurso então apreciado, desde logo decidindo por fazê-lo apenas para os recursos interpostos quinze dias depois da publicação.

Embora parecendo ser a decisão mais acertada, é certo que várias objeções poderiam ser opostas quanto à viabilidade de se promover a modulação por um colegiado (ou mesmo por juízo monocrático) fora das hipóteses previstas expressamente em lei. Outra objeção poderia ocorrer no plano da validade da norma jurídica, já que seria aparentemente inconciliável que se considerasse a invalidade da norma e, ainda assim, se lhe determinasse a aplicação. Por fim, já que se prevê apenas a modulação para o controle concentrado de constitucionalidade, certamente haveria quem sustentasse a inviabilidade de uma técnica do controle concentrado ser de imediato aplicada no difuso.

Para superar a primeira objeção, não se pode perder de vista que, antes de um princípio constitucional (implícito), a segurança jurídica é princípio geral de direito e, por isso, pode oferecer subsídios hermenêuticos no âmbito do exame de juridicidade no plano da mera legalidade.

É indiscutível que o sistema jurídico brasileiro tem seu suporte filosófico no positivismo normativista, no qual a lei constitui a fonte primária de normas. Do ponto de vista político, isso reflete a afirmação da competência do Legislativo como instância também primária de elaboração legislativa. Sob o ângulo jurídico, implica que a lei deve ser a fonte prestigiada quando se trata de produção de normas individuais e concretas, como o são as decisões judiciais.

No entanto, o caráter normativista não significa a anulação da capacidade interpretativa do juiz na produção de normas, como se a atuação deste fosse puramente exegética (observada

aí com rigor a terminologia filosófica), como se a interpretação e produção da norma se exaurissem na pura apreensão sensorial do enunciado normativo. Aliás, o próprio Kelsen fazia questão de comparar a norma jurídica a uma moldura, em cujo interior concentrava toda a atividade interpretativa. Não há dúvida de que, como forma de prevalecer a legitimidade política da instância primária de produção de normas, deve prevalecer na atuação judicial a lógica do *all or nothing*, mas também é assente que isso não exclui a função criadora do juiz no momento da interpretação normativa.

Dworkin (2002) apresenta de forma bastante interessante a importância da atuação do juiz nos casos difíceis, enfatizando a capacidade, sabedoria, paciência, sagacidade e sobre-humanidade do Juiz Hércules. Para Dworkin é a lógica do *all or nothing* que prevalece para os casos fáceis, mas há circunstâncias, os casos difíceis, em que a definitividade da regra não exaure a complexidade do fato, exigindo-se do juiz uma atitude muito mais pró-ativa na construção da norma particular.

Essa atitude do juiz legitima-se interiormente pelo caráter extraordinário das circunstâncias e exteriormente pela densidade da justificação. Assim, ainda que diante da primariedade da regra, a respectiva definitividade pode ser afastada em casos excepcionais, desde que o juiz enfrente de forma fundamentada, através de critérios interpretativos próprios, a respectiva necessidade.

Sob essa lógica hermenêutica, o princípio da segurança jurídica também pode oferecer subsídios para a superação da definitividade de uma regra legal, mesmo que na ótica temporal, no campo da vigência. Dentro do esquema formal de aplicação da lei, a vigência é critério determinante quanto ao aspecto temporal de validade. Assim, na modulação de efeitos, afasta-se a definitividade no que diz respeito ao aspecto temporal, sob a densidade normativa do princípio da segurança jurídica.

O mesmo fundamento se presta a afastar a segunda objeção. Como princípio jurídico, constitucional ou geral de direito, a segurança jurídica é norma jurídica válida, a ser considerada, via moldura interpretativa, no processo de positivação do direito, o que possibilita sua consideração na expedição de normas mais particulares. No caso do direito brasileiro, a Constituição Federal de 1988 ofereceu espaço para uma novidade que já constitui prática bem antiga na Europa: a aplicação dos princípios como direito forte (terminologia de Rodolfo Vigo). Assim, os princípios têm força normativa própria e, desse modo, podem conferir validade a determinada produção normativa.

Para os normativistas, a ordem jurídica se estrutura sob o conceito de validade, que pressupõe a própria existência do elemento essencial do sistema: a norma jurídica. Segundo Kelsen (1986):

> *Para valer, uma norma precisa ser estabelecida. Se ela não é estabelecida, não vale; e somente se ela é estabelecida, é que vale; se ela não vale, o estabelecido não é norma. Pois a validade da norma é – como já observado – sua específica existência. Não a existência de um fato do ser, mas a existência, i. e., a existência de um sentido (ou do conteúdo do sentido), do sentido de um fato, do real ato de estabelecimento. A existência de um sentido constitui uma existência "ideal", e não "real". Que uma norma prescreve uma certa conduta válida, significa que tal norma existe. Uma norma "entra em validade", quer dizer: entra em sua respectiva existência, começa a valer. Uma norma "sai de validade", quer dizer: sai de existência, cessa de valer.*

O normativismo trabalha com a ideia de operatividade da norma no plano ideal do dever-ser, portanto a partir de signos deônticos. A existência da norma somente faz sentido se estiver apta a surtir efeitos válidos no sistema jurídico. Assim, sua existência nesse plano ideal depende de sua inserção válida, sob pena de se reputar *ultra vires* (ou *beyond the powers*, como se diz no direito anglo-saxão); essa inserção válida, por sua vez, é qualificada por conceitos como autoridade (Kelsen), reconhecimento (Hart), entre outrosNo modelo de origem romano-germânica da *civil law*, o perfil constitucional rígido findou por fazer prevalecer o conceito de autoridade para conferir validade à norma em seu ingresso no sistema. Essa autoridade é dita autoridade do próprio sistema, já que, como o sistema jurídico se pretende único, coerente e completo, é ele próprio que deve oferecer suporte de validade no processo de positivação.

Assim, segundo Bobbio (2005), a validade da norma pode ser verificada a partir de três operações:

> I-) averiguação da legitimidade da autoridade (aqui concebida numa acepção mais restrita) da qual emanada;
> II-) averiguar se não foi ab-rogada, observados os critérios de soluções de antinomias aparentes;
> III-) averiguar se não é incompatível com outras normas do sistema, observando-se sobretudo a hierarquia estabelecida pelo próprio sistema.

Se o exame da validade da norma não ultrapassar as três operações de Bobbio, ela não é válida no sistema; e se não conseguiu ultrapassar essas operações desde a origem, ela sequer ingressou no sistema, pelo que deve ser reputada *ultra vires* e jamais produzirá efeitos válidos.

Convém ainda destacar que o conceito de validade não se limita à norma geral e abstrata, à lei em sentido latíssimo. O sistema jurídico se expressa de forma dinâmica, num processo de autorreprodução que propicia a construção de normas mais concretas e mais individualizadas a incidir sobre situações mais particulares. Por isso, uma sentença judicial não deixa de consistir em norma no âmbito desse sistema, com validade assegurada por ele próprio. Até por isso, mesmo no direito privado se trabalha com o conceito de validade para o negócio jurídico, consistindo esta, segundo Antônio Junqueira de Azevedo, na "qualidade que o negócio jurídico deve ter ao entrar no mundo jurídico" (2000).

Assim, diante da complexidade dessa construção sistêmica, é muito possível que uma norma particular, expressa numa sentença judicial, trate os aspectos temporais de validade (vigência) de uma relação jurídica diferentemente da regra legal, geral e abstrata, que aparentemente lhe confere suporte. É que o processo de produção normativa através da interpretação, como dito, não leva em conta apenas a definitividade da regra, senão todo um sistema com conteúdos semânticos aparentemente desarticulados, porém racionalizados através do próprio processo interpretativo.

No tocante à última objeção, talvez a menos consistente, é importante salientar que o juiz brasileiro exerce permanente controle de constitucionalidade, o que lhe permite a ponderação contínua de princípios na aplicação da lei, ainda que para condicionar sua eficácia. De outra parte, não existe diferença intrínseca na jurisdição constitucional pelo simples fato de ser exercida de forma concentrada ou difusa, constatação que, aliás, tem sido uma tendência da jurisprudência do STF no momento em que passa a abstrativizar o controle difuso. Aliás, o próprio STF, como reportado antes, já tem precedentes em que modulou efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle difuso, como no RE 556.664.

Desse modo, é possível afirmar que o princípio da segurança jurídica consiste em necessário fator ponderativo do juiz brasileiro na produção de normas particulares, condicionante da eficácia da norma geral e abstrata. Haja vista o cada vez mais reconhecido poder criativo da jurisprudência, referido pelo Vice-Presidente do Conselho de Estado no *Communiqué de Presse*, esse fator ponderativo deve sempre levar em conta o impacto de uma mudança profunda de posicionamento, que surpreenda os particulares e os atinja severamente. A não-surpresa é o objetivo da irretroatividade da norma como regra.

4. CONCLUSÃO

Sob essas premissas, é possível afirmar que o juiz brasileiro, mais ainda do que o membro do Conselho de Estado francês, pode e deve modular a eficácia de decisão modificativa de jurisprudência, dentro da própria atividade interpretativa pressuposta da afirmação de normas particulares através das decisões judiciais. O exemplo da Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais do Rio Grande do Norte – tal como outros na jurisprudência brasileira – não descurou de avaliar as consequências materiais dos efeitos das decisões, o que constitui imperativo da complexidade cada vez mais crescente das relações sociais.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BARILÀ, Enzo; CAPUTO, Carla. *La tutela della privacy nella pubblica amministrazione*. Milão: Giuffrè Editore, 2000.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. 3 ed. Bauru: Edipro, 2005.

CHEVALLIER, Jacques. *Science administrative*. 2 ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1994.

CUESTA, Rafael Entrena. *Curso de Derecho Administrativo*. 13 ed. Madrid: Tecnos, 1999.

DUPUIS, Georges; GUÉDON, Marie-José; CHRÉTIEN, Patrice. *Droit Administratif*. 8 ed. Paris: Dalloz, 2002.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. 11 ed. Madrid: Civitas Ediciones, 2002. v. 1.

GALLI, Rocco; GALLI, Domitilla. *Corso di Diritto Administrativo*. 3 ed. Pádua: CEDAM, 2001.

HART, Herbert. *Conceito de Direito*. 5 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2007.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1986.

PASTOR, Juan Alfonso Santamaría. *Principios de Derecho Administrativo*. 3 ed. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2002. v 2.

A INJUSTIÇA AMBIENTAL COMO DESAFIO AO DIREITO: O PROBLEMA DA DISTRIBUIÇÃO DESIGUAL DOS RISCOS E DANOS ECOLÓGICOS NO ESPAÇO SOCIAL

Talden Farias
Advogado e professor da Universidade Federal de Campina Grande. Bacharel em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual da Paraíba. Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba. Doutorando em Recursos Naturais pela Universidade Federal de Campina Grande. Membro da Câmara Técnica de Assuntos Jurídicos do Conselho Nacional do Meio Ambiente.

Luciano José Alvarenga
Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Mestre em Ciências Naturais pela Universidade Federal de Ouro Preto. Analista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

RESUMO: *Analisa-se o tema da distribuição desigual de riscos e danos ambientais nos diversos tipos de ambientes ocupados pelo homem, no contexto da atual crise ambiental e urbana, considerando-se os diferentes modos pelos quais diferentes grupos se apropriam dos recursos e serviços ambientais. Nesse contexto, apresentam-se fundamentos éticos e jurídicos para o enfrentamento dessa distribuição injusta.*

PALAVRAS-CHAVE: *Direito Ambiental. Justiça Ambiental. Espaço Social. Sociedade de Risco. Risco Ecológico.*

SUMÁRIO: *Introdução: 1. Sociedade de risco e formas de injustiça ambiental; 2. Riscos e danos socioecológicos no contexto da crise ambiental; 3. Injustiça social e discriminação ambiental; 4. O acesso equitativo ao meio ambiente equilibrado; 5. Conclusões; Referências.*

INTRODUÇÃO

A maior parte dos trabalhos acadêmicos na área jurídica dedica-se a descrever ou comentar dispositivos legais. Todavia, é crescente o número de estudiosos do Direito a tomarem a *efetividade* das normas jurídicas como tema de suas investigações. Luís Roberto Barroso dirá que esse tema "traduz a mais notável preocupação do constitucionalismo dos últimos tempos"[1]. Também no âmbito do Direito Ambiental, a questão tem grande relevância, face ao abismo entre os textos normativos afetos à proteção de bens e ambientes de valor natural, urbanístico e histórico-cultural e a realidade social. Como observa Ricardo Carneiro:

[1] *BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 247.*

> *conquanto tenhamos uma legislação ambiental formalmente bem estruturada, com padrões de qualidade rigorosos e restritivos, muitos dos quais equiparáveis aos adotados pelos países mais avançados do mundo em termos de implementação de critérios de conservação do meio ambiente, sofremos graves problemas de efetivação do arcabouço legal vigente*[2].

Tais problemas resultam, em razoável medida, do positivismo e do formalismo jurídico, que isolam a Ciência Jurídica, como observou Michel Miaille[3], do cenário econômico, político e cultural em que ela deve atuar. O Direito Ambiental deve estar em compasso com as necessidades e demandas de *transformação da realidade*[4], já que o seu objetivo precípuo é defender o meio ambiente e a qualidade de vida da coletividade, num panorama de crise social e ambiental[5].

Por certo, os processos econômicos, políticos e culturais que resultaram na formação da sociedade de risco geraram benefícios para a humanidade. Melhorias dos serviços de promoção da saúde, dos transportes e das telecomunicações são alguns desses benefícios. No entanto, em sentido contraposto, os aludidos processos trouxeram implicações negativas, como a degradação dos recursos naturais, a quebra da capacidade de suporte dos ecossistemas, a disseminação de doenças e a produção de riscos ecológicos em escala local, regional e global. Nesse contexto de ambiguidade, verifica-se que os efeitos negativos das estratégias predominantes de desenvolvimento humano não afetam as comunidades do mesmo modo e com a mesma intensidade. Relacionando acesso à riqueza e susceptibilidade aos riscos ou impactos ambientais negativos, nota-se uma proporção inversa entre atores e grupos que têm acesso aos bens econômicos, originados com base na apropriação direta ou indireta dos recursos naturais, e as comunidades com menor expressão econômica.

Atores e grupos econômicos que mais se apropriam da riqueza extraem benefícios dos bens e serviços ambientais e apresentam menor susceptibilidade aos riscos e impactos negativos da exploração dos recursos naturais; de outro lado, na periferia da distribuição da riqueza, as comunidades que não têm acesso efetivo ao meio ambiente equilibrado e salutar sofrem as consequências negativas da exploração de recursos levada a efeito por aqueles atores e grupos.

Analisa-se no presente trabalho a iniquidade na repartição do acesso material ao direito ao meio ambiente equilibrado, relacionando-a aos diferentes modos pelos quais diferentes grupos se apropriam dos recursos naturais. Nessa linha de investigação, levantam-se as seguintes questões-chave: (a) A ordem constitucional brasileira reconhece o direito à distribuição socioespacial equitativa dos benefícios decorrentes da exploração dos recursos naturais?; (b) De que forma a imposição dos impactos ambientais negativos às comunidades social e politicamente periféricas contraria

---

[2] *CARNEIRO, Ricardo. Direito Ambiental: uma abordagem econômica. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 5.*

[3] *Cf. MIAILLE, Michel. Introdução crítica ao Direito. 3. ed. Lisboa: Estampa, 2005.*

[4] *Cf. BENJAMIN, Antônio Herman V. O estado teatral e a implementação do direito ambiental. In: 7º Congresso Internacional de Direito Ambiental, 2003, São Paulo. Anais..., v. 1. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2003, p. 335-366.*

[5] *BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). Direito constitucional ambiental brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 67.*

o princípio atinente à gestão democrática do meio ambiente?; (c) A caracterização da crise ambiental como uma situação-problema atinente aos limites hidrológicos, atmosféricos, biológicos, geológicos e ecossistêmicos não seria uma forma de ocultar a apropriação desigual e discriminatória dos recursos naturais por atores e grupos sociais economicamente privilegiados?

1. SOCIEDADE DE RISCO E FORMAS DE INJUSTIÇA AMBIENTAL

A Revolução Industrial acirrou os impactos negativos das condutas humanas sobre os diversos tipos de ambientes da Terra. Os efeitos deletérios do processo de industrialização se tornaram mais perceptíveis ao final da década de 1980, com a intensificação do fenômeno da globalização, que veio a modificar amplamente os sistemas produtivos e os hábitos de consumo. A industrialização e o consumismo que a retroalimenta geraram e continuam gerando muitas e significativas consequências sobre a Terra, sendo evidentes e inquestionáveis os sinais de uma *crise ambiental*. Crise essa que coloca a humanidade diante da seguinte questão: como promover o desenvolvimento sem gerar danos irreversíveis e irreparáveis em bens e ambientes de valor natural, urbanístico e/ou histórico cultural?

Não raramente, a literatura científica se refere a essa crise como algo que implica, em menor ou maior grau, escassez de recursos, bens e serviços ambientais (águas, solos férteis, clima agradável, etc.) e ocorrências frequentes de diversas catástrofes naturais, apontadas como efeitos das intervenções do ser humano na natureza[6]. Fala-se dessa perspectiva de uma "sociedade de risco", expressão cunhada por Ulrich Beck para designar o estágio da modernidade em que os efeitos negativos da industrialização passam a representar uma ameaça planetária[7]. Para o pensador, trata-se de uma fase da sociedade industrial fortemente marcada pela imprevisibilidade dos fatos, pela complexidade dos riscos produzidos e pela incerteza científica diante deles.

Os riscos gerados pela industrialização e pelo desenvolvimento de novas tecnologias, difundidos no âmbito da sociedade capitalista, ameaçam a segurança e a qualidade de vida das comunidades. Por outro lado, num cenário de indeterminação geográfica e imprevisibilidade, os riscos apresentam um grau de complexidade a que o conhecimento científico tradicional, assente em pressupostos epistemológicos redutivos e fragmentários[8], não é capaz de fazer frente. Como observa Elizete Menega[9], aludindo às manifestações da sobredita crise ambiental no espaço urbano: "A crise atual desafia não apenas os limites postos ao enfrentamento da desordem concreta do mundo, mas, igualmente, os limites das formas de conhecimento e representação deste mundo". Nesse contexto, estudiosos como Anthony Giddens[10] apontam o risco global como o maior problema social na contemporaneidade.

---

[6] *LEITE, José Rubens Morato. Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 21.*

[7] *BECK, Ulrich. A Reinvenção da Política. In: GIDDENS, Anthony; BECK, Ulrich; LASH, Scott. Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna. São Paulo: Unesp, 1997, p. 17.*

[8] *Cf. SANTOS, Boaventura de Sousa. Um discurso sobre as ciências. 12. ed. Porto: Afrontamento, 2001; LEFF, Enrique. Epistemologia ambiental. Tradução Sandra Valenzuela; revisão técnica Paulo Freire Vieira. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2002.*

[9] *MENEGA, Elizete. Crise urbana na atualidade: indagações a partir do fenômeno da concentração espacial dos pobres em assentamentos ilegais. Le Monde Diplomatique (Brasil), Cad. da América Latina XI, jul. 2009.*

[10] *GIDDENS, Anthony. Un mundo desbocado: los efectos de la globalización en nuestras vidas. Madrid: Taurus, 2000, p. 30.*

De modo particular, os riscos ecológicos, por seus traços característicos – indeterminação espaço-temporal e imenso potencial catastrófico[11] – demandam atenção especial de atores sociais, governamentais e de cientistas. Não por acaso, pensadores como José Rubens Morato Leite[12] advertem que a sociedade de risco, uma derivante do modelo de desenvolvimento econômico em curso, pode levar a um colapso socioecológico. As discussões atinentes aos riscos da energia nuclear, aos organismos geneticamente modificados e às mudanças climáticas ilustram bem esse panorama de incerteza.

Quando se discute o tema atinente aos riscos e danos ambientais, estão em jogo a qualidade de vida, a dignidade e a saúde do ser humano. Danos em ambientes de valor natural, urbanístico e/ou histórico-cultural são de difícil ou mesmo de impossível reparação, de maneira que a única forma de proteger *efetivamente* o patrimônio ambiental é evitando que tais danos ocorram. Por isso, Antônio Herman Benjamin[13] destaca que a prevenção, hoje traduzida num princípio do Direito Ambiental, é mais importante do que a reparação do dano ambiental, já que a dificuldade, improbabilidade ou mesmo impossibilidade de recuperação é um *fato*, em se tratando de danos ao meio ambiente.

Entretanto, em contraposição a essa lógica preventiva, prevalece atualmente a prática a que Ulrich Beck chamou de "irresponsabilidade organizada", conceito que designa a forma mediante a qual os sistemas políticos e econômicos dominantes conferem pouca relevância à problemática dos riscos[14]. Isso ocorre ora por meio da ocultação ou distorção das informações existentes, ora pela imposição discursiva dos riscos e danos ambientais como sendo inerentes às estratégias possíveis de desenvolvimento econômico e técnico-científico. Nesse domínio de discussões, deve-se chamar a atenção para o fato de que a irresponsabilidade organizada serve a interesses de determinados atores e grupos econômicos. A obtenção de licenças ou autorizações para empreendimentos ou atividades propostos por tais atores ou grupos ocorre, não raramente, devido ao poder econômico que eles têm. Esse poder econômico se articula, muitas vezes, com o próprio Estado, o qual, interessado nos empregos a serem gerados e/ou numa maior arrecadação tributária, acaba por conferir chancela administrativa e roupagem de legalidade a atividades poluidoras e degradantes[15]. O poder econômico captura, assim, o poder político. Lembrando Norberto Bobbio: "Na posse dos meios de produção reside uma enorme fonte de poder por parte daqueles que os possuem contra os que não os possuem, exatamente no sentido específico de determinar o comportamento alheio".[16]

Nessa conjuntura, pouca relevância se atribui ao fato de que os riscos e danos ambientais são distribuídos de maneira desigual no espaço geográfico. O próprio Ulrich Beck[17] menciona que certos grupos sociais, na periferia do sistema econômico e dos

---

[11] *FERREIRA, Heline Sivini. O risco ecológico e o princípio da precaução. In: FERREIRA, Heline Sivini; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). Estado de Direito Ambiental: tendências: aspectos constitucionais e diagnósticos. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 60.*

[12] *LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de risco e Estado. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). Direito constitucional ambiental brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 132.*

[13] *BENJAMIN, Antônio Herman. Função Socioambiental. In: BENJAMIN, Antônio Herman (coord.). Dano Ambiental: prevenção, reparação e repressão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 227.*

[14] *BECK, Ulrich. La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad. Barcelona: Paidós, 2001, p. 38-39.*

[15] *LIMA, Maria Luísa Milani de. As limitações do licenciamento ambiental como instrumento da gestão de riscos: considerações à luz da teoria social de Ulrich Beck. In: BENJAMIN, Antônio Herman (org.). Paisagem, natureza e direito. São Paulo: Imprensa Oficial, 2005, v. 2, p. 257.*

[16] *BOBBIO, Norberto. Estado, governo e sociedade: para uma Teoria Geral da Política. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 7. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999, p. 82.*

[17] *BECK, Ulrich. La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad. Barcelona: Paidós, 2001, p. 40-41.*

processos políticos, tendem a suportar com maior gravidade as consequências negativas da degradação ambiental. De modo redutivo, na maioria das vezes, os problemas ambientais são tratados como limites externos às demandas materiais do ser humano. Dessa perspectiva, toma-se como "natural" ou "inerente à realidade" o fato de atores e grupos detentores da riqueza econômica e do poder político apresentarem menor susceptibilidade socioespacial aos riscos e danos ambientais, em detrimento das comunidades que menos se beneficiam dos processos de exploração e de aproveitamento dos recursos naturais.

2. RISCO E DANO SOCIOECOLÓGICO NO CONTEXTO DA CRISE AMBIENTAL

Como já referido, o sistema econômico iniciado a partir da Revolução Industrial, em articulação com o viés marcadamente instrumental e tecnicista da ciência moderna[18], ampliou as condições para o conforto e bem-estar humano. Inovações nos setores de atendimento à saúde, comunicações, transportes, biotecnologia e outras muitas realizações da técnica humana são exemplos disso. Em contrapartida, esse mesmo sistema importou em muitos efeitos deletérios, tais como o esgotamento de recursos e serviços ambientais em algumas regiões, a geração excessiva de resíduos, a disseminação de doenças e a quebra da capacidade de suporte dos diversos tipos de ambientes existentes no planeta.

Aduz-se frequentemente que a crise ambiental se coloca diante do homem como uma questão atinente aos limites materiais dos sistemas naturais da Terra. Toma-se como alvo das preocupações científicas e políticas o veloz crescimento da população mundial, ao qual se contrapõem as possibilidades finitas de realização das suas demandas materiais. É o caso, p. ex., do relatório *Living Planet Report*, divulgado pelo WWF-Internacional[19]. Suas conclusões, aferidas a partir de critérios predominantemente quantitativos, acentuam o fato de as demandas materiais da humanidade terem ultrapassado em 20% a capacidade físico-ecológica da Terra. Análises que enfocam as *relações socioeconômicas* e os *conflitos sociais* subjacentes à problemática socioambiental são escassas, incompletas ou mal divulgadas.

Tal forma de abordagem é redutiva. Atribuir a responsabilidade por essa situação-problema à humanidade, como se essa apresentasse características sociais, culturais, econômicas e políticas homogêneas, significa vendar os olhos para os *diferentes modos* pelos quais *diferentes grupos* se beneficiam ou são prejudicados pela exploração dos recursos naturais. Como observa Guillermo Foladori[20], a crise ambiental não tem bases técnicas. Cuida-se, em realidade, de uma *crise social*, fazendo-se pertinente a análise das relações que classes e grupos heterogêneos mantêm uns com os outros, bem como dos efeitos concretos dessas relações nos diversos tipos de ambientes da Terra. Nas palavras do referido pensador:

> *De acordo com o controle que uma classe tenha sobre os meios de produção, tanto o acesso à natureza e sua utilização quanto a responsabilidade sobre os resultados imprevistos por seu uso serão diferentes. Na sociedade capitalista, o acesso à natureza*

[18] *Cf. CAPRA, Fritjof. O ponto de mutação. Tradução Álvaro Cabral. 25. ed. São Paulo: Cultrix, 2002.*

[19] *WWF-INTERNACIONAL. Living Planet Report. Disponível em: <http://www.wwf.org.br/informa/doc/livingplanet_2002.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2005.*

[20] *FOLADORI. Guillermo. Limites do desenvolvimento sustentável. São Paulo: Unicamp, 2001, p. 209.*

por quem representa a propriedade da terra e das fábricas e por quem somente dispõe de sua força de trabalho para viver não é o mesmo. As possibilidades de transformar o meio ambiente de modo planetário, como se colocam hoje em dia, estão nas mãos dos donos das fábricas que poluem a atmosfera, que fabricam automóveis movidos a energia fóssil, que produzem alimentos e matérias-primas utilizando insumos tóxicos e não biodegradáveis, que produzem armamento, que obtêm seus lucros com a geração de energia nuclear, que saqueiam os mares para incrementar seus lucros etc. A responsabilidade por essas ações não pode ser atribuída à espécie humana, que não dispõe de meios para produzir, que não representa o capital, mas tão-somente sobrevive da utilização de sua própria força e intelecto biológico[21].

A chamada "crise ambiental" apresenta, portanto, duas dimensões estruturais articuladas: a primeira, a que se pode denominar *geoecológica*, diz respeito às incompatibilidades entre os fins e as estratégias de desenvolvimento, por um lado, e a conservação de ambientes de valor natural, urbanístico e/ou histórico-cultural, por outro; a segunda, *sociológica*, concerne às diversas formas de exclusão social e geográfica em decorrência da apropriação da riqueza, dos bens e serviços ambientais por um grupo reduzido de atores econômicos. O pensador brasileiro Leonardo Boff apresenta uma visão compreensiva da articulação entre esses dois aspectos da crise ambiental, afirmando que:

A relação depredadora para com a natureza – injustiça ecológica –, afetando as águas, os solos, os ares, a base físico-química da vida, se transforma numa generalizada degradação da qualidade social de vida – a injustiça social –, penalizando principalmente os mais fracos e os pobres. Estes se vêem condenados a morar em locais de risco, a servir-se de águas contaminadas, a respirar ares infectados de poluição e a viver sob relações sociais altamente tensas devido à pobreza e à exploração.[22]

No âmbito da cultura ocidental, é pertinente afirmar que a distribuição iníqua de riscos e danos ambientais no espaço social, não raramente baseada em diferenças atinentes à cor da pele, crença religiosa ou condição econômica, é uma decorrência ético-epistemológica do "processo de anulação do *outro* em sua alteridade", a que se refere José Geraldo Estevam[23]. De acordo com esse estudioso, que baseia suas conclusões nas obras de pensadores como Henrique Cláudio de Lima Vaz, Joel Birman e Emmanuel Lévinas, a centralidade da razão na busca pela "verdade do ser", personificada num *eu logocêntrico*, atingiu seu ápice numa confirmação da primazia desse *eu*. A principal consequência dessa forma de autocentrismo na contemporaneidade consiste na anulação sistemática do outro, que, "relegado ao ostracismo e usurpado de sua dignidade, não terá reconhecida

---

[21] *FOLADORI. Guillermo. Limites do desenvolvimento sustentável. São Paulo: Unicamp, 2001, p. 207.*

[22] *BOFF, Leonardo. Ética & Eco-espiritualidade. Campinas: Verus, 2003, p. 49.*

[23] *ESTEVAM, José Geraldo. O reconhecimento da alteridade como possibilidade de construção de um novo paradigma na cultura ocidental em Joel Birman e Emmanuel Lévinas. Horizonte, Belo Horizonte, v. 6, n. 12, p. 169-179, jun. 2008, p. 171.*

sua alteridade". Nas palavras de Estevam:

> *O outro é usado e descartado no mercado de trabalho, na indústria do sexo, nos meios políticos, nas ruas, em casa diante da televisão ou da internet, por não poder consumir os produtos que lhe são oferecidos. [...] Nesse caso, o outro não cumpre mais nem o papel de coadjuvante na trama social, quando muito é usado literalmente como figurante. Ou seja, a violência não está apenas em eliminar o outro pela morte ou exclusão, mas, principalmente, em usá-lo como objeto, sem a dignidade própria de sua condição humana*[24].

Essa discussão torna imperativa uma *releitura* da noção frequentemente difundida de desenvolvimento sustentável: *a grande preocupação com as necessidades das gerações futuras não pode colocar em segundo plano o debate a respeito da realização equitativa das necessidades das gerações atuais*. Conforme Horacio Machado, professor de Sociologia e Epistemologia das Ciências Sociais da Universidade Nacional de Catamarca e pesquisador do Conselho Latino-Americano de Ciências Sociais (Clacso), citado por Carina Ambrogi e Ximena Cabral, o conceito de "desenvolvimento sustentável" utilizado pelos atores político-econômicos dominantes acaba sendo uma forma de "neutralizar as críticas ao paradigma produtivista em crise". Nas palavras do referido professor:

> *Em nome do desenvolvimento segue-se impulsionando modelos de produção e de consumo claramente não sustentáveis nem generalizáveis. E que geram uma massa de excluídos de alimentos básicos e de deslocados ambientais, com o simples objetivo de satisfazer os consumos energéticos de uma porção cada vez mais reduzida e seleta da população mundial*[25].

Nesse contexto, seria contra-senso e hipocrisia pretender garantir equidade intergeracional de acesso aos recursos naturais, ignorando-se a necessidade da equidade intrageracional para o acesso aos mesmos recursos. Deve-se dedicar atenção, assim, à relação inversamente proporcional entre acessibilidade aos bens e serviços derivados da utilização direta ou indireta dos recursos naturais e a susceptibilidade aos efeitos adversos dessa utilização. Por um lado, atores e grupos sociais, detentores dos meios de produção, beneficiam-se da exploração desses recursos; de outro, comunidades periferias suportam os riscos e impactos negativos dessa exploração. A relação inversamente proporcional também é verificável do ponto de vista quantitativo, o que caracteriza algo semelhante a um *apartheid* ambiental. De um lado, situa-se uma pequena parcela da sociedade, a extrair benefícios materiais do ambiente, por deter a propriedade dos recursos naturais e por poder usufruir dos produtos e serviços deles decorrentes; do outro, uma grande parcela da população que, além de não conseguir tal acesso, é obrigada, na prática, a arcar com os impactos ambientais negativos gerados pela primeira. Embora os riscos e danos

---

[24] *ESTEVAM, José Geraldo. O reconhecimento da alteridade como possibilidade de construção de um novo paradigma na cultura ocidental em Joel Birman e Emmanuel Lévinas. Horizonte, Belo Horizonte, v. 6, n. 12, p. 169-179, jun. 2008, p. 173-174.*

[25] *AMBROGI, Carina; CABRAL, Ximena. A monocultura avança sobre a floresta. Le Monde Diplomatique (Brasil), Cad. da América Latina XI, jul. 2009, p. 12.*

ambientais sejam extensíveis a todos, em escala global, como observara Ulrich Beck, eles se distribuem de modo desigual no espaço geográfico, atingindo, com maior gravidade, as comunidades ditas periféricas por suas características econômicos, étnicas e culturais. Deriva da percepção desse fenômeno a formulação do conceito de *injustiça ambiental*, que tem como sinônimas expressões como "iniquidade geográfica" ou "segregação socioespacial" Em linhas gerais, tais expressões designam:

> *o mecanismo pelo qual sociedades desiguais, do ponto de vista econômico e social, destinam a maior carga dos danos ambientais do desenvolvimento às populações de baixa renda, aos grupos sociais discriminados, aos povos étnicos tradicionais, aos bairros marginalizados e vulneráveis*[26].

Elizete Menega[27] alude claramente ao referido fenômeno, em ensaio dedicado aos traços marcantes da crise urbana contemporânea. De acordo com a estudiosa:

> *Observada a partir da nossa condição periférica no mundo ocidental, esta crise diz respeito ao esgotamento do modelo de relações socialmente estruturadas, no espaço e no tempo, entre homem e natureza, entre campo e cidade, entre público e privado, entre proprietários e sem-propriedade, entre civilização e barbárie. Podemos acrescentar que a crise urbana alcança de maneira muito diferente as distintas classes sociais: a classe dos proprietários e a classe dos sem-propriedade. A crise urbana impõe, para os pobres urbanos, a experiência terrível de viver como moradores indesejáveis, concentrados em propriedades ilegalmente ocupadas e permanentemente expostos à expropriação – ou à remoção, para empregar um termo técnico oriundo do campo do planejamento urbano.*

Na base das formas de segregação territorial encontra-se o movimento da gênese e estruturação dos modos de produção e apropriação de bens e serviços que conferem singularidade à civilização ocidental moderna: "Ao recriar a propriedade privada, o proprietário moderno criou o seu *outro*, o *sem-propriedade*".[28]

A despeito da relevância do tema, são escassos os estudos de casos e as análises teóricas a seu respeito no domínio da Ciência do Direito. Obras doutrinárias também dedicam poucas linhas ao problema. A maior parte das reflexões sobre Direito Ambiental enfoca o tema "danos ambientais", ora no que diz respeito à prevenção desses danos, ora no que concerne à sua reparação. Mas a variável socioespacial e a situação-problema da iniquidade geográfica não são levadas em consideração no capítulo dedicado às características do dano ambiental. A doutrina corrente resume essas características às seguintes: (1) indeterminação das vítimas, (2) sinergismo (efeito sinérgico), (3) difícil ou

---

[26] *ACSELRAD, Henri; MELLO, Cecília Campello do Amaral; BEZERRA, Gustavo das Neves. O que é justiça ambiental. Rio de Janeiro: Garamond, 2009, p. 41.*

[27] *MENEGA, Elizete. Crise urbana na atualidade: indagações a partir do fenômeno da concentração espacial dos pobres em assentamentos ilegais. Le Monde Diplomatique (Brasil), Cad. da América Latina XI, jul. 2009.*

[28] *MENEGA, Elizete. Crise urbana na atualidade: indagações a partir do fenômeno da concentração espacial dos pobres em assentamentos ilegais. Le Monde Diplomatique (Brasil), Cad. da América Latina XI, jul. 2009.*

impossível reparação, (4) difícil ou impossível valoração econômica, (5) imprevisibilidade das consequências, (6) ilimitação espacial e (7) ilimitação temporal. Poucos estudos aludem à *injusta distribuição no espaço geográfico* como um traço característico dos riscos e danos ambientais na contemporaneidade.

A concentração dos benefícios da exploração do meio ambiente em atores e grupos econômicos privilegiados, bem como da capacidade de decidir sobre a transferência social dos custos dessa exploração, faz com que a pressão sobre os recursos naturais continue desmedida e inconsequente[29]. A esse fato se deve contrapor a ideia – iluminada por uma *ética de alteridade* – de que a efetivação do direito ao meio ambiente equilibrado se articula com o *combate à exclusão social*, já que essa é também uma forma de exclusão ambiental. Dito de outro modo, como pontificam José Rubens Morato Leite & Patrick de Araújo Ayala[30], trata-se de "atribuir juridicidade ao valor ético da alteridade, objetivando a proteção de uma pretensão universal de solidariedade social". Ou seja, de conferir sentido jurídico a formas de conduta em que a pessoa saia da órbita de si mesma, tornando-se sensível às necessidades do *outro*[31].

Por outro lado, o acesso restrito ao meio ambiente equilibrado, imposto às comunidades periféricas, diminui as condições de participação cidadã na elaboração e implementação das políticas públicas afetas à conservação das bases naturais e culturais da existência humana individual e coletiva. O cidadão que não tem suas necessidades básicas atendidas (p. ex., nutrição, moradia, saúde, educação e lazer) dificilmente se sentirá motivado a participar dos debates relativos à efetivação do direito a um ambiente digno. Ao discutir a relação entre necessidades humanas e direitos, Miracy Gustin, Coordenadora do Programa Pólos de Cidadania, da Universidade Federal de Minas Gerais, observa que:

> *a realização ou não realização das necessidades humanas afetará positiva ou negativamente a plenitude da pessoa ou das coletividades em sua busca permanente de um ser humano emancipado e auto-realizado. [...] As necessidades, por todas essas razões, concedem aos indivíduos argumentos sobre a justiça e a justeza dos fatos e das relações; portanto, sobre os fundamentos de sua legitimidade*[32].

Nessas condições, os instrumentos de participação cidadã previstos na legislação não conseguem democratizar efetivamente a gestão ambiental, e muitas vezes acabam

---

[29] *ACSELRAD, Henri. Justiça ambiental – ação coletiva e estratégias argumentativas. In: ACSELRAD, Henri; PÁDUA, José Augusto de; HERCULANO, Selene (orgs). Justiça ambiental e cidadania. São Paulo: Relume Dumará & Fundação Ford, 2004, p. 32-33.*

[30] *LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. Direito Ambiental na sociedade de risco. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002, p. 83.*

[31] *Para Emmanuel Lévinas, o pensamento lógico-filosófico centrado no ser, que relega o outro ao esquecimento e do qual decorrem muitas formas de violência, deve ser contraposto por um modo de pensar e agir que toma a alteridade como princípio ético. Daí a premissa levinasiana de que a ética precede a ontologia. A ética de alteridade pontificada por Lévinas leva a uma experiência em que o eu sai da órbita de si mesmo. Como ensina Costa (2000, p. 214), "a ética para Lévinas, mais do que ética da alteridade, é uma ética da subjetividade sensível voltada para a alteridade". Voltada, portanto, para a não reprodução das várias formas de violência ou discriminação praticadas contra ou outro na contemporaneidade. Como sintetiza Estevam (2008, p. 178), "o que se espera do eu é apenas um pouco mais de sensibilidade para que o outro seja reconhecido em sua alteridade, numa inversão paradigmática difícil, mas possível".*

[32] *GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. Das necessidades humanas aos direitos: ensaio de Sociologia e Filosofia do Direito. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.*

por "legitimar" interesses restritos a determinados atores ou grupos econômicos. A participação cidadã continuará deficiente, se as comunidades periféricas continuarem tendo acesso restringido ao direito ao meio ambiente equilibrado.

3. INJUSTIÇA SOCIAL E DISCRIMINAÇÃO AMBIENTAL

A partir da polêmica gerada pela alocação de um aterro químico no Condado de Afton, de população eminentemente negra, na Carolina do Norte, Estados Unidos, o sociólogo Robert Bullard[33] cunhou a expressão "racismo ambiental". Pretendeu referir-se com ela ao direcionamento, intencional ou não, dos impactos ambientais negativos de atividades humanas para o entorno de áreas habitadas por comunidades socialmente segregadas, notadamente de negros.

O caso despertou a atenção de estudiosos e movimentos sociais para o fato de que, tanto no plano nacional, quanto no internacional, comunidades que não ocupam o centro do poder econômico e político – entre eles índios, ciganos, latinos e pobres – apresentam *maior susceptibilidade* à exposição aos riscos e aos efeitos negativos de processos de degradação ambiental. Com isso, tornou-se clara a visão de que, concretamente, o espaço geográfico reflete as *relações de poder* e os *conflitos sociais* travados na sociedade contemporânea[34].

Nesse contexto, o *Movimento por Justiça Ambiental* denuncia a alocação de riscos e degradações ambientais para o entorno de áreas habitadas por comunidades periféricas, e adverte que os malefícios oriundos do aproveitamento dos recursos naturais não devem ser suportados pelas comunidades menos favorecidas pelo processo econômico em curso. Tampouco pode haver discriminação ambiental fundada em etnia, cor da pele, crença religiosa ou condição socioeconômica. Não se conforma à ideia de justiça, com efeito, admitir que grupos sociais com pouca representatividade econômica e política suportem a maior parte dos ônus decorrentes do desenvolvimento, mormente ao se levar em consideração que esse desenvolvimento, como anteriormente referido, beneficia poucos e é realizado de forma imprevidente e irresponsável. A (in)justiça ambiental apresenta, sob essa óptica, uma *dimensão socioespacial*. Essa dimensão é traduzida pelo conceito de *justiça ambiental*, compreendida como o conjunto de princípios e práticas que:

- asseguram que nenhum grupo social, seja ele étnico, racial ou de classe, suporte uma parcela desproporcional das consequências ambientais negativas de operações econômicas, decisões de políticas e programas federais, estaduais, locais, assim como da ausência ou omissão de tais políticas;
- asseguram acesso justo e equitativo, direto e indireto, aos recursos ambientais do país;
- asseguram amplo acesso às informações relevantes sobre o uso dos recursos

[33] *BULLARD, Robert. Enfrentando o racismo ambiental no século XXI. In: ACSELRAD, Henri; PÁDUA, José Augusto de; HERCULANO, Selene (orgs.). Justiça ambiental e cidadania. São Paulo: Relume Dumará & Fundação Ford, 2004, p. 79.*

[34] *Como pondera Elizete Menega: "a análise dos conflitos em torno da propriedade do território tornou-se chave para a explicação da atual configuração da realidade social. Trata-se, pois, de diagnosticar a existência de disputas entre classes e frações de classes sociais, por um lugar na divisão territorial em propriedades e não, apenas, de disputas por um lugar na divisão social do trabalho". Cf. MENEGA, Elizete. Crise urbana na atualidade: indagações a partir do fenômeno da concentração espacial dos pobres em assentamentos ilegais. Le Monde Diplomatique (Brasil), Cad. da América Latina XI, jul. 2009.*

ambientais, a destinação de rejeitos e a localização de fontes de riscos ambientais, bem como processos democráticos e participativos na definição de políticas, planos, programas e projetos que lhes dizem respeito;
- favorecem a constituição de sujeitos coletivos de direitos, movimentos sociais e organizações populares para serem protagonistas na construção de modelos alternativos de desenvolvimento que assegurem democratização do acesso aos recursos ambientais e a sustentabilidade do seu uso[35].

Dadas as peculiaridades locais de cada país ou região, a relação entre as problemáticas ambiental e social apresentam feições diferentes. No Brasil, antes dos aspectos raciais ou étnicos, sobressai o *aspecto socioeconômico*: a distribuição de poder nas unidades de produção reflete a distribuição da riqueza, mas está inversamente relacionada à distribuição dos danos e dos riscos ambientais[36]. Em face dessa circunstância, outro termo adequado para designar o processo iníquo de apropriação dos benefícios e distribuição dos riscos e danos ambientais, no contexto da realidade brasileira, é "discriminação ambiental". Com efeito, estudos indicam que, no Brasil, os critérios econômico e social são predominantes para determinar a alocação dos riscos e danos ambientais.

Sendo inerente ao capitalismo classificar as pessoas conforme a posição socioeconômica de cada uma – pois a *riqueza* é o componente primário do *poder econômico* –, passa-se a considerar "natural" o fato de grupos sociais mais ricos morarem em locais confortáveis, enquanto os desprovidos de riqueza habitam regiões degradadas. As comunidades que sobrevivem em encostas de morro, beira dos rios, no entorno dos lixões, ao redor de fábricas poluentes ou em locais contaminados são, quase sempre, as mais pobres. Ademais, não por coincidência, essas comunidades são predominantemente formadas por afrodescendentes[37]. Na periferia das cidades, do processo econômico e do aproveitamento dos recursos naturais, elas ficam mais susceptíveis aos impactos negativos das várias formas de poluição (hídrica, atmosférica, do solo, da paisagem, etc.). Verifica-se, p. ex., uma correlação entre pobreza, discriminação ambiental e doenças associadas à poluição[38]. Nesse contexto, é pertinente a afirmação do teólogo Leonardo Boff de que "o ser mais ameaçado da natureza é o pobre"[39].

Se a pobreza é uma restrição ao gozo dos direitos sociais[40], a amplitude dessa restrição é ainda maior no que concerne ao direito ao meio ambiente equilibrado. Tristemente, a efetivação desse direito não passa de mera expectativa para grande parte da população. Esquece-se, ademais, do fato de que a positivação de um direito consiste tão-somente no primeiro passo para a transformação da realidade social –

---

35 ACSELRAD, Henri; MELLO, Cecília Campello do Amaral; BEZERRA, Gustavo das Neves. *O que é justiça ambiental*. Rio de Janeiro: Garamond, 2009, p. 41.

36 *GOULD, Kenneth A. Classe social, justiça ambiental e conflito político. In: ACSELRAD, Henri; PÁDUA, José Augusto de; HERCULANO, Selene (orgs). Justiça ambiental e cidadania. São Paulo: Relume Dumará & Fundação Ford, 2004, p. 71.*

37 *MENEGA, Elizete. Crise urbana na atualidade: indagações a partir do fenômeno da concentração espacial dos pobres em assentamentos ilegais. Le Monde Diplomatique (Brasil), Cad. da América Latina XI, Jul. 2009.*

38 *Cf. FIRPO, Marcelo. Saúde pública e (in)justiça ambiental. In: ACSELRAD, Henri; HERCULANO, Selene; PÁDUA, José Augusto (orgs.). Justiça ambiental e cidadania. Rio de Janeiro: Relume Dumará & Fundação Ford, 2004, p. 119-140.*

39 *BOFF, Leonardo. [Dignitas Terrae] Ecologia: grito da Terra, grito dos pobres. 2. ed. São Paulo: Ática, 1996, p. 15.*

40 *RABENHORST, Eduardo Ramalho. A pobreza no direito e a pobreza do direito. Revista Direito e Liberdade, Mossoró, v. 4, n. 1, 2006.*

objetivo fundamental, a propósito, da Constituição de 1988 (art. 3º). Sob esse prisma, o problema da efetividade do direito ao meio ambiente equilibrado tem lugar, também, na *arena política*, e não apenas na técnico-jurídica (Cademartori, 2006, p. 218-219)[41]. Na contemporaneidade, os debates sobre a pertinência da consagração desse direito hão de ceder espaço aos atinentes à sua implementação, pois tanto no Brasil como em diversos outros Estados-nação esse direito encontra o necessário respaldo normativo. Resta reconhecer que a sua efetivação depende da participação cidadã e do engajamento consistente, e não meramente *simbólico*, do Poder Público e do setor produtivo[42].

4. O ACESSO EQUITATIVO AO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO

Enquanto o meio ambiente não for tratado como bem de uso comum do povo, sendo gerido por todos e em prol de todos, o direito correlativo dificilmente será efetivo. Trata-se de um patrimônio comum do povo brasileiro, no plano nacional, e da humanidade, no plano internacional. A fruição desse patrimônio não pode ocorrer de modo a beneficiar um grupo em detrimento da coletividade.

Nessa linha, Paulo Affonso Leme Machado[43] defende que os recursos naturais (água, ar, solo, etc.) devem atender a demanda de todos os seres humanos, na medida de suas necessidades. O autor foi o primeiro doutrinador brasileiro a incluir o *acesso equitativo aos recursos naturais* entre os princípios do Direito Ambiental[44].

Alexandre Kiss[45] entende que o conceito de justiça ambiental tem como fundamentos a igualdade e a equidade, tendo em vista a realização da justiça em três diferentes aspectos: (1) para com as pessoas que vivem no presente, (2) em relação às gerações futuras e (3) entre as espécies vivas. Num primeiro momento, enfoca-se a ideia de justiça social à perspectiva do partilhamento equitativo dos recursos naturais; na sequência, essa ideia é reelaborada em atenção às necessidades das gerações futuras; apregoa-se, por fim, uma nova ética na relação entre homem e demais seres vivos. Para o autor, o acesso equitativo aos recursos naturais é o ponto de partida para a construção de um mundo verdadeiramente justo do ponto de vista socioambiental.

Na mesma linha, José Joaquim Gomes Canotilho[46] defende a ideia de um Estado de Justiça Ambiental, caracterizado pela vedação à distribuição não equitativa dos benefícios e malefícios do aproveitamento dos recursos naturais. Dentro desse panorama, ganha importância o princípio do acesso equitativo aos recursos naturais, segundo o qual

---

[41] *CADEMARTORI, Sérgio. Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista. 2. ed. Campinas: Millenium, 2006, p. 218-219.*

[42] *SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma reinvenção solidária e participativa do Estado. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes (orgs.). Sociedade e Estado em transformação. São Paulo/Brasília: UNESP/ENAP, 1999.*

[43] *MACHADO, Paulo Affonso Leme Machado. Direito Ambiental brasileiro. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 43-47.*

[44] *Na literatura jurídica atual, cf. também: FARIAS, Talden. Introdução ao Direito Ambiental. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 75-94.*

[45] *KISS, Alexandre. Justiça ambiental e religiões cristãs. In: KISHI, Sandra Akemi Shimada; SILVA, Solange Teles da; SOARES, Inês Virgínia Prado (orgs.). Desafios do Direito Ambiental no século XXI: estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme Machado. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 47-48.*

[46] *CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Privatismo, associacionismo e publicismo no Direito do Ambiente: ou o rio da minha terra e as incertezas do Direito Público. Ambiente e Consumo, Lisboa, Centro de Estudos Jurídicos, 1996, v. I, p. 156.*

os bens ambientais devem ser distribuídos de forma equânime entre os habitantes do planeta.

O Princípio 5 da Declaração Universal sobre o Meio Ambiente dispõe que: "Os recursos não renováveis do Globo devem ser explorados de tal modo que não haja risco de serem exauridos e que as vantagens extraídas de sua utilização sejam partilhadas a toda a humanidade". Já o Princípio 1 da Declaração do Rio de Janeiro sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento dispõe que: "Os seres humanos constituem o centro das preocupações relacionadas com o desenvolvimento sustentável. Têm direito a uma vida saudável e produtiva em harmonia com a natureza". O Princípio 3 determina, por sua vez, que: "O direito ao desenvolvimento deve ser exercido de modo a permitir que sejam atendidas equitativamente as necessidades de gerações presentes e futuras".

A Convenção para a Proteção e Utilização dos Cursos de Água Transfronteiriços e dos Lagos Internacionais, de Helsinque (1992), dispõe em suas disposições gerais que "os recursos hídricos são gerados de modo a responder às necessidades da geração atual sem comprometer a capacidade das gerações futuras de satisfazer suas próprias necessidades" (art. 5º, item 5, *c*).

A Convenção sobre Diversidade Biológica, ratificada por meio do Decreto 2.519/1998, estabelece que: "Cada Parte Contratante deve adotar medidas legislativas, administrativas ou políticas, conforme o caso e em conformidade com os arts. 16 e 19 e, quando necessário, mediante o mecanismo financeiro estabelecido pelos arts. 20 e 21, para compartilhar de forma justa e equitativa os resultados da pesquisa e do desenvolvimento de recursos genéticos e os benefícios derivados de sua utilização comercial e de outra natureza com a Parte Contratante provedora desses recursos. Essa partilha deve dar-se de comum acordo" (*cf.* item 15.7). O artigo 11 do Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos, assinado no dia 17 de novembro de 1988 em São Salvador, na República de Salvador, estabelece que: "Toda pessoa tem direito de viver em meio ambiente sadio e de beneficiar-se dos equipamentos coletivos essenciais".

Embora não se trate de um texto jurídico-normativo, a Carta da Terra também merece alusão por articular conservação ambiental e promoção de justiça social e econômica. Essa carta, cuja finalidade é a construção de um *ethos* mundial capaz de se antepor à degradação de sistemas socioecológicos e à perda da qualidade de vida no planeta, consagra dentre seus objetivos:

> - Erradicar a pobreza como um imperativo ético, social, econômico e ambiental.
> 10. Garantir que as atividades e instituições econômicas em todos os níveis promovam o desenvolvimento humano de forma equitativa e sustentável.
> - Afirmar a igualdade e a equidade de gênero como pré-requisitos para o desenvolvimento sustentável e assegurar o acesso universal à educação, ao cuidado da saúde e às oportunidades econômicas.
> - Apoiar, sem discriminação, os direitos de todas as pessoas a um ambiente natural e social, capaz de assegurar a dignidade humana, a saúde corporal e o bem-estar espiritual, dando especial atenção aos direitos dos povos indígenas e das minorias[47].

No âmbito do sistema jurídico-normativo brasileiro, pode-se afirmar que o art. 225, *caput*, da Constituição da República (1988) consagra o *princípio do acesso equitativo aos recursos naturais*, como reconhecera pioneiramente o jurista Paulo Affonso Leme

[47] *BOFF, Leonardo. Ética & Eco-espiritualidade. Campinas: Verus, 2003, p. 20.*

Machado. Com efeito, esse dispositivo classifica o meio ambiente como *bem de uso comum do povo*, essencial à sadia qualidade de vida de *todos*. Sendo assim, formas de apropriação dos recursos naturais baseadas na imposição dos riscos e danos ambientais às comunidades de menor expressão econômica, social e política não são compatíveis com o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado. Do mesmo modo, essas formas de apropriação violam o *princípio da isonomia*, consagrado pelo art. 5º, *caput*, da Constituição de 1988.

Neste marco, importa referir que o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado é um desdobramento de valores estruturantes do sistema jurídico-constitucional brasileiro. Dentre eles, o *direito à vida* (art. 5º, *caput*) e à conservação das bases que a sustentam. Trata-se de um desdobramento, a propósito, que recebe tratamento jurídico-normativo especial por representar "uma conquista prática pela conformação das atividades sociais, que devem garantir a manutenção do meio ambiente ecologicamente equilibrado, abster-se da sua deterioração, e construir a melhoria geral das condições de vida na sociedade", como ensina Cristiane Derani[48].

Adicionalmente, esse direito fundamental consiste numa expressão da *dignidade da pessoa humana*, um dos fundamentos da Constituição da República Federativa do Brasil (art. 1º, III). O que significa dizer que a ordem jurídica e republicana brasileira existe *para* promovê-la. A busca pela efetivação máxima, igualitária e extensiva da dignidade humana é, por certo, uma das razões da própria *existência* do direito brasileiro, conferindo sentido de aplicação a todas as normas, sejam gerais, sejam específicas, que constituem o sistema jurídico pátrio. Pode-se afirmar, portanto, que o texto constitucional de 1988 consagrou o direito de *todos* a um meio ambiente *dignificante*, isto é, capaz de efetivar a dignidade da pessoa humana em suas múltiplas e dinâmicas expressões[49]. Reconhece-se, sob essa óptica, que a promoção da dignidade humana é influenciada pelas condições físicas, biológicas, químicas e socioeconômicas em que os diversos grupos sociais vivem. Na concretização do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado, para as presentes e futuras gerações, as relações sociais devem mudar de configuração, a fim de que possam manifestar "a liberdade no seu aspecto mais profundo, a liberdade de existir dignamente"[50].

Merece destaque, igualmente, o art. 170 da Constituição de 1988, segundo o qual a ordem econômica tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. Dentre os princípios da atividade econômica, figuram a "defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação" e a "redução das desigualdades regionais e sociais" (incisos VI e VII, respectivamente). O texto constitucional reconhece que as relações econômicas têm força decisiva para a efetivação do direito a um ambiente digno e salutar. Por isso, a Constituição de 1988 estabelece que o exercício das liberdades econômicas é *limitado* pelo dever, conectado ao direito fundamental à vida, de manutenção – *isonomicamente* realizada (*cf.* art. 5º, *caput*) – das bases naturais e

---

[48] *DERANI, Cristiane. Meio ambiente ecologicamente equilibrado: direito fundamental e princípio da atividade econômica. In: FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. Temas de Direito Ambiental e Urbanístico. São Paulo: Instituto Brasileiro de Advocacia Pública, 1998, p. 97.*

[49] *ALVARENGA, Luciano José. O aspecto imaterial e a transindividualidade do direito a um meio ambiente dignificante como justificativas teóricas para o reconhecimento do dano ambiental coletivo extrapatrimonial. In: 11º Congresso Internacional de Direito Ambiental, 2007, São Paulo. Anais..., v. 2. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2007, p. 423-431.*

[50] *DERANI, Meio ambiente ecologicamente equilibrado: direito fundamental e princípio da atividade econômica. In: FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. Temas de Direito Ambiental e Urbanístico. São Paulo: Instituto Brasileiro de Advocacia Pública, 1998, p. 96.*

culturais essenciais à existência individual e coletiva (art. 170, VI).

É indispensável referir que todos esses preceitos, bem como o tema atinente à (in)justiça ambiental, devem ser compreendidos à luz da ideia-força de *transformação social*, positivada no art. 3º da Constituição de 1988 e que irradia seus efeitos sobre todo o sistema jurídico-normativo brasileiro. A distribuição iníqua de riscos e danos ambientais no espaço geográfico do País reproduz a lógica do *status quo*, na contramão do processo de transformação da realidade social a que aspira o texto constitucional. Com efeito, não se pode olvidar – em momento algum da reflexão e aplicação do direito pátrio – que são objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º): (1) construir uma sociedade livre, *justa* e solidária; (2) *erradicar a pobreza* e a *marginalização* e *reduzir as desigualdades sociais* e regionais; (3) promover o *bem de todos*, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e *quaisquer outras formas de discriminação*.

O princípio do acesso equitativo aos recursos naturais impõe uma *releitura* de alguns preceitos e instrumentos da legislação ambiental. Dentre eles os relativos à reparação de danos ambientais (*cf.* art. 225, §3º, da Constituição de 1988 e art. 14, §1º, da Lei Federal 6.938/1981). Paralelamente, recomenda uma ampliação de esforços sociais e institucionais para a implementação das regras segundo as quais as variáveis socioeconômicas e socioespaciais devem ser levadas em consideração na elaboração de Estudos de Impacto Ambiental (EIA) e na formação de decisões administrativas atinentes à concessão ou não de licenças ambientais. Neste marco, importa lembrar que a Resolução 01/1986, do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), inclui o diagnóstico do meio socioeconômico como requisito do EIA (art. 6º, I, *c*). Na composição desse diagnóstico, devem ser levados em consideração: "o uso e ocupação do solo, os usos da água e a sócio-economia, destacando os sítios e monumentos arqueológicos, históricos e culturais da comunidade, as relações de dependência entre a sociedade local, os recursos ambientais e a potencial utilização futura desses recursos". Além disso, a mesma resolução determina que o EIA deve conter a análise dos impactos ambientais do projeto e de suas alternativas, o que se resolve, na prática, com a "identificação, previsão da magnitude e interpretação da importância dos prováveis impactos relevantes, discriminando: os impactos positivos e negativos (benéficos e adversos), diretos e indiretos, imediatos e a médio e longo prazos, temporários e permanentes; seu grau de reversibilidade; suas propriedades cumulativas e sinérgicas; *a distribuição dos ônus e benefícios sociais*" (art. 6º, III). Portanto, os EIAs destinam-se a caracterizar não apenas as dimensões física, química, ecológica e geológica dos impactos ambientais, mas também a distribuição socioespacial desses impactos e os diferentes modos pelos quais eles afetam as diversas comunidades humanas. Não somente as autoridades administrativas que aplicam a legislação ambiental, mas também o Poder Judiciário, alcançado pela expressão "Poder Público" presente no art. 225, *caput*, da Constituição de 1988, deve atentar para essa questão ao analisar os casos que envolvem conflitos ou reparação de danos ambientais. Como enuncia o Princípio 2 da Carta de Princípios do Ministério Público e da Magistratura para o Meio Ambiente: "A expressão 'Poder Público', inserida no art. 225, *caput*, da Constituição Federal, inclui também o Poder Judiciário, cabendo, assim, ao Juiz garantir a correta utilização dos recursos naturais"[51].

De outro ângulo, o princípio do acesso equitativo aos recursos naturais lança suas luzes para uma *nova leitura* do princípio da participação cidadã na gestão ambiental. Evolui-se para a compreensão que essa participação não se resolve na garantia de instrumentos

[51] *ENCONTRO INTERESTADUAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DA MAGISTRATURA PARA O MEIO AMBIENTE, 2002, Araxá. Carta de Princípios do Ministério Público e da Magistratura para o Meio Ambiente. Disponível em: <http://www.mp.pr.gov.br/institucional/araxa.html>. Acesso em: 08 jan. 2008.*

judiciais, legislativos e administrativos (p. ex., proposição de ação civil pública ou ação popular, colaboração na elaboração de normas ambientais e participação em órgãos colegiados) para que cidadãos e outros atores sociais participem da formação de decisões atinentes a bens e ambientes de valor natural, urbanístico e/ou histórico-cultural. Passa-se a entender que ela concerne, também, à acessibilidade ao meio ambiente equilibrado por todos os cidadãos, sem distinção fundada em raça, cor, crença religiosa ou condição socioeconômica (*cf.* art. 225, *caput*, c/c art. 3º, III, da Constituição de 1988).

Como já referido, a Constituição brasileira de 1988 qualifica o meio ambiente equilibrado como "bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida" (art. 225, *caput*). A efetivação do direito fundamental correlativo requer, entrementes, que os debates atinentes à chamada crise ambiental e à sociedade de risco se desloquem para um *patamar epistemológico interdisciplinar*, passando a conciliar os enfoques econômico, sociológico, político e jurídico a partir de uma perspectiva *crítica* e *integrativa*. Resulta de uma visão simplificadora da realidade a afirmação de que a problemática ambiental deriva da contraposição entre crescentes demandas materiais da espécie humana, por um lado, e progressiva escassez de recursos e bens ambientais, por outro. Em realidade, essa visão redutiva contribui para manter a apropriação dos recursos naturais por parte dos atores e grupos sociais que detêm o poder econômico e político na contemporaneidade. Apenas reproduzir a assertiva de que os textos normativos consagram o direito de *todos* ao meio ambiente equilibrado e o acesso equitativo aos bens e serviços ambientais, mas não atentar para os conflitos socioespaciais subjacentes à aplicação da legislação implica, na prática, chancelar as desigualdades e injustiças existentes[52], na contramão aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. O tema do acesso efetivo ao direito ao meio ambiente equilibrado na sociedade de risco deve ser analisado, portanto, da perspectiva dos *conflitos sociais* subjacentes aos textos normativos, levando-se em conta a relação entre a susceptibilidade aos riscos e danos ambientais e as diferentes condições econômicas, étnicas, culturais, etc. dos diferentes atores e grupos sociais.

5. CONCLUSÕES

Embora o sistema jurídico brasileiro consagre em seu patamar constitucional o direito de *todos* ao meio ambiente equilibrado, bem de uso comum do povo (*cf.* art. 225, *caput*), o acesso a esse direito, analisado de uma óptica socioespacial, não ocorre de modo igualitário. Nota-se um deslocamento dos impactos ambientais negativos, decorrentes dos empreendimentos levados a efeito por grupos econômicos minoritários, para as comunidades periféricas. Trata-se de um fenômeno a que a literatura científica especializada se refere como *injustiça ambiental*.

A concentração dos benefícios da exploração dos recursos naturais em poucos atores e grupos sociais, bem como da capacidade de decidir sobre a transferência social dos custos dessa exploração, inibe a participação cidadã e faz com que o nível de pressão sobre os recursos naturais se mantenha alto. Por isso, afirma-se que a proteção do meio ambiente guarda relação direta com o combate à desigualdade social, seguindo a linha político-normativa de *transformação* adotada pelo constituinte de 1988 (*cf.* art. 3º da Constituição).

Instrumentos da política ambiental, como o licenciamento de atividades e as avaliações de impactos, devem levar em consideração não apenas os efeitos atinentes aos

[52] *WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito. São Paulo: Alfa Ômega, 1997, p. 42-43.*

componentes químicos, físicos, ecológicos e geológicos do ambiente, mas também ao modo pelo qual esses efeitos são distribuídos no espaço geográfico. Como organização jurídica integrante do Poder Público (*cf.* art. 225, *caput*, da Constituição de 1988), o Poder Judiciário tem o papel de levar em consideração essa variável socioespacial na análise de processos envolvendo danos ou conflitos ambientais.

A chamada "crise ambiental" não se reduz à questão da crescente escassez de recursos e bens naturais em face de demandas sociais progressivas. Essa crise é resultado, em grande parte, dos diferentes modos pelos quais diferentes grupos usufruem tais recursos e bens: alguns atores e grupos sociais se apropriam dos benefícios decorrentes da exploração ambiental em detrimento de outros, aos quais se destinam as consequências nefastas dessa exploração. A crise atual "alcança a totalidade do Ocidente, mas, é na sua periferia que a face mais perversa se apresenta"[53]. Não levar isso em consideração, nos processos de aplicação do direito, notadamente dos institutos componentes da legislação ambiental, é uma forma sutil de reproduzir o *status quo* e a lógica de usurpação de um bem coletivo – o meio ambiente equilibrado – por parte de atores e grupos sociais economicamente privilegiados, na contramão da *ética da alteridade* e do ideário de *transformação socioambiental* que confere sentido aos preceitos e instrumentos que compõem o sistema jurídico-normativo brasileiro.

REFERÊNCIAS

ACSELRAD, Henri. Justiça ambiental – ação coletiva e estratégias argumentativas. In: In: ACSELRAD, Henri; HERCULANO, Selene; PÁDUA, José Augusto (orgs.). *Justiça ambiental e cidadania*. Rio de Janeiro: Relume Dumará & Fundação Ford, 2004.

ACSELRAD, Henri. *Justiça ambiental*: novas articulações entre meio ambiente e democracia. Rio de Janeiro: Ibase, 2000.

ALVARENGA, Luciano José. O aspecto imaterial e a transindividualidade do direito a um meio ambiente dignificante como justificativas teóricas para o reconhecimento do dano ambiental coletivo extrapatrimonial. In: 11º Congresso internacional de Direito Ambiental, 2007, São Paulo. *Anais*..., v. 2. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2007, p. 423-431.

AMBROGI, Carina; CABRAL, Ximena. A monocultura avança sobre a floresta. *Le Monde Diplomatique (Brasil)*, Cad. da América Latina XI, jul. 2009, p. 12-13.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

BECK, Ulrich. A Reinvenção da Política. In: GIDDENS, Anthony; BECK, Ulrich; LASH, Scott. *Modernização reflexiva*: política, tradição e estética na ordem social moderna. São Paulo: Unesp, 1997.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo*: hacia una nueva modernidad. Barcelona: Paidós, 2001.

BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007.

BENJAMIN, Antônio Herman V. O estado teatral e a implementação do direito ambiental. In: 7º Congresso Internacional de Direito Ambiental, 2003, São Paulo. *Anais*..., v. 1. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2003, p. 335-366.

BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade*: para uma Teoria Geral da Política. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 7. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999.

BOFF, Leonardo. [*Dignitas Terrae*] *Ecologia*: grito da Terra, grito dos pobres. 2. ed. São Paulo: Ática, 1996.

BOFF, Leonardo. *Ética & Eco-espiritualidade*. Campinas: Verus, 2003

BULLARD, Robert. Enfrentando o racismo ambiental no século XXI. In: In: ACSELRAD, Henri; HERCULANO, Selene; PÁDUA, José Augusto (orgs.). *Justiça ambiental e cidadania*. Rio de Janeiro: Relume Dumará & Fundação Ford, 2004.

CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade*: uma abordagem garantista. 2. ed. Campinas: Millenium, 2006.

[53] *MENEGA, Elizete. Crise urbana na atualidade: indagações a partir do fenômeno da concentração espacial dos pobres em assentamentos ilegais. Le Monde Diplomatique (Brasil), Cad. da América Latina XI, jul. 2009.*

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Privatismo, associacionismo e publicismo no Direito do Ambiente: ou o rio da minha terra e as incertezas do Direito Público. *Ambiente e Consumo*, Lisboa, Centro de Estudos Jurídicos, 1996, v. I.

CAPRA, Fritjof. *O ponto de mutação*. Tradução Álvaro Cabral. 25. ed. São Paulo: Cultrix, 2002.

CARNEIRO, Ricardo. *Direito Ambiental*: uma abordagem econômica. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

COSTA, Márcio Luís. *Lévinas*: uma introdução. Petrópolis: Vozes, 2000.

DERANI, Cristiane. Meio ambiente ecologicamente equilibrado: direito fundamental e princípio da atividade econômica. In: FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *Temas de Direito Ambiental e Urbanístico*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Advocacia Pública, 1998.

ENCONTRO INTERESTADUAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DA MAGISTRATURA PARA O MEIO AMBIENTE, 2002, Araxá. *Carta de Princípios do Ministério Público e da Magistratura para o Meio Ambiente*. Disponível em: <http://www.mp.pr.gov.br/institucional/araxa.html>. Acesso em: 08 jan. 2008.

ESTEVAM, José Geraldo. O reconhecimento da alteridade como possibilidade de construção de um novo paradigma na cultura ocidental em Joel Birman e Emmanuel Lévinas. *Horizonte*, Belo Horizonte, v. 6, n. 12, p. 169-179, jun. 2008, p. 173-174.

FARIAS, Talden. *Introdução ao Direito Ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

FERREIRA, Heline Sivini. O Risco Ecológico e o Princípio da Precaução. In: FERREIRA, Heline Sivini; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). *Estado de direito ambiental: tendências: aspectos constitucionais e diagnósticos*. Rio de Janeiro: Forense universitário, 2004.

FIRPO, Marcelo. Saúde pública e (in)justiça ambiental. In: ACSELRAD, Henri; HERCULANO, Selene; PÁDUA, José Augusto (orgs.). *Justiça ambiental e cidadania*. Rio de Janeiro: Relume Dumará & Fundação Ford, 2004, p. 119-140.

FOLADORI. Guillermo. *Limites do desenvolvimento sustentável*. São Paulo: Unicamp, 2001.

GIDDENS, Anthony. *Un mundo desbocado: los efectos de la globalización en nuestras vidas*. Madrid: Taurus, 2000.

GOULD, Kenneth A. Classe social, justiça ambiental e conflito político. In: In: ACSELRAD, Henri; HERCULANO, Selene; PÁDUA, José Augusto (orgs.). *Justiça ambiental e cidadania*. Rio de Janeiro: Relume Dumará & Fundação Ford, 2004.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. *Das necessidades humanas aos direitos*: ensaio de Sociologia e Filosofia do Direito. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

KISS, Alexandre. Justiça ambiental e religiões cristãs. In: *Desafios do Direito Ambiental no século XXI*: estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme Machado. KISHI, Sandra Akemi Shimada; SILVA, Solange Teles da; SOARES, Inês Virgínia Prado (orgs.). São Paulo: Malheiros, 2005.

LEFF, Enrique. *Epistemologia ambiental*. Tradução Sandra Valenzuela; revisão técnica Paulo Freire Vieira. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2002.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. *Direito Ambiental na sociedade de risco*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de risco e Estado. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007.

LIMA, Maria Luísa Milani de. As limitações do licenciamento ambiental como instrumento da gestão de riscos: considerações à luz da teoria social de Ulrich Beck. In: BENJAMIN, Antônio Herman (org). *Paisagem, natureza e direito*. São Paulo: Imprensa Oficial, 2005, v. 2.

MACHADO, Paulo Affonso Leme Machado. *Direito Ambiental brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MENEGA, Elizete. Crise urbana na atualidade: indagações a partir do fenômeno da concentração espacial dos pobres em assentamentos ilegais. *Le Monde Diplomatique (Brasil)*, Cad. da América Latina XI, jul. 2009.

MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao Direito*. 3. ed. Lisboa: Estampa, 2005.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. A pobreza no direito e a pobreza do direito. *Revista Direito e Liberdade*, Mossoró, v. 4, n. 1, 2006.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*. 12. ed. Porto: Afrontamento, 2001.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*. São Paulo: Alfa Ômega, 1997.

WWF-INTERNACIONAL. *Living Planet Report*. Disponível em: <http://www.wwf.org.br/informa/doc/livingplanet_2002.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2005.

A CRIAÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DOS TRIBUNAIS DE CONTAS EM RESPEITO AO DIREITO FUNDAMENTAL AO CONTROLE

Elza Adrianis Gonçalves Montenegro Fernandes
Auditora de Contas Públicas do TCE-PB, bacharela em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba, pós-graduada em Controladoria Aplicada ao Setor Público pela Universidade Federal da Paraíba, pós-graduada em Direito Público pela Universidade Gama Filho.

RESUMO: *O controle constitui direito fundamental do titular do poder constituinte originário, qual seja, o povo. Como tal, deve representar prioridade do legislador constituinte e ordinário, normatizando situações que favoreçam o aperfeiçoamento desse mister. Uma das formas de se melhorar o desempenho dos órgãos de controle externo é a criação de uma instituição superior que supervisione a sua atuação administrativa e financeira, bem como o cumprimento dos deveres funcionais de seus membros. Conforme propostas de emenda à Constituição em trâmite no Congresso Nacional, esse órgão central seria denominado "Conselho Nacional dos Tribunais de Contas". Indubitavelmente, seria medida de justiça social, que também reforçaria a meta constitucional daqueles órgãos, que é o combate a ilegalidades, imoralidades e desvios de recursos fazendários. Além disso, tal inovação ampliaria a credibilidade dos órgãos aludidos e a efetividade das suas decisões. Entretanto, a providência deve ser tomada em um contexto de discussões amplas com diversos setores da sociedade, em que se delineie uma estrutura que assegure a isenção e a qualidade da atuação do organismo central a ser instituído.*

PALAVRAS-CHAVE: *Administração pública. Controle externo. Tribunais de contas. Direitos fundamentais.*

SUMÁRIO: *Introdução; 1. Status e Deficiências do Controle; 2. Fundamentos da Criação do CNTC; 2.1. O Exemplo do CNJ; 3. Propostas de Emenda à Constituição em Andamento; 4. Alguns Prós e Contras do CNTC; 5. Receptividade pelos Tribunais de Contas; 6. Conclusão; Referências.*

INTRODUÇÃO

O controle externo se presta a fiscalizar a atuação de todas as pessoas físicas ou jurídicas que manejem verbas públicas, seja utilizando, arrecadando, guardando, gerenciando ou administrando a sua aplicação, conforme mandamento descrito no art. 70 da Constituição Federal.

O sistema de controle externo brasileiro compõe-se de órgãos autônomos e independentes entre si, denominados Tribunais de Contas – da União, dos Estados e de alguns

Municípios. Às vezes atuam em auxílio ao Poder Legislativo e outras exercem funções plenas e exclusivas. Embora a doutrina reconheça a sua natureza jurisdicional, a estrutura constitucional prevista não contempla a existência de um organismo central, com hierarquia administrativa sobre tais instituições. Ou seja, inexiste o "controle do controle".

Todavia, em se tratando de direito fundamental, embora não incluso no rol expresso na Constituição Federal – em face da possibilidade de o intérprete reconhecer a existência de outros – o controle deve ser absoluto e incondicional. O marco histórico que corrobora este entendimento é a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que, em seu artigo 15, assegura que "a sociedade tem o direito de pedir conta a todo agente público de sua administração" (FERNANDES, 2005, 36).

Com base na tese de Jorge Ulysses Jacoby Fernandes, desenvolvida ao longo da obra intitulada "Tribunais de Contas do Brasil – Jurisdição e Competência" (2005), é possível dizer que o *status* conferido ao controle é motivo para a busca pela excelência no seu exercício, com a implementação de práticas que visem minimizar eventuais desvios no caminho constitucionalmente traçado.

Em um Estado Democrático de Direito, a lacuna antes referida é inconcebível. Em respeito ao titular do poder constituinte originário – o povo –, deve-se zelar pela obediência ao princípio da supremacia do interesse público, assegurando-se a submissão de toda a Administração Pública à ordem constitucional estabelecida.

Nesse sentido, importa averiguar se a implantação de um órgão superior de controle da atuação administrativa e financeira dos Tribunais de Contas é medida imprescindível e viável para o aperfeiçoamento do sistema de controle externo brasileiro.

É inegável o interesse público e a repercussão social inerentes ao tema. Diante do clamor coletivo pela probidade na administração da coisa pública e, conseqüentemente, pela eficiência na coibição dos abusos e ilegalidades, é relevante examinar a atual conjuntura do controle externo brasileiro, visando contribuir para o estudo de meios que viabilizem a sua evolução. O aperfeiçoamento de que se cuida está diretamente ligado à legalidade, moralidade e efetividade das decisões dos Tribunais de Contas.

Esta pesquisa pretende, pautada na busca pela permanente evolução do ordenamento jurídico, analisar se a implantação de um órgão superior de controle externo teria o condão de otimizar as ações nesta seara, inclusive como medida de justiça social. Em um país em que imperam a concentração de renda, a desigualdade social, as condições precárias em educação e saúde públicas, os atos de corrupção e os desvios de recursos fazendários, é imprescindível a realização de um controle eficiente dos atos da Administração Pública.

Para avaliar o problema aqui tratado, será, ainda, necessário identificar as lacunas do ordenamento, bem como as propostas de emenda constitucional em tramitação no Congresso Nacional. Considerando a realidade vivenciada pelos órgãos de controle externo, buscar-se-á expor elementos que agreguem conhecimento aos estudos e debates parlamentares em curso.

1. *STATUS* E DEFICIÊNCIAS DO CONTROLE EXTERNO

Conforme leciona o mestre Jacoby Fernandes, no Espírito das Leis, encontra-se consignada a idéia de que o poder deve deter o poder, pelas seguintes razões:

> *Controle e poder, no desenvolvimento histórico, nem sempre puderam estar associados. Ao contrário, chegaram mesmo a*

> *ser expressões antagônicas, vez que a máxima expressão do segundo era a ausência do primeiro. Daí a importância da contribuição dos iluministas, destacando-se Montesquieu: 'temos a experiência eterna de que todo homem que tem em mãos o poder é sempre levado a abusar dele, e assim irá seguindo, até que encontre algum limite'.* (2005, p.31).

Assim sendo, o autor define, com propriedade, o que seria o novo paradigma para a realização do controle:

> *Essa noção do beneficiário do controle, que restringe o poder de quem se responsabiliza pela prática do ato, mas especialmente e também daquele que executa a função do controle, é que deve ser mais sentida. Este é, sem dúvida, o novo paradigma para a ação do controle: influenciar o processo decisório, aprimorando-o, em prol da sociedade.* (2005, p.33).

A coletividade almeja resultados legítimos e eficientes da atuação dos órgãos incumbidos dessa função. É a ela que pertence o patrimônio público – principal objeto de aludido controle. Impõe-se, pois, a existência do maior número possível de garantias de obediência ao ordenamento jurídico vigente.

Apesar disso, as ações desenvolvidas no âmbito do controle externo brasileiro não raro se mostram ineficientes para coibir abusos e ilegalidades, no mais das vezes causadores de prejuízos ao erário. Por isso, todos os esforços no sentido de otimizá-lo são válidos e esperados pela coletividade. Daí a importância de se investigar se os motivos para essa deficiência se resumem a violações normativas, ou envolvem também lacunas do próprio ordenamento, a fim de compreender o contexto e apontar soluções pertinentes e de viável implantação.

A natureza jurídica dos Tribunais de Contas é de autênticos órgãos jurisdicionais, quando exercem suas competências de julgar seus jurisdicionados, dentre as diversas que lhe são conferidas pelo ordenamento jurídico-constitucional. Ademais, tais Cortes se equiparam a um verdadeiro Poder, em virtude da autonomia de que desfrutam, assumindo, em relação ao Legislativo, posição análoga àquela desempenhada pelo Ministério Público em face do Judiciário. Assim, não são meros órgãos auxiliares, mas órgãos que, dentre outras funções, exercem atos de fiscalização e controle, em auxílio à função estatal legislativa de fiscalizar.

Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, colacionada por Alexandre de Moraes:

> *Com a superveniência da nova Constituição, ampliou-se, de modo extremamente significativo, a esfera de competência dos tribunais de contas, os quais foram investidos de poderes jurídicos mais amplos, em decorrência de uma consciente opção política feita pelo legislador constituinte, a revelar a inquestionável essencialidade dessa instituição surgida nos albores da República.* (2002, p.394)

Para DI PIETRO, o controle que o Poder Legislativo exerce sobre a Administração Pública deve se limitar às hipóteses previstas na Constituição Federal, uma vez que implica interferência de um Poder nas atribuições dos outros dois; alcança os órgãos do Poder Executivo, as entidades da Administração Indireta e o próprio Poder Judiciário, quando

executa função administrativa. A autora assevera que:

> *Não podem as legislações complementar ou ordinária e as Constituições estaduais prever outras modalidades de controle que não as constantes da Constituição Federal, sob pena de ofensa ao princípio da separação de Poderes; o controle constitui exceção a esse princípio, não podendo ser ampliado fora do âmbito constitucional.* (2002, p.611).

Assim sendo, a via adequada para se reestruturar o sistema de controle externo brasileiro é a Emenda Constitucional, isto é, através do exercício do poder constituinte derivado reformador. Em face disso, um dos intentos desta pesquisa é o de avaliar as propostas em tramitação no Congresso Nacional, no tocante à criação do "Conselho Nacional dos Tribunais de Contas".

Segundo FERNANDES (2007, p.173), "o controle externo está necessitando, figuradamente, de uma oxigenação que lhe renove o sangue, de uma injeção que lhe inocule mais vitalidade e de uma terapia que lhe cure alguns males". Segundo o autor, são imprescindíveis mudanças relativas a: atribuições e competências, modernização de seus procedimentos e forma de preenchimento de seus quadros. Entendemos que a implementação de diversas alterações positivas pode ser abreviada a partir da interferência dessa instituição controladora central que virá disciplinar as demais, sem, obviamente, inibir-lhes a própria autonomia.

BUGARIN, citado na obra de GRANJEIRO (2005, p.397), ao adentrar no estudo das novas tendências da Administração Pública Brasileira, ressalta, com veemência, que "o modelo de gestão proposto demanda, necessariamente, uma modalidade diferenciada de controle, tanto por parte do órgão de controle externo, quanto pelo Sistema de Controle Interno e pelos próprios gestores públicos".

De ver-se que a doutrina vem repisando a necessidade de transformação da modalidade de controle sob exame, que inclui atos voltados à modernização, ao aumento da qualidade e da eficiência no desenrolar das atividades afins. Em última análise, isto implica criar os meios imprescindíveis para oferecer à sociedade uma "prestação jurisdicional" efetiva e satisfatória por parte das Cortes de Contas, a quem compete apurar e sancionar os desvios ao ordenamento na gestão dos recursos públicos.

Ao dar notícia de pesquisas realizadas pela Fundação Instituto de Administração - FIA, ligada à Universidade Federal de São Paulo – USP, e pela Fundação Getúlio Vargas – FGV, o Conselheiro Salomão Ribas Junior, do Tribunal de Contas de Santa Catarina, comentou as seguintes deficiências durante audiência pública datada de 09 de junho de 2009:

> *Uma delas, a ausência de uma Lei Processual Nacional, indispensável para que possamos pensar num sistema nacional e na uniformização da jurisprudência dos Tribunais de Contas. A outra carência é um mecanismo nacional que poderá se revestir da característica que esta Comissão entender e, posteriormente o Congresso Nacional, que é a criação do Conselho Nacional dos Tribunais de Contas*[1].

[1] *Informação retirada de notícia veiculada no sítio do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, sob o título: "Salomão Ribas defende princípio federativo para o Conselho Nacional dos Tribunais de Contas". Disponível em <http://www.tce.sc.gov.br/web/noticias/noticia/2074> Acesso em 15 de maio de 2010.*

Tomando por base o posicionamento constitucional, legal e doutrinário, é possível inferir o cabimento e as reais vantagens da criação de uma nova figura na estrutura administrativa nacional, encarregada do controle hierárquico sobre os órgãos de controle externo. Sua atuação não estaria adstrita à questão administrativa e financeira dos mesmos, mas também abrangeria o exame do cumprimento dos deveres funcionais dos seus membros e da observância das normas aplicáveis, dentre outras funções.

2. FUNDAMENTOS DA CRIAÇÃO DO CNTC

A intenção de se criar um órgão superior em nosso sistema de controle externo insere-se em uma conjuntura política e econômica em que prevalecem repetidos episódios relacionados à corrupção, ao lado do firme anseio dos diversos setores da sociedade de ver implementadas ferramentas de repressão à má-gestão e à dilapidação do patrimônio coletivo. Isto aguça a necessidade de se otimizar a fiscalização dos gastos públicos, viabilizando a concreta punição dos responsáveis por desvios de recursos e fraudes.

Nesse contexto, percebe-se que a pretensão é que essa Instituição seja criada em moldes similares à bem-sucedida concepção do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), instituídos pela Reforma do Judiciário, através da Emenda Constitucional nº 45/2004, aos quais cabe o controle da atuação administrativa e financeira dos órgãos correlatos e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros.

O modelo definido nas proposições legislativas que objetivam instalar um órgão superior no âmbito dos Tribunais de Contas, em linhas gerais, reproduz aqueles delineados a partir da reforma citada. Isto significa que, em simetria à atuação do CNJ e do CNMP, e tendo em vista os bons resultados apresentados em tais searas, pretende-se instaurar um mecanismo que agregue valor ao sistema de controle externo brasileiro.

Deste modo, as funções do Conselho que se objetiva instituir seriam similares àquelas que foram conferidas às entidades criadas no âmbito do Poder Judiciário e do Ministério Público, atribuindo-se-lhe semelhantes deveres e requisitos a serem atendidos, respeitando-se as peculiaridades da área em que se insere.

Em face dos resultados positivos dessas experiências, a própria Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil (ATRICON) manifestou o seu apoio à instalação do respectivo Conselho e solicitou o engajamento formal da Ordem dos Advogados do Brasil na luta pela aprovação final de proposta de Emenda à Constituição nesse sentido[2].

A instituição promoveria a harmonização de procedimentos e entendimentos provenientes dos Tribunais de Contas, bem como representaria garantia adicional de respeito a sua autonomia e independência perante os Poderes e órgãos, em atenção ao direito fundamental ao controle, assegurado na Carta Magna.

Em termos práticos, também caberia ao Conselho Nacional dos Tribunais de Contas a expedição de normas que determinassem a tomada de providências imprescindíveis para o aumento da eficiência na atuação dos órgãos de controle externo e o oferecimento de melhores resultados à sociedade, visando atingir objetivos primordiais, tais como:

---

[2] *Notícia disponível no sítio <http://www.24horasnews.com.br/index.php?mat=351990> Acesso em 14 de janeiro de 2011.*

I-) suprir a demanda processual de modo mais célere;
II-) garantir a eficácia das decisões dos órgãos de controle externo;
III-) abolir a prolação de decisões conflitantes entre os órgãos de controle externo e/ou contrárias ao ordenamento jurídico pátrio.

Para tanto, existem necessidades específicas a serem observadas:

a) modernização crescente dos procedimentos técnicos e administrativos;
b) edição de uma lei processual nacional voltada para o controle externo, padronizando normas e procedimentos;
c) implantação do modelo de administração gerencial nos Tribunais de Contas, focado no estabelecimento e avaliação do cumprimento de metas de análise e julgamento de processos pelos Tribunais de Contas;
d) uniformização da jurisprudência correlata, com a edição de súmulas atinentes a temas polêmicos e/ou que apresentem entendimentos dissonantes;
e) manutenção de quadro de pessoal em patamar equânime em cada Tribunal de Contas, estabelecendo-se um número mínimo de profissionais efetivamente envolvidos em Auditoria, com base no quantitativo de órgãos jurisdicionados, podendo ensejar o provimento e até a criação de novas vagas em cargos técnicos efetivos.

2.1. O EXEMPLO DO CNJ

No cenário de incertezas que antecedeu a implantação do CNJ, a Associação dos Magistrados do Brasil ajuizou a já ultrapassada ADIN 3367, receando uma interferência na separação dos poderes e na independência do Judiciário. Desde o início de suas atividades, que se deu no ano de 2005, as estatísticas comprovam os avanços no sistema judicial em decorrência de iniciativas do Conselho, tais como:

- a proliferação de mutirões judiciários, dinamizando a prestação jurisdicional;
- a divulgação de cartilhas educativas, tratando de matérias de interesse público, tais como a prevenção do *bullying* nos estabelecimentos escolares e a facilitação do acesso à justiça por parte de réus presos, incentivando a redução da população carcerária e dos recursos despendidos em virtude dela;
- a edição de normas visando ao aumento da eficiência no Judiciário;
- a adoção de medidas voltadas à crescente moralização do setor, como o combate ao nepotismo e outras ações.

As críticas quanto ao seu funcionamento por vezes se referem a atitudes norteadas por um arraigado corporativismo, a exemplo do arquivamento de processos disciplinares contra magistrados. O controle que exerce o Supremo Tribunal Federal sobre o Conselho destina-se a frear ações que eventualmente extrapolem a sua competência ou de algum outro modo contrariem o ordenamento. Inobstante, tal submissão abre o debate acerca da efetividade das decisões do CNJ, que podem ser mantidas ou desconstituídas por aquela Corte.

O art. 103-B, § 4°, da Constituição Federal, estabelece:

§ 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe,

além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura:
I - zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências;
II - zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União;
III - receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa;
IV - representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade;
V - rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano;
VI - elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário;
VII - elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa.

A Emenda Constitucional nº 61/2009 promoveu alterações na redação do artigo 103-B, CF, estabelecendo a obrigatoriedade de o Conselho Nacional de Justiça ser dirigido pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, bem como eliminando o critério da idade mínima de 35 anos e máxima de 65 anos para os seus membros.

3. PROPOSTAS DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO EM ANDAMENTO

Antes de relacionar os instrumentos de alteração constitucional que objetivam instituir o CNTC, importa frisar que tramitou perante o Senado Federal o Projeto de Lei nº 6.151, apresentado em 1º de novembro de 2005 e arquivado em 31 de janeiro de 2007.[3] Como dito anteriormente, tal via não seria adequada para se promover modificação deste porte.

Em seguida, as tentativas de se modificar o tratamento constitucional dispensado à organização e desempenho do controle externo passaram a ilustrar o cenário político nacional através do instrumento apropriado. Destacam-se as Propostas de Emenda à Constituição (PEC) apresentadas na sessão legislativa de 2007 e que ainda permeiam os debates parlamentares relativos à criação de uma instituição superior nessa área.

---

[3] *Histórico da tramitação disponível no site http://www.centraljuridica.com/click.php?mid=3380 - Acesso em 14 de janeiro de 2011*

Assim sendo, a amostra aqui analisada é a seguinte:

QUADRO 01[4]

PEC	DATA	CASA INICIADORA	AUTOR
28	28/03/07	Câmara dos Deputados	Dep. Vital do Rêgo Filho
30	11/04/07	Senado Federal	Sen. Renato Casagrande
146	30/08/07	Câmara dos Deputados	Dep. Jackson Barreto

Conforme detalha o Quadro 01, no Senado Federal tramita a PEC 30/2007, com poucas diferenças em relação ao debate travado na Câmara dos Deputados, dentre elas a nomenclatura do órgão, que seria "Conselho Nacional dos Tribunais de Contas e do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas". Foram realizadas audiências públicas para discutir a matéria, com a participação de representantes da União dos Auditores Federais de Controle Externo – AUDITAR, Federação Nacional dos Servidores dos Tribunais de Contas do Brasil – FENASTC e Tribunal de Contas da União. O referido instrumento encontra-se aguardando parecer da Comissão de Constituição e Justiça.

Já a PEC 28/2007 tramita perante a Câmara dos Deputados e o seu texto prevê a inclusão do art. 73-A à Constituição Federal, determinando a criação do Conselho Nacional dos Tribunais de Contas, tendo obtido aprovação da Comissão de Constituição e Justiça, bem como da Comissão Especial, após a inclusão de três emendas de parlamentares. Atualmente, encontra-se pronta para o 1º turno de votação na Câmara dos Deputados. A essa proposta encontra-se apensada a de nº 146/2007, dotada de discretos traços distintivos.

Após cerca de quatro anos, a Proposta de Emenda nº 28/2007 possui histórico de discussões aprofundadas e, portanto, norteará este debate. Estas ponderações englobaram a realização de audiências públicas com a participação do Ministro de Planejamento, Orçamento e Gestão, bem como de representantes do Tribunal de Contas da União, Instituto Brasileiro de Direito Administrativo, Instituto Rui Barbosa, Associação Brasileira dos Tribunais de Contas dos Municípios (ABRACOM), Associação Nacional do Ministério Público de Contas (AMPCON), Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil (ATRICON), Programa de Modernização do Controle Externo dos Estados e Municípios (PROMOEX), bem como dos Tribunais de Contas do Estado da Paraíba, do Distrito Federal e dos Municípios do Ceará.

Segundo proposto, a composição do Conselho totalizaria 14 representantes, com idade entre 35 e 66 anos e mandado de dois anos, admitida uma recondução.

Quanto à origem dos membros, haveria representação do Tribunal de Contas da União, com três vagas, sendo um Ministro, um representante do Ministério Público e um Auditor, modelo que seria seguido pelos Tribunais de Contas dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. As outras duas vagas caberiam à indicação da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, dentre cidadãos de notável conhecimento técnico e reputação ilibada.

Oficiariam, ainda, junto àquele Conselho, representantes da Procuradoria-Geral da República e do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

Dentre as competências previstas para o Conselho Nacional dos Tribunais de Contas, destacam-se as seguintes:

---

[4] *Fonte: sítios www.senado.gov.br e www.camaradosdeputados.gov.br*

a) zelar pela autonomia dos Tribunais de Contas e pelo cumprimento de suas determinações, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências;
b) apreciar, de ofício ou mediante provocação, a validade dos atos administrativos praticados por membros dos Tribunais de Contas, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento do ato;
c) receber e conhecer das reclamações contra membros dos Tribunais de Contas, inclusive contra seus serviços auxiliares e demais órgãos que aturem por delegação ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correcional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar atos que importem em sanções administrativas, assegurada a ampla defesa;
d) representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade;
e) rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de membros dos tribunais julgados há menos de um ano;
f) elaborar semestralmente relatório estatístico sobre os atos realizados pelos tribunais, por unidade da Federação;
g) elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação das Cortes de Contas nos País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do Presidente do Tribunal de Contas da União a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa.

Está prevista a eleição de um Corregedor Nacional, com funções executivas, de inspeção e correição geral, competência para requisitar servidores e delegar atribuições, além de receber denúncias e reclamações relativas aos membros e serviços auxiliares de Tribunais de Contas, para isto contando com as Ouvidorias de Contas a serem criadas.

Há que se fazer alguns comentários à proposta aqui considerada a principal.

Um dos aspectos a serem sopesados é o da composição. Assim como ocorre nos Tribunais de Contas brasileiros, a indicação dos membros do Conselho pelo Poder Legislativo teria cunho político e poderia afetar a noção de isenção e credibilidade que lhe atribuiria a sociedade e o próprio setor público. Seria ideal que, tal como ocorre no Poder Judiciário, fosse priorizada a realização de Concurso Público para a admissão dos membros das Cortes de Contas, que, posteriormente, poderiam atuar junto ao Conselho. Mas isto depende de estudos e deliberações parlamentares específicas, objeto de novas propostas de emendas constitucionais.

Outrossim, é flagrante a desproporção entre o quantitativo de membros do CNTC distribuído entre os Tribunais de Contas de cada esfera da Federação. É incoerente que tais órgãos, no âmbito estadual, tenham a mesma representação que aqueles de nível municipal e federal, que constituem parcela minoritária no cenário nacional. Quanto ao Distrito Federal, após voto do relator da proposta, este passou a ser incluído no rol estadual, e não como categoria autônoma, pois, do contrário, estaria sempre representado, em detrimento dos vinte e sete Estados brasileiros.

Por outro lado, reputa-se desnecessário e dispendioso impor à União que institua "Ouvidorias de Contas" em todo o território nacional, posto que atualmente os Tribunais de Contas desempenham a atividade de apurar fatos denunciados contra órgãos e agentes jurisdicionados e, assim sendo, seria preferível adaptar essa estrutura pré-existente do que realizar novos investimentos afins.

De modo transparente, caberia a cada órgão de controle remeter à análise e julgamento do Conselho Nacional dos Tribunais de Contas os expedientes que se voltassem contra a sua atuação ou de seus membros e serviços auxiliares, através de um sistema informatizado nacional que assegurasse a apuração irrestrita dos fatos denunciados ou reclamados.

4. ALGUNS PRÓS E CONTRAS DO CNTC

Do exposto, podemos inferir alguns benefícios hipoteticamente advindos da implantação do CNTC:

a) padronização de procedimentos, através do poder regulamentar;
b) uniformização de entendimentos e decisões, através do poder normativo, em respeito aos princípios da isonomia e da segurança jurídica;
c) aumento da eficiência no desenvolvimento das atividades e seus consectários, como o combate à morosidade processual;
d) maior garantia à independência dos Tribunais de Contas em face dos Poderes e órgãos instituídos;
e) eliminação de atos não submetidos ao controle externo;
f) atribuições correcionais e disciplinares no que tange a membros e servidores;
g) maior celeridade na definição e encaminhamento de alterações legislativas de interesse, como a edição de lei processual nacional do controle externo;
h) participação mais incisiva em demandas judiciais que envolvam as Cortes de Contas, em especial aquelas que visam restringir suas competências, a exemplo de liminares contra a cobrança de multas e contra o julgamento de contas de gestão de prefeitos municipais;
i) resgate da credibilidade dos Tribunais de Contas perante a sociedade;
j) maior incentivo à interação e à colaboração entre os Tribunais de Contas, aprimorando o modus operandi do controle externo;
m) iniciativas de caráter educativo para os gestores e informativo para a sociedade (em que pese a atuação dos Tribunais de Contas nesse sentido), podendo editar "Cartilhas" em nível nacional, de modo análogo ao CNJ, incentivando o controle social como forma de subsidiar o controle externo.

Por outro lado, considerando-se as preocupações que envolvem o funcionamento do CNJ, poderíamos resumir em três os principais receios quanto à instalação do CNTC, quais sejam:

a) influência do corporativismo em sua atuação;
b) baixa efetividade de suas decisões (passíveis de desconstituição pelo Poder Judiciário, em virtude do limite da atuação do Conselho);
c) supressão da autonomia dos Tribunais de Contas.

No que pertine a esses supostos pontos negativos, é conveniente lembrar que o CNTC também estaria adstrito aos mandamentos constitucionais e, portanto, deveria se submeter ao controle judicial do Supremo Tribunal Federal. Ademais, não poderia exceder-se no exercício de suas atribuições, devendo-se manter preservada a autonomia das Cortes

de Contas. Quanto à possibilidade de comportamento corporativista, é em sua composição diversificada (incluindo membros do Ministério Público, OAB e cidadãos) que reside a confiança do contrário.

Obviamente, apenas após o transcurso de razoável tempo de funcionamento é que será possível avaliar se a atuação do Conselho será legítima e o encaminhará ao êxito no intento de aperfeiçoar o sistema de controle externo brasileiro.

5. RECEPTIVIDADE PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS

Ao lado da provável aprovação da instalação da instituição ora analisada por parte da maioria da população, bem como da classe política, é interessante observar que diversos Tribunais de Contas têm se manifestado a favor da medida.

Segundo declarou o Conselheiro Severiano José Costandrade de Aguiar, Presidente do Tribunal de Contas de Tocantins, em audiência pública acerca da matéria, "a criação do CNTC é de suma importância para o fortalecimento dos TC's e a eficácia do sistema de controle externo. O Conselho será a entidade que poderá uniformizar procedimentos, congregar os Tribunais de Contas e ainda integrá-los com outros órgãos e a sociedade."[5]

Segundo notícia publicada no sítio da Federação Nacional dos Trabalhadores dos Tribunais de Contas – FENASTC, "divergências pontuais à parte, representantes de instituições envolvidas com o controle externo no setor público apoiaram a proposta de emenda à Constituição (...) que cria o Conselho Nacional dos Tribunais de Contas". Para o então Presidente daquela entidade, Marcelo Henrique Pereira, isto seria o "primeiro passo para a transparência real dos tribunais de contas do país".[6]

Durante audiência pública realizada no dia 09 de junho de 2009, o Conselheiro Salomão Ribas Junior, representante do Tribunal de Contas de Santa Catarina e do Instituto Rui Barbosa, asseverou:

> *Para ser uma instituição corregedora, indutora de experiências ou instrumento de operação do controle social, na composição do Conselho Nacional dos Tribunais de Contas temos que ver a sociedade, o parlamento, o TCU, os Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal e os Tribunais dos Municípios.* (informação verbal[7])

O Conselheiro Antônio Joaquim, atual vice-presidente da ATRICON, asseverou estar engajado nessa campanha há mais de dois anos, por entender que "o CNTC vai contribuir para a melhoria na atuação dos Tribunais de Contas, além de servir de instância de julgamento de desvios de conduta de integrantes dos órgãos de controle externo."[8]

---

[5] *Disponível no sítio http://www.tce.to.gov.br/sitephp/?pg=instituicao/pronunciamentos#Audiencia Acesso em 14 de janeiro de 2011.*

[6] *Disponível no sítio http://www.tce.to.gov.br/sitephp/?pg=instituicao/pronunciamentos#Audiencia Acesso em 14 de janeiro de 2011.*

[7] *Informação retirada de notícia veiculada no sítio do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, sob o título: "Salomão Ribas defende princípio federativo para o Conselho Nacional dos Tribunais de Contas". Disponível em <http://www.tce.sc.gov.br/web/noticias/noticia/2074> Acesso em 15 de maio de 2010.*

[8] *Notícia veiculada no sítio http://www.24horasnews.com.br/index.php?mat=351990 Acesso em 14 de janeiro de 2011.*

O Conselheiro Valdecir Pascoal, Corregedor do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco, comunga com a criação do CNTC, alegando que, "se o órgão é o fiscal da gestão alheia, deve ter a obrigação de ser referência para os demais Poderes nos quesitos legalidade e transparência".[9]

Os ministros Ubiratan Aguiar e Benjamin Zymler, anterior e atual Presidente do Tribunal de Contas da União, respectivamente, também expuseram sua aprovação no tocante à instauração do CNTC[10].

Através do documento intitulado "Manifesto Cuiabá"[11], Conselheiros de diversos tribunais brasileiros, durante o "1º Seminário do IRB-PROMOEX de Comunicação dos Tribunais de Contas" propuseram o engajamento da ATRICON no processo de criação do CNTC, como instância que congregue as instituições de controle externo e atue como entidade fiscalizadora nacional.

Por ocasião do "I Encontro Técnico dos Tribunais de Contas do Norte e Nordeste", realizado em maio de 2010, no Estado da Paraíba, houve a formulação da "Carta de João Pessoa", em que os membros participantes declararam apoiar a criação do citado Conselho, dentre outras medidas de interesse[12]. A referida implantação também foi tema debatido em palestra magna proferida pelo Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, Ophir Cavalcante, durante o II Encontro Técnico, realizado em março de 2011, na sede do Tribunal de Contas dos Municípios do Pará[13].

Na ocasião em que os dirigentes da ATRICON solicitaram o apoio institucional daquela entidade de classe à aprovação legislativa da matéria (dezembro de 2010), o citado representante nacional já havia expressado a sua aquiescência, ao afirmar que "a prestação de contas pelos Tribunais de Contas é uma exigência de ordem moral e precisa se adequar e se enquadrar à nova realidade que se vive no país, onde a participação direta da sociedade no controle do Estado deve se acentuar de forma crescente".[14]

6. CONCLUSÃO

Atentando para a obrigatoriedade imposta aos órgãos de controle de oferecer resultados oportunos à sociedade, é importante que o legislador adote medidas que venham efetivamente a melhorar o seu desempenho e fortalecer a segurança jurídica na execução do papel a eles atribuído.

Os atos normativos editados pelos órgãos de controle externo, ainda quando extrapolam sua competência ou colidem com o ordenamento, em geral permanecem

---

[9] *Notícia divulgada em http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20100620/not_imp569236,0.php Acesso em 14 de janeiro de 2011.*

[10] *Informações constantes de notícias publicadas nos seguintes sítios: http://contabilidadepublica.wordpress.com/category/tribunais-de-contas-2/, e http://www.tce.pr.gov.br/TCEPR/Tribunal/Interface/ATRICOM/noticias.aspx. Acessos em 14 de janeiro de 2011.*

[11] *Disponível no endereço eletrônico http://www.tce.pr.gov.br/TCEPR/Tribunal/Interface/ATRICOM/arquivos/Manifesto_Cuiabá.pdf Acesso em 20 de janeiro de 2011.*

[12] *Notícia disponível no endereço eletrônico http://www.obeabadosertao.com.br/v3/tcs_pedem_criacao_de_conselho_nacional__3522.html, bem como no endereço eletrônico http://www.alagoas24horas.com.br/conteudo/?vCod=85983 Acessos em 14 de janeiro de 2011.*

[13] *Informações retiradas de: http://www.oab.org.br/noticia.asp?id=20237 e http://www.24horasnews.com.br/index.php?mat=351990. Acessos em 14 de janeiro de 2011.*

[14] *Informações retiradas de: http://www.oab.org.br/noticia.asp?id=20237 e http://www.24horasnews.com.br/index.php?mat=351990. Acessos em 14 de janeiro de 2011.*

em vigor, devido à inércia ou desconhecimento dos interessados e demais segmentos sociais perante o Judiciário, o que seria refreado com a presença de uma instituição hierarquicamente superior nesta seara e que controlasse a sua atuação.

Confirma-se o entendimento de que não pode existir poder sem controle, sob pena de arbitrariedades, limitação às garantias de defesa e prolação de decisões administrativas que escapem à apreciação do Judiciário, visto que este não possui ingerência sobre o mérito dos decisórios proferidos no exercício do controle externo, mas apenas sobre a sua legalidade.

A ordem é evitar a proliferação de decisões esparsas contraditórias, as quais, apesar de emanadas de órgãos autônomos, devem guardar compatibilidade entre si, tendo em vista tratarem de matéria similar e fundarem-se nos mesmos princípios e regras constitucionais e legais. Há, também, a necessidade irrestrita de fidelidade à jurisprudência pátria assentada, especialmente aquela proveniente do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Os fundamentos para a inovação de que se trata encontram-se nas peculiaridades da atividade finalística do controle externo. Como conseqüência de sua implementação, ter-se-á a expedição de atos normativos que vinculem as Cortes de Contas e harmonizem seus julgados, assegurando o respeito às diretrizes constitucionais e normas aplicáveis, bem como impedindo a prolação de decisões conflitantes entre si ou dissonantes dos princípios e normas em vigor.

As discussões relativas às propostas de emenda à Constituição em trâmite no Congresso Nacional com o intuito de inaugurar o controle hierárquico sobre os Tribunais de Contas devem ser embasadas em critérios condizentes com a atividade-fim envolvida e sua respectiva função social.

Importa que a criação do Conselho Nacional dos Tribunais de Contas seja orientada para o fim de minimizar o caráter político desse órgão e de suas decisões, garantindo isenção e credibilidade perante a sociedade e os Poderes instituídos. Além disso, a sua atuação também deverá estar voltada a influenciar nesse sentido os órgãos e agentes públicos que lhe serão administrativamente vinculados.

Um dos fatores relevantes a serem prestigiados com a existência dessa Instituição é a celeridade na análise e julgamento de processos, mormente se for acompanhada da unificação dos procedimentos através de uma legislação processual nacional afeta aos Tribunais de Contas – pleito já existente –, elaborada com base em estudos consistentes.

Devem ser prioridade medidas que efetivamente operem mudanças tendentes a assegurar o respeito aos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, dentre outros, por parte dos Tribunais de Contas, que atualmente tomam decisões por vezes destoantes do ordenamento jurídico pátrio, sem que haja um controle habitual sobre seus atos.

Desta feita, é imperiosa a criação de uma instituição central e controladora da atuação administrativa e financeira dos órgãos de controle externo, bem como do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros, em homenagem ao direito fundamental ao controle e para aperfeiçoar o seu exercício.

A providência contribuirá para a melhoria da qualidade dos serviços prestados por tais órgãos e, consequentemente, para a redução de desvios de finalidade e de recursos, bem como demais atos de improbidade administrativa. O Conselho Nacional dos Tribunais de Contas constituirá novo instrumento para o controle social e contribuirá para a busca pela moralização na Administração Pública como um todo, não apenas

nos Tribunais de Contas. A sociedade exige resultados dessa ordem, porquanto será diretamente beneficiada.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 38ª ed. São Paulo. Saraiva, 2006.

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

DOCUMENTOS ELETRÔNICOS DA INTERNET. Notícia disponível em <http://www.24horasnews.com.br/index.php?mat=351990> Acesso em 14 de janeiro de 2011.

DOCUMENTOS ELETRÔNICOS DA INTERNET. Notícia disponível em <http://www.tce.to.gov.br/sitephp/?pg=instituicao/pronunciamentos#Audiencia> Acesso em 14 de janeiro de 2011.

DOCUMENTOS ELETRÔNICOS DA INTERNET. Notícia disponível em <http://www.senado.gov.br/noticias/verNoticia.aspx?codNoticia=103159&codAplicativo=2> Acesso em 14 de janeiro de 2011.

DOCUMENTOS ELETRÔNICOS DA INTERNET. Notícia disponível em <http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20100620/not_imp569236,0.php> Acesso em 14 de janeiro de 2011.

DOCUMENTOS ELETRÔNICOS DA INTERNET. Notícia disponível em <http://contabilidadepublica.wordpress.com/category/tribunais-de-contas-2/> Acesso em 14 de janeiro de 2011.

DOCUMENTOS ELETRÔNICOS DA INTERNET. Notícia disponível em <http://www.tce.pr.gov.br/TCEPR/Tribunal/Interface/ATRICOM/noticias.aspx> Acesso em 14 de janeiro de 2011.

DOCUMENTOS ELETRÔNICOS DA INTERNET. Notícia disponível em <http://www.obeabadosertao.com.br/v3/tcs_pedem_criacao_de_conselho_nacional__3522.html> Acesso em 14 de janeiro de 2011.

DOCUMENTOS ELETRÔNICOS DA INTERNET. Notícia disponível em <http://www.alagoas24horas.com.br/conteudo/?vCod=85983> Acesso em 14 de janeiro de 2011.

DOCUMENTOS ELETRÔNICOS DA INTERNET. Notícia disponível em <http://www.tce.pr.gov.br/TCEPR/Tribunal/Interface/ATRICOM/arquivos/Manifesto_Cuiabá.pdf> Acesso em 14 de janeiro de 2011.

DOCUMENTOS ELETRÔNICOS DA INTERNET. Notícia disponível em <http://www.oab.org.br/noticia.asp?id=20237> Acesso em 14 de janeiro de 2011.

DOCUMENTOS ELETRÔNICOS DA INTERNET. Notícia do sítio do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina. *Salomão Ribas defende princípio federativo para o Conselho Nacional dos Tribunais de Contas*. Disponível em <http://www.tce.sc.gov.br/web/noticias/noticia/2074> Acesso em 10 de outubro de 2009.

DOCUMENTOS ELETRÔNICOS DA INTERNET. Proposta de Emenda à Constituição nº 28/2007. Câmara dos Deputados. Disponível em <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/446991.pdf> Acesso em 14 de maio de 2010.

DOCUMENTOS ELETRÔNICOS DA INTERNET. Proposta de Emenda à Constituição nº 30/2007. Senado Federal. Disponível em <http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/9744.pdf> Acesso em 14 de maio de 2010.

DOCUMENTOS ELETRÔNICOS DA INTERNET. Proposta de Emenda à Constituição nº 146/2007. Câmara dos Deputados. Disponível em < http://www.camara.gov.br/sileg/integras/498135.pdf> Acesso em 14 de maio de 2010.

FERNANDES, Flávio Sátiro. *Lições de Direito Administrativo*. 1ª ed. São Paulo: Forum, 2007.

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

GRANJEIRO, J. Wilson. *Administração Pública*. 11ª ed. Brasília: Vestcon, 2005.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

DAS EXCEÇÕES AO PRINCÍPIO DO CONCURSO PÚBLICO: BREVES ORIENTAÇÕES PARA O ADMINISTRADOR PÚBLICO ESTADUAL

Pablo Dayan Targino Braga
Mestre em Direito pela UFPB. Especialista em Direito Administrativo e Gestão Pública pela UFPB. Professor de Direito Administrativo da Faculdade Potiguar da Paraíba. Procurador do Estado da Paraíba.

RESUMO: *O presente trabalho aborda as exceções ao princípio constitucional do concurso público, estabelecendo orientações de caráter geral para o administrador público estadual quanto à correta destinação e abrangência dos cargos comissionados e contratação temporária de pessoal a fim de atender a necessidade temporária de excepcional interesse público. Destaca-se ainda a necessidade de criação de lei específica a disciplinar as contratações temporárias, com especial atenção à fixação de determinados standards, evitando-se, por essas razões, eventuais ofensas ao princípio do concurso público.*

PALAVRAS-CHAVE: *Princípio do Concurso Público. Cargos Comissionados. Contratação Temporária de Pessoal.*

O **princípio do concurso público** é cânone constitucional através do qual a administração pública promove a abertura de um procedimento administrativo, acessível a todo e qualquer interessado que preencha os requisitos estabelecidos em lei, destinado à seleção de pessoal, mediante a aferição do conhecimento, da aptidão e da experiência dos candidatos, por critérios objetivos previamente estabelecidos no edital de abertura, de maneira a possibilitar a classificação de todos os aprovados[1].

Trata-se, por isso mesmo, de preceito extraído do próprio princípio da igualdade, celebrado no art. 5.º, *caput*, da CF, bem assim do conteúdo principiológico contido no art. 37, *caput*, também da Carta Constitucional, ao qual impõe ao administrador a observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Consoante o magistério de Raquel Dias da Silveira[2], a intenção do constituinte, ao impor ao Estado o dever jurídico de realizar concurso público, foi a de **criar mecanismos que possibilitassem ao administrador a apuração do mérito individual dos futuros servidores**, antes de integrá-los na carreira pública, em condições de igualdade formal. A avaliação do mérito, por sua vez, decorre logicamente da necessidade de observância do **princípio da eficiência**, possibilitando, por vias indiretas, a **igualdade de oportunidades**

---

[1] *ARAÚJO, Edmir Netto. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 271.*

[2] SILVEIRA, Raquel Dias. *Profissionalização da Função Pública.* Belo Horizonte: Forum, 2009, p. 115.

de acesso à função pública.

Dentro desse contexto, a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração (art. 37, II, da CF).

Assim sendo, a primeira ressalva ao princípio do concurso público reside justamente na parte final do art. 37, inciso II, da Carta Republicana, mediante o qual resta **dispensada a realização de certame público nas hipóteses de nomeações para cargos comissionados**[3] declarados em lei de livre nomeação e exoneração. Outrossim, entende-se por cargo comissionado o conjunto de atribuições e responsabilidades acometidas a pessoa física investida livremente pela autoridade competente, cujo desempenho das atribuições é sempre **precário**, pois quem o exerce não adquire direito à continuidade na função, mesmo porque a exerce por **confiança do superior hierárquico**.

Contudo, aplica-se ao cargo comissionado uma **função restritiva**, sendo autorizado **exclusivamente para atribuições de direção, chefia e assessoramento** (art. 37, inciso V, da CF). Há de se perquirir, por conseqüência, em que consistem as atribuições de direção, chefia e assessoramento. Direção significa **gerência, gerenciamento, condução e coordenação**. Chefia confunde-se com a própria noção de direção, associando-se a função de **comandar, gerenciar, dirigir e superintender**. Por sua vez, o assessoramento comporta as atribuições de **aconselhar, ajudar, assistir, auxiliar e secretariar**.

Observa-se, por conseguinte, que as noções de direção, chefia e assessoramento **merecem melhor análise**, porquanto as noções acima apontadas **devem ser interpretadas dentro de uma visão responsavelmente restritiva**. Por óbvio que **toda atribuição de direção e chefia impõe a existência que agentes públicos subordinados**, dentro de uma estrutura hierárquica pré-estabelecida. Não se pode conceber, por razões lógicas do regime jurídico-administrativo, a existência de cargos comissionados de direção e chefia destituídos de outros cargos que lhe são imediatamente subjacentes.

No que concerne aos cargos comissionados de assessoramento, provavelmente a espécie de cargo comissionado mais presente nas administrações públicas em geral, deve-se **se limitar às funções de estrito assessoramento**, vale dizer, de restritivo **aconselhamento da autoridade imediatamente superior** em matérias afetas às suas competências, **excluindo-se a execução de atividades rotineiras da administração pública e de mera execução administrativa cujas atribuições são inerentes aos ocupantes de cargos efetivos**.

Ademais, torna-se imperiosa a **observância e respeito às atribuições exclusivas de Estado**, tais como as inerentes ao exercício regular do poder de polícia, advocacia pública e demais funções contempladas constitucional e legalmente dentro do que pode se chamar de função típica de Estado (art. 247 da CF).

Esse é o entendimento reiterado do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

> *Lei estadual que cria cargos em comissão. Violação ao art. 37, II e V, da Constituição.* ***Os cargos em comissão criados pela Lei 1.939/1998, do Estado de Mato Grosso do Sul, possuem atribuições meramente técnicas e que, portanto, não possuem o caráter de assessoramento, chefia ou direção exigido para tais cargos, nos termos do art. 37, V, da CF.***

[3] *A terminologia comissionado deriva da palavra em latim commissio que significa confiança.*

Ação julgada procedente. (ADI 3.706, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 15-0-2007, Plenário, DJ de 5-10-2007.)

Lei mineira 13.054/1998. (...) Criação de quadro de assistente jurídico de estabelecimento penitenciário e sua inserção na estrutura organizacional de secretaria de estado. (...) A investidura permanente na função pública de assistente penitenciário, por parte de servidores que já exercem cargos ou funções no Poder Executivo mineiro, afronta os arts. 5º, caput, e 37, I e II, da Constituição da República. (ADI 2.113, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 4-3-2009, Plenário, DJE de 21-8-2009.)

A atividade de assessoramento jurídico do Poder Executivo dos Estados é de ser exercida por procuradores organizados em carreira, cujo ingresso depende de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, nos termos do art. 132 da Constituição Federal. *Preceito que se destina à configuração da necessária qualificação técnica e independência funcional desses especiais agentes públicos.* ***É inconstitucional norma estadual que autoriza a ocupante de cargo em comissão o desempenho das atribuições de assessoramento jurídico, no âmbito do Poder Executivo.*** *Precedentes.* (ADI 4.261, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 2-8-2010, Plenário, DJE de 20-8-2010.) No mesmo sentido: ADI 881-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 2-8-1993, Plenário, DJ de 25-4-1997.
(grifos nossos)

Não se pode deixar de mencionar ainda a **relação de proporcionalidade que deve existir entre o quantitativo de cargos comissionados e o número de cargos efetivos**. O motivo da presente reflexão decorre essencialmente da tradição administrativa brasileira em criar uma miríade de cargos comissionados fora dos parâmetros constitucionais e, destacadamente, em absoluto descompasso com o montante de cargos efetivos existentes.

A Carta Política ressalta a necessária **correlação de proporcionalidade** em questão, ao dispor que cabe à lei estabelecer os casos, condições e percentuais de cargos comissionados a serem preenchidos por servidores de carreira (art. 37, inciso, V). Em complemento, não se pode considerar razoável um quantitativo elevado de cargos comissionados em relação ao montante de cargos efetivos, uma vez que os cargos comissionados possuem atribuições restritivas ao passo que os cargos efetivos detem competências indiscutivelmente e infinitamente maiores.

Quanto à matéria, o Supremo Tribunal Federal fulminou lei do Município de Blumenau-SC que dispunha a respeito de criação de cargos comissionados de assessoramento em quantitativo superior ao número de cargos efetivos da respectiva Câmara Municipal, senão vejamos:

Cabe ao Poder Judiciário verificar a regularidade dos atos normativos e de administração do poder público em relação às causas, aos motivos e à finalidade que os ensejam. ***Pelo princípio***

> ***da proporcionalidade, há que ser guardada correlação entre o número de cargos efetivos e em comissão***, *de maneira que exista estrutura para atuação do Poder Legislativo local.* (RE 365.368-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 22-5-2007, Primeira Turma, DJ de 29-6-2007.)
> (grifos nossos)

Com efeito, os cargos comissionados, nos precisos termos do art. 37, incisos II e V, da Constituição Federal são de livre nomeação e exoneração, tendo como atribuições as funções de direção, chefia e assessoramento, sendo que: **(a)** as atribuições de chefia e direção dependem da existência de cargos imediatamente subordinados e estruturados dentro de uma organização hierárquica pré-estabelecida; **(b)** os cargos de assessoramento devem conter função de aconselhamento de autoridade imediatamente superior. Em todos os casos, as atribuições de direção, chefia e assessoramento devem ser interpretadas restritivamente, não alcançando as atividades de mera rotina administrativa e de execução, bem assim não abrangendo as funções típicas de Estado.

Outra exceção ao princípio do concurso público contemplada na Carta Constitucional diz respeito à **contratação de pessoal** por tempo determinado para atender a **necessidade temporária de excepcional interesse público**, observados os casos previstos em lei (art. 37, inciso IX).

Como bem destacado pelo mestre José Afonso da Silva[4], essa é uma forma de prestação de serviço público diferente do exercício de cargo, emprego ou função. O contratado é, assim, um prestacionista de serviços públicos. Provavelmente por essas razões os **agentes públicos temporários ou *pro tempore***[5] sejam vulgarmente tratados como **"prestadores de serviço"**. O que se deve ter em mente é que **independentemente do rótulo** que se empreste a estes agentes públicos, **são considerados temporários quaisquer agentes cuja vinculação jurídica com o Poder Público tenha por supedâneo a aplicação do art. 37, inciso IX, da Constituição Federal**.

De todo modo, a contratação de pessoal a atender a necessidade temporária de excepcional interesse público deve obedecer às hipóteses expressamente previstas em lei, cuidando-se de norma dependente de regulamentação. A disciplina, por sua vez, está inserida na **competência legislativa de cada ente federativo**[6], cabendo ao **Chefe do Poder Executivo a iniciativa do projeto de lei** a contemplar os casos em questão, tudo em obediência ao art. 61, inciso II, da CF.

Por outro lado, os casos a serem previstos devem manter plena consonância com a noção de necessidade temporária de excepcional interesse público a justificar a ressalva à aplicação do postulado da obrigatoriedade do concurso público. Nessa mesma esteira são as insubstituíveis ponderações trazidas por Celso Antônio Bandeira de Mello[7]:

> *A Constituição prevê que a lei (entende-se: lei federal, estadual, distrital ou municipal, conforme o caso) estabelecerá os casos de contratação para o atendimento de necessidade temporária de excepcional interesse público (art. 37, IX). Trata-se, aí, de ensejar*

---

[4] *ILVA, José Afonso. Comentário Contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros, 2007, p.340.*

[5] *Pro tempore* é uma expressão de origem latina que se pode traduzir por temporariamente ou por enquanto. É utilizada na linguagem comum para indicar uma situação transitória.

[6] *Vide Maria Sylvia Z. di Pietro, Celso Antônio Bandeira de Mello e Uadi Lammego Bullos.*

[7] *Mello, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p.285.*

suprimento de pessoal perante contingências que desgarrem da normalidade das situações e presumam admissões apenas provisórias, demandadas em circunstâncias incomuns, cujo atendimento reclama satisfação imediata e temporária (incompatível, portanto, com o regime normal de concursos). A razão do dispositivo constitucional em apreço, obviamente, é contemplar situações nas quais ou a própria atividade a ser desempenhada, requerida por razões muitíssimo importantes, é temporária, eventual (não se justificando a criação de cargo ou emprego, pelo quê não haveria cogitar do concurso público), ou a atividade não é temporária, mas o excepcional interesse público demanda que se faça imediato suprimento temporário de uma necessidade (neste sentido, "necessidade temporária"), por não haver tempo hábil para realizar concurso, sem que suas delongas deixem insuprido o interesse incomum que se tem de acobertar.

No âmbito federal, a **Lei Federal n.º 8.745/1993** disciplina o art. 37, inciso IX, da CF, contemplando em seu art. 2.º o que vem a ser considerado necessidade temporária de excepcional interesse público, tais como **(I)** assistência a situações de calamidade pública, **(II)** assistência a emergências em saúde pública, **(III)** realização de recenseamentos e outras pesquisas de natureza estatística efetuadas pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, **(IV)** admissão de professor substituto e professor visitante, **(V)** admissão de professor e pesquisador visitante estrangeiro e **outras atividades ali consignadas**. A Lei Federal n.º 8.745/1993 igualmente dispõe sobre os **prazos máximos de duração dos contratos administrativos**, bem assim do **prazo de quarentena**, impondo o período mínimo de 24 (vinte e quatro) meses a ser observado entre **uma contratação e outra** da mesma pessoa física com fundamento no mesmo diploma normativo.

Ao contrário do que ocorre no âmbito federal, **no Estado da Paraíba não há lei específica a tratar da contratação de pessoal para atender necessidade temporária de excepcional interesse público**, tendo a administração estadual se valido de **parte ainda vigente da Lei Estadual n.º 5.391/1991**[8] que dispõe em seus arts. 12 a 21 de regulamentação básica da contratação temporária em questão.

Para efeito da Lei Estadual n.º 5.391/1991, será considerado como de excepcional interesse público **o atendimento de serviços que, por sua natureza, tenham características inadiáveis e deles decorram ameaça ou prejuízo à vida, à segurança, à continuidade de obras e à subsistência, bem como atividades de apoio a cultura, à pesquisa e à educação** (art. 12, § 1.º). Os casos estão expressamente consignados no art. 13, alguns deles de **constitucionalidade duvidosa**. O prazo máximo do contrato administrativo é de 6 (seis) meses, cabendo prorrogação por igual período, havendo previsão de prazo de 24 (vinte e quatro) meses em determinada hipótese contemplada na lei (art. 14).

Por outro lado, **a Lei Estadual n.º 5.391/1991 não contem a previsão de quarentena**, o que provavelmente **estimula sucessivas contratações administrativas da mesma pessoa física**, com fundamento no mesmo diploma normativo, **perpetuando o vinculo existente** entre a administração pública estadual e o agente temporário. Não

---

[8] *A Procuradoria Geral do Estado, por meio do **Parecer nº 028/2010**, entendeu que se **mantém parcialmente vigente a Lei Estadual nº 5.391/1991** que, dentre outras matérias, traz disciplina nuclear a respeito da **admissão temporária de excepcional interesse público**.*

se pode, portanto, ignorar a existência desta realidade na administração pública estadual, especialmente nas áreas de educação e saúde.

Merece destaque ainda a **impossibilidade** de se estabelecer como de necessidade temporária de excepcional interesse público as **atividades rotineiras e comuns da administração pública**. Ora, se a execução de determinada atividade já faz parte da demanda comum e da rotina administrativa, certamente não está contemplada na idéia de necessidade temporária, mas, pelo contrário, de **necessidade permanente a ser atendida por ocupantes de cargos efetivos**. Mesmo **serviços considerados essenciais**, tais como o serviço de saúde pública comumente prestado em favor da coletividade – uma vez que se trata de dever do Estado (art. 196 da CF) – , **não podem ser tratados como necessidades temporárias** de excepcional interesse público, como vem decidindo o Supremo Tribunal Federal:

> *EMENTA: CONSTITUCIONAL. LEI ESTADUAL CAPIXABA QUE DISCIPLINOU A CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DE SERVIDORES PÚBLICOS DA ÁREA DE SAÚDE. POSSÍVEL EXCEÇÃO PREVISTA NO INCISO IX DO ART. 37 DA LEI MAIOR. INCONSTITUCIONALIDADE. ADI JULGADA PROCEDENTE.*
> *I – A contratação temporária de servidores sem concurso público é exceção, e não regra na Administração Pública, e há de ser regulamentada por lei do ente federativo que assim disponha.*
> *II – Para que se efetue a contratação temporária, é necessário que não apenas seja estipulado o prazo de contratação em lei, mas, principalmente, que o serviço a ser prestado revista-se do caráter da temporariedade.*
> *III – **O serviço público de saúde é essencial, jamais pode-se caracterizar como temporário, razão pela qual não assiste razão à Administração estadual capixaba ao contratar temporariamente servidores para exercer tais funções.***
> *IV – Prazo de contratação prorrogado por nova lei complementar: inconstitucionalidade.*
> *V – **É pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de não permitir contratação temporária de servidores para a execução de serviços meramente burocráticos. Ausência de relevância e interesse social nesses casos.***
> *VI – Ação que se julga procedente.*
> (ADI 3.430, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 12-8-2009, Plenário, DJE de 23-10-2009)
> (grifos nossos)

São, por conseqüência, inúmeras as decisões do Supremo Tribunal Federal no sentido de inadmitir a contratação de temporários a fim de atender a demandas contínuas do Poder Público, senão vejamos:

> *Lei 8.742, de 30 de novembro de 2005, do Estado do Rio Grande do Norte, que 'dispõe sobre a contratação temporária de advogados para o exercício da função de Defensor Público, no âmbito da Defensoria Pública do Estado'. A Defensoria Pública se revela como instrumento de democratização do acesso às instâncias judiciárias, de modo a efetivar o valor constitucional da universalização da justiça (inciso XXXV do art. 5º da CF/1988). **Por desempenhar, com exclusividade, um mister estatal genuíno e essencial***

à jurisdição, a Defensoria Pública não convive com a possibilidade de que seus agentes sejam recrutados em caráter precário. *Urge estruturá-la em cargos de provimento efetivo e, mais que isso, cargos de carreira. A estruturação da Defensoria Pública em cargos de carreira, providos mediante concurso público de provas e títulos, opera como garantia da independência técnica da instituição, a se refletir na boa qualidade da assistência a que fazem jus os estratos mais economicamente débeis da coletividade.* (ADI 3.700, Rel. Min. Carlos Britto, julgamento em 15-10-2008, Plenário, DJE de 6-3-2009.)

Servidor público: contratação temporária excepcional (CF, art. 37, IX): inconstitucionalidade de sua aplicação para a admissão de servidores para funções burocráticas ordinárias e permanentes. (ADI 2.987, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 19-2-2004, Plenário, DJ de 2-4-2004.) No mesmo sentido: ADI 3.430, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 12-8-2009, Plenário, DJE de 23-10-2009.

Administração pública direta e indireta. Admissão de pessoal. Obediência cogente à regra geral de concurso público para admissão de pessoal, excetuadas as hipóteses de investidura em cargos em comissão e contratação destinada a atender necessidade temporária e excepcional. ***Interpretação restritiva do art. 37, IX, da CF. Precedentes. Atividades permanentes. Concurso público. As atividades relacionadas no art. 2º da norma impugnada, com exceção daquelas previstas nos incisos II e VII, são permanentes ou previsíveis. Atribuições passíveis de serem exercidas somente por servidores públicos admitidos pela via do concurso público.*** (ADI 890, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 11-9-2003, Plenário, DJ de 6-2-2004.) Vide: ADI 3.430, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 12-8-2009, Plenário, DJE de 23-10-2009.

As modificações introduzidas no art. 37 da CF pela EC 19/1998 mantiveram inalterada a redação do inciso IX, que cuida de contratação de pessoal por tempo determinado na administração pública. Inconstitucionalidade formal inexistente. Ato legislativo consubstanciado em medida provisória pode, em princípio, regulamentá-lo, desde que não tenha sofrido essa disposição nenhuma alteração por emenda constitucional a partir de 1995 (CF, art. 246). ***A regulamentação, contudo, não pode autorizar contratação por tempo determinado, de forma genérica e abrangente de servidores, sem o devido concurso público (CF, art. 37, II), para cargos típicos de carreira, tais como aqueles relativos à área jurídica.*** (ADI 2.125-MC, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 6-4-2000, Plenário, DJ de 29-9-2000.) (grifos nossos)

Acompanhando o entendimento da doutrina, o Supremo Tribunal Federal destaca o preenchimento dos seguintes **pressupostos autorizadores da contratação de pessoal para atendimento de necessidade temporária de excepcional interesse público**: **(a)** os casos excepcionais estejam previstos em lei; **(b)** o prazo de contratação seja pré-determinado; **(c)** a necessidade seja temporária; e **(d)** o interesse público seja excepcional.

Considerando essas premissas, é indubitavelmente **necessária a edição de lei específica estadual** a contemplar as hipóteses de contratação, os prazos máximos de duração dos contratos, a indicação do regime jurídico aplicável, bem assim a fixação de regra de quarentena a fim de evitar a perpetuação de sucessivos contratos administrativos

celebrados com uma mesma pessoa física, tendo por **parâmetro básico a Lei Federal n.º 8.745/1993**.

Com efeito, a contratação de pessoal para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, nos termos do art. 37, inciso, IX, da Carta Política, **deve ser encarada restritivamente** e desde que os casos estejam contemplados expressamente em lei, o prazo de contratação seja pré-determinado, a necessidade seja temporária e o interesse público seja excepcional, não cabendo se falar em necessidade temporária nos casos de atividades rotineiras e permanentes da administração pública, ainda que se trate de serviço essencial.

Impende destacar que **a contratação temporária de pessoal fora dos ditames do art. 37, inciso IX, da Constituição, independentemente do prazo do contrato ou mesmo de sucessivas contratações**, ainda que por períodos longos, **não enseja qualquer reconhecimento de estabilidade do agente público**, porquanto não se trata de servidor estatutário ocupante de cargo efetivo a ser tutelado pela disposição do art. 41 da CF, como entende o Supremo Tribunal Federal:

> *A inconstitucionalidade da norma ora atacada é flagrante. O Supremo Tribunal Federal firmou sólida jurisprudência no sentido de que o art. 37, II, da CF rejeita qualquer burla à exigência de concurso público. Há diversos precedentes em que a tônica é a absoluta impossibilidade de se afastar esse critério de seleção dos quadros do serviço público (cf. ADI 2.689, Rel. Min. Ellen Gracie, Pleno, 9-10-2003; ADI 1.350-MC, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, 27-9-1995; ADI 980-MC, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, 3-2-1994); ADI 951, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Pleno, 18-11-2004), até mesmo restringindo possíveis ampliações indevidas de exceções contidas na própria Constituição, a exemplo do disposto no art. 19 do ADCT (cf. ADI 1.808-MC, Rel. Min. Sydney Sanches, Pleno, 1º-2-1999). O rigor na interpretação desse dispositivo constitucional impede inclusive formas de provimento derivado de cargo público, por ascensão interna.* ***Ora, na espécie, trata-se de mero enquadramento de prestadores de serviço que tenham comprovado cinco anos de trabalho, dez anos na nova versão. Não há provas, apenas o reconhecimento de um pretenso fato consumado. Dessa premissa parte a Assembleia Legislativa ao afirmar nas informações que a administração não poderia dar outra solução ao problema, pois teria decaído para a administração estadual o direito de rever os atos de contratação desses prestadores de serviço, nos termos do art. 54 da Lei 9.784/1999. Obviamente não há que se falar em decadência para que a administração reveja seus atos, pois o que está em causa não é a legalidade da contratação de prestadores de serviço, mas o enquadramento determinado nos termos da norma atacada. Impossível, em casos como o presente, falar em fato consumado inconstitucional.*** *Ante o exposto, sem maiores dificuldades, concedo a cautelar nesta ação direta em razão da inconstitucionalidade do art. 48, caput e parágrafo único, da Lei Complementar 38/2004 do Estado do Piauí, tanto na versão original quanto na versão da nova lei.* (ADI 3.434-MC, voto do Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 23-8-2006, Plenário, DJ de 28-9-2007 - (grifos nossos).

Feitas essas considerações, pode-se concluir:

a) que os cargos comissionados, nos precisos termos do art. 37, incisos II e V, da Constituição Federal são de livre nomeação e exoneração, tendo como atribuições as funções de direção, chefia e assessoramento, sendo que: **(a.1)** as atribuições de chefia e direção dependem da existência de cargos imediatamente subordinados e estruturados dentro de uma organização administrativa hierárquica pré-estabelecida; **(a.2)** os cargos de assessoramento devem conter função de aconselhamento de autoridade imediatamente superior. Em todos os casos, as atribuições de direção, chefia e assessoramento devem ser interpretadas restritivamente, não alcançando as atividades de mera rotina administrativa e de execução, bem assim não abrangendo as funções típicas de Estado;

c) que a contratação de pessoal para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, nos termos do art. 37, inciso, IX, da Carta Política, deve ser encarada restritivamente e desde que os casos estejam contemplados expressamente em lei, o prazo de contratação seja pré-determinado, a necessidade seja temporária e o interesse público seja excepcional, não cabendo se falar em necessidade temporária nos casos de atividades rotineiras e permanentes da administração pública, ainda que se trate de serviço essencial;

d) que a contratação temporária de pessoal fora dos ditames do art. 37, inciso IX, da Constituição, independentemente do prazo do contrato ou mesmo de sucessivas contratações, ainda que por períodos longos, deve ser anulada e não enseja qualquer reconhecimento de estabilidade do agente público temporário, porquanto não se trata de servidor estatutário ocupante de cargo efetivo a ser tutelado pela disposição do art. 41 da CF, como entendeu o Supremo Tribunal Federal em sede da ADIN 3434;

e) que é indubitavelmente necessária a edição de lei específica estadual a contemplar as hipóteses de contratação, os prazos máximos de duração dos contratos, a indicação do regime jurídico aplicável, bem assim a fixação de regra de quarentena a fim de evitar a perpetuação de sucessivos contratos administrativos celebrados com uma mesma pessoa física, tendo por parâmetro básico a Lei Federal n.º 8.745/1993.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Edmir Netto. *Curso de Direito Administrativo.* São Paulo: Saraiva, 2005.

MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo.* 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

PARAÍBA. Procuradoria Geral do Estado. Parecer PGE n.º 028/2010. Paraíba: Diário Oficial do Estado.

SILVA, José Afonso. *Comentário Contextual à Constituição.* São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVEIRA, Raquel Dias. *Profissionalização da Função Pública.* Belo Horizonte: Forum, 2009.

ZANCANER, Weida. *Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos.* 3 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

MAGISTÉRIO SUPERIOR E REGIME JURÍDICO: UMA ABORDAGEM EM TORNO DO ART. 206, V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Edilson Pereira Nobre Júnior
Professor da UFRN. Doutor em Direito Público pela Faculdade de Direito do Recife – UFPE. Desembargador do Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

RESUMO: *Este artigo analisa o conteúdo do art. 206, V, da Constituição Federal, com o objetivo de defender o direito dos docentes universitários de serem regidos por estatuto próprio, diverso do regime único a que se refere o art. 39, caput, da Constituição, o que se justifica pela necessidade do exercício da atividade de ensino ser exercitada com a garantia da liberdade de cátedra.*
Nesse sentido, defende-se que o Decreto 94.664/87, que estabeleceu plano de cargos em favor dos docentes das instituições federais de ensino, foi recepcionado pela Constituição de 1988 com a qualidade de lei ordinária, não se lhes aplicando a Lei nº 8.112/90.
Argumenta-se ainda que a existência de regime jurídico especial em favor dos docentes não exclui a incidência dos direitos assegurados aos servidores públicos em geral.

PALAVRAS-CHAVE: *Docente. Instituição Federal de Ensino. Regime Jurídico Especial.*

Debate-se no presente escrito uma questão jurídica interessante[1]. Reside esta na necessidade, cuja verificação não mais pode tardar, de se assentar ou não a aplicabilidade aos docentes universitários do regime jurídico de pessoal a que se refere o art. 39, *caput*, da Constituição.

Apenas para avivar, eis a redação do dispositivo:

> *Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único*

[1] *A inspiração para o desenvolvimento do texto surgiu a propósito do exame de pretensão formulada por professor da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, deduzida nos autos do Processo 2009.84.00.009337-8, no sentido de obter licença, sem prejuízo de seus direitos remuneratórios, para a realização de doutoramento no exterior. Não obstante manifestações favoráveis oriundas do departamento de lotação do interessado, bem assim do programa de pós-graduação do respectivo curso (mestrado em direito), a Câmara de Pós-Graduação se manifestou pelo indeferimento do pedido, ao argumento do requerente não ter completado o estágio probatório e, por isto, vir a lume vedação constante do art. 20, §4º, combinado com o art. 96 – A, da Lei 8.112/90. Não se resignando com tal entendimento, aquele ingressou em juízo, amparando-se na circunstância de que, por força do critério da especialidade, a utilidade pleiteada estaria regulada pelo art. 47, I, §§ 1º e 3º, do Decreto 94.664/87. A decisão monocrática de mérito, de minha lavra, enveredou pelo acolhimento da súplica.*

e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas.[2]

Tal preceito constitucional, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello[3], veio à baila para coibir que, no particular de cada pessoa política, existissem disciplinas jurídicas do pessoal civil diferentes para a Administração Direta, para as autarquias, ou ainda para as suas fundações públicas.

Além do mais, deixa claro o autor que o regime único deverá ser obrigatoriamente o de cargo público, pois o de emprego seria radical e, definitivamente, incompatível para a regência dos direitos e deveres dos servidores civis das pessoas jurídicas de direito público[4].

No entanto, não se pode esquecer que, da mesma forma como pode suceder no complexo das normas legais, não se mostra impossível que, no conjunto das normas duma Constituição analítica, venha igualmente acontecer existência de dispositivos suscetíveis de relação de comparação geral e especial.

O regramento constante do art. 2º, §2º, da Lei de Introdução ao Código Civil, não tem sua aplicação confinada à província das leis. Estatui antes um critério geral para o ordenamento jurídico como um todo.

Versando o tema inerente à solução de incoerências no sistema jurídico, alude Bobbio[5] a alguns critérios, dentre os quais, é possível se visualizar aquele consoante o qual, em havendo uma incompatibilidade entre duas normas, uma a ostentar uma disciplina mais geral e outra com o porte de especialidade – que, por via de princípio, seriam aplicáveis a situações semelhantes – a segunda prevalece, tendo em vista esta afastar, para a situação específica, as disposições da primeira.

A razão para a opção pelo tratamento específico, no dizer do autor, é a seguinte:

> *A passagem de uma regra mais extensa (que abrange um certo genus) para uma regra derrogatória menos extensa (que abrange uma species do genus) corresponde a uma exigência fundamental de justiça, compreendida como tratamento igual das pessoas que pertençam à mesma categoria. A passagem da regra geral à regra especial corresponde a um processo natural de diferenciação das categorias, e a uma descoberta gradual, por parte do legislador, dessa diferenciação.*[6]

---

[2] *A redação do dispositivo não se acha revogada pela superveniência da EC 19/98. Conforme acentuou o Supremo Tribunal Federal, ao deferir medida cautelar na ADI 2.135 – 4 – DF (Pleno, v.u., rel. Min. Ellen Gracie, DJe de 07-03-2008), padece o ato emanado do poder constituinte derivado de inconstitucionalidade formal. Porém, os efeitos da medida de urgência foram deferidos com explicitada eficácia ex nunc, para com isso se preservar, até o julgamento de mérito, a validade dos atos praticados com base na legislação até então editada, mais precisamente as contratações efetuadas com lastro nos diplomas legais que dispuseram sobre o retorno do regime de pessoal celetista à Administração Pública, o qual, no âmbito da União, centrou-se na Lei 9.962/2000.*

[3] *Regime constitucional dos servidores da Administração Direta e Indireta. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 80-81.*

[4] *Outro não foi o entendimento sufragado por Adilson Abreu Dallari (Regime constitucional dos servidores públicos. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 46 e 49). Diverso é o ponto de vista de Toshio Mukai (Administração Pública na Constituição de 1988. Saraiva: São Paulo, 1989, p. 62), para quem está incluída na liberdade de conformação do legislador de cada ente político optar pela natureza do regime único a ser adotado, se estatutário ou celetista.*

[5] *Teoria do ordenamento jurídico. 4 ed. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994, p. 95-96.*

[6] *Op. cit., p. 96.*

A imposição magna de regime jurídico único de pessoal não escapou de situações nas quais foi possível suscitar questionamento acerca da licitude quanto à permanência de regimes especiais.

A primeira delas ocorreu quanto ao pessoal do Banco Central do Brasil, cujo art. 251 da Lei 8.112/90 determinou que, enquanto não publicada a lei complementar referida pelo art. 192 da Lei Fundamental, em sua redação originária, os seus servidores continuariam a ser regidos pela legislação então vigente, consistente em dispositivos específicos da Lei 4.595/64.

A matéria foi levada ao descortino do Supremo Tribunal Federal por ocasião da ADI 449 – 2 – DF[7]. Este, na linha do entendimento exposto pelo relator, Min. Carlos Velloso, assentou que, em nenhum instante, o art. 192, IV, da Lei Básica[8], conferiu à lei complementar a regulação do regime jurídico do pessoal do Banco Central do Brasil.

Por essa razão, outra conclusão não se impunha senão aquela que submete os seus servidores à unicidade de regime jurídico a que se refere o art. 39, *caput*, da Constituição, sendo com este incompatível o art. 251 da Lei 8.112/90.

Outra hipótese na qual se poderá cogitar da prevalência de regime jurídico específico frente à obrigatoriedade que sobressai do art. 39, *caput*, da Lei Máxima, é a que concerne aos docentes universitários[9].

Sem sombra de dúvida que, nesse caso, a prevalência de regime específico se impõe. É que, diferentemente do que sucedeu com o pessoal do Banco Central do Brasil, há, às expressas, exceção constante do texto da Constituição, revelada quando o seu art. 206, V, a pretexto de enunciar os princípios regentes do ensino, proclamou:

> *Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:*
> *(...)*
> *V - valorização dos profissionais do ensino, garantido, na forma da lei, plano de carreira para o magistério público, com piso salarial profissional e ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, assegurado regime jurídico único para todas as instituições mantidas pela União;*[10]

O assunto, mais uma vez, foi levado ao Pretório Excelso. Tratou-se do ajuizamento da ADI 1.620 – 2[11], na qual se impugnava, ao argumento de suposta ofensa ao art. 39, *caput*, da Constituição, o art. 54 da Lei 9.394/96, à qual incumbe estabelecer as diretrizes e bases da educação nacional[12].

---

[7] *Pleno, v.u., DJU de 22-11-96.*

[8] *Antes da EC 40/2003, o art. 192, IV, ostentava a redação, a saber: "Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, será regulado em lei complementar, que disporá, inclusive, sobre: (...) IV - a organização, o funcionamento e as atribuições do banco central e demais instituições financeiras públicas e privadas; (...)."*

[9] *Há no texto da Constituição de 1988 outras referências explícitas a regimes de pessoal específicos, excludentes do regime jurídico único. É o caso dos magistrados (art. 93, caput) e dos membros do Ministério Público (art. 128, §5º).*

[10] *A transcrição se refere à redação original, a qual foi, sucessivamente, alterada pelas EC 19/98 e 56/2006. A que se espera seja a última versão está assim redigida: "Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: (...) V - valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas; (...)".*

[11] *Pleno, v.u., rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 15-08-97.*

[12] *O dispositivo legal, o qual foi objeto de interpretação conforme pelo Pretório Excelso, tem o seguinte teor: "Art.*

Compreendeu o Supremo Tribunal Federal que, no particular dos docentes das instituições federais de ensino, a especificidade decorria da própria Lei Maior, ou seja, do previsto no art. 206, V, da Lei Fundamental, o que implicava a subtração da categoria docente federal do regime único comum ao funcionalismo[13].

Em seu pronunciamento, o relator agregou ainda duas observações. A primeira delas foi a de que, embora o texto original do art. 206, V, da CF, fizesse menção unicamente às instituições mantidas pela União, não obstava a sua convicção particular no sentido de não haver vedação a que os sistemas estaduais e municipais de educação adotassem estatutos peculiares aos seus corpos docentes.

Essa visão, ao que parece, foi adotada pelas redações das EC 19/98 e 53/2006, que conferiram ao art. 206, V, da Lei Maior, uma maior amplitude, ao eliminar o componente restritivo concernente às instituições mantidas pela União.

Daí se pode, atualmente, concluir que não são somente os docentes das instituições federais de ensino, mas também os vinculados às Administrações estaduais e municipais, sejam ou não integrantes do magistério superior, os destinatários de regimes específicos de pessoal, na forma do preceito constitucional em análise.

Desse modo, as redações posteriores desse preceptivo constitucional também não autorizam interpretação diferente, antes apenas autorizando interpretação mais ampla, nos termos do voto do Min. Sepúlveda Pertence na ADI 1.620, no sentido de referendar a exclusão do regime geral do funcionalismo em prol dos docentes dos sistemas estaduais e municipais de ensino, com a sua submissão a estatuto específico de pessoal.

A outra – e, nesse ponto, não se limitou a *obiter dictum*, mas sim constituiu razão determinante para a tomada da deliberação pela Corte – foi a de que se afigurava inconstitucional o art. 54 da Lei 9.394/96, na parte que determinava disporem tais estatutos específicos, também sobre o regime do pessoal burocrático, o qual se encontra submetido ao modelo único e geral do funcionalismo.

A razão de ser para a aceitação de tal entendimento precede à previsão do art. 206, V, da Constituição. A menção constitucional explícita de plano de carreira próprio para os que integram a docência, distinto do regime único dos demais servidores, consoante pensar de Celso Antônio Bandeira de Mello[14], exposto ao apagar das luzes do arquétipo constitucional pretérito, decorre da circunstância de que os docentes devem usufruir duma mais ampla independência e liberdade de expressão, pois o ensino não pode prosperar numa atmosfera que sufoque a autonomia do magistério e a universidade constitui centro cultural cuja missão específica demanda um clima de liberdade, o que não era satisfeito pela aplicação do regime celetista, predominante à época do escrito em referência.

A liberdade de cátedra, principalmente no âmbito universitário, constitui, numa

---

54. As universidades mantidas pelo Poder Público gozarão, na forma da lei, de estatuto jurídico especial para atender às peculiaridades de sua estrutura, organização e financiamento pelo Poder Público, assim como dos seus planos de carreira e do regime jurídico do seu pessoal".

[13] *A ementa do julgado, só por só, é bastante elucidativa: "EMENTA: Universidade pública: regime de pessoal: peculiaridades a considerar no estatuto jurídico das universidades: art. 54 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação: argüição de inconstitucionalidade fundada no art. 39 CF: suspensão cautelar sem redução do texto conforme à Constituição. 1. No que diz respeito aos integrantes do magistério público, não é o art. 54 da Lei Darcy Ribeiro que os subtrai do âmbito do regime jurídico único do servidor público (CF, art. 39): é a Constituição mesma, art. 206, V, que lhes assegura outro regime, único mas especial, o qual, entretanto, não lhes poderá negar as garantias outorgadas a todo o funcionalismo pela Lei Magna. 2. O pessoal burocrático das Universidades, ao contrário, há de submeter-se ao regime único dos servidores públicos, que somente não alcança os que dele foram retirados pela própria Constituição".*

[14] *Universidades oficiais: natureza – regime e estrutura cabíveis. Revista de Direito Público, ano XVIII, v. 73, p. 62, jan./mar.1985.*

democracia, essência da função de ensinar, operando além de garantia de independência do professor, para representar igualmente instrumento de defesa da sociedade, cujo desenvolvimento não prescinde do pluralismo de ideias, valor que, por injunção do art. 1º, V, da Constituição de 1988, foi reconhecido como fundamento da República Federativa do Brasil.

A essa preocupação restou atento o direito vigente. De fato, a experiência vivenciada durante o regime pretérito, de marcante cariz autoritário, fez com que a assembleia constituinte cuidasse de prescrever como princípio do ensino a liberdade de cátedra, fazendo-o no comentado art. 206 da Lei Maior, quando impôs o respeito: a) à liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber; b) ao pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino.

Observando-se o direito estrangeiro, tem-se, por exemplo, na Constituição espanhola de 1978, cuja promulgação marcou ruptura com a ditadura fascista do franquismo, como uma das pilastras da liberdade de expressão e informação a liberdade de cátedra (art. 20, *c*).

A consagração constitucional explícita da liberdade de cátedra, conforme assinala Ascensión Elvira Perales[15], forneceu as condições necessárias para o desenvolvimento de seu conteúdo essencial pelo Tribunal Constitucional, para o qual: a) constitui uma projeção da liberdade ideológica e do direito dos docentes de difundir livremente os pensamentos, ideias e opiniões no exercício de sua profissão, consistindo na possibilidade de cada professor expressar as ideias de convicções que assume como próprias em relação à disciplina que ensina (STC 217, de 01 de dezembro de 1992); b) encontra-se condicionada pelos planos de ensino, de maneira que aumentará nos níveis educacionais superiores cujos planos somente oferecem diretrizes, permitindo um grau maior de configuração por parte dos professores (STC 179, de 12 de novembro de 1996); c) é preciso atentar que o direito fundamental apresenta maior densidade de conformidade, de acordo com os centros de ensino, se públicos ou privados, pois, enquanto nestes viceja o direito à manutenção dum ideário próprio, cuja imposição se dirige aos seus docentes, naqueles o grau de liberdade se apresenta maior, sendo o ensino obrigatoriamente não confessional e ideologicamente neutro (STC 47, de 27 de março de 1985).

Idêntica constatação resulta do exame do art. 43º da Constituição da República Portuguesa[16], o qual, na visão de Jorge de Miranda e Rui Medeiros[17], realça a liberdade de escola e a liberdade na escola, devendo destacar, no particular da última, algumas consequências, a saber: a) liberdade dos professores de ensino de acordo com a sua procura da verdade, o seu saber, a sua orientação científica e pedagógica; b) direito do aluno à compreensão crítica dos ensinamentos recebidos. No que concerne à vedação dum ensino confessional nas escolas públicas, não quer afastar do ensino público a influência das religiões, convicções, filosofias ou ideologias, pois estes fatores são imanentes a uma sociedade pluralista, mas sim dizer que o ensino público não se identifica com nenhuma religião, convicção, filosofia, ou ideologia, evitando, portanto, a unicidade da doutrina de Estado[18].

---

[15] *Sinopsis artículo 20 – Constitución Española. Disponível em: www.congreso.es. Acesso em: 28-06-2010.*

[16] *O teor do preceito magno lusitano, mantido inalterado pela IV Revisão Constitucional, promulgada pela Lei Constitucional 01, de 24 de julho de 2004, é o seguinte: "Art. 43º (Liberdade de aprender e ensinar) 1. É garantida a liberdade de aprender e ensinar. 2. O Estado não pode programar a educação e a cultura segundo quaisquer directrizes filosóficas, estéticas, políticas, ideológicas ou religiosas. 3. O ensino público não será confessional. 4. É garantido o direito de criação de escolas particulares e cooperativas". Disponível em: www.portolegal.com. Acesso em: 18-02-2011.*

[17] *Constituição portuguesa anotada. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. Tomo I, p. 457-459.*

[18] *A quase totalidade das constituições promulgadas a partir da segunda metade do século passado acolhe o direito à liberdade de cátedra. Afigura-se desnecessária a menção delas, cujo rol pode ser encontrado em Jorge de Miranda e Rui Medeiros (Constituição portuguesa anotada. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. Tomo I, p. 456).*

Por sua vez, o fato de, em sua redação atual, o art. 206, V, da Lei Magna, a pretexto de delimitar seus destinatários, ter substituído a expressão "profissionais do ensino" pela de "profissionais da educação escolar", não implicou, de forma alguma, no afastamento dos docentes universitários do seu campo de ação.

Como visto, a previsão de regime de pessoal específico para o docente, longe de fundar-se em razões de política funcional, decorre da natureza específica do ofício de ensinar, a pressupor certo grau de independência por parte do profissional, de modo que tal se faz presente, com maior intensidade, na província do ensino superior.

É ainda preciso acentuar que o tratamento do regime jurídico dos docentes por lei específica não quer dizer que aqueles estariam desprovidos da fruição dos direitos e garantias que, de maneira geral, a Constituição de 1988 dispensa em prol do funcionalismo. Absolutamente. Decorre essa possibilidade, demais de ressalvada pelo voto-condutor da ADI 1.620 – 2, de que tais benefícios são impostos genericamente aos servidores públicos, independentemente da sua adstrição a determinado regime jurídico, sendo até mesmo extensível aos integrantes de categorias que pretendem se qualificar como agentes políticos, como é o caso dos magistrados e membros do Ministério Público.

Tecidas essas considerações, ressalta-se ter, no que concerne aos docentes das instituições federais de ensino, sido aprovado, em cumprimento ao disposto no art. 3º da Lei 7.596, de 10-04-87, o Decreto 94.664, de 23-07-87, consistente em plano de carreira único para o pessoal das instituições federais de ensino, denominado Plano Único de Classificação e Retribuição de Cargos e Empregos - PUCRE.

Daí ser preciso assentar que, em sendo anterior à Constituição vigente, o Decreto 94.664/87 teve os seus dispositivos recebidos, contanto que não sejam portadores de incompatibilidade material com os princípios e preceitos consagrados por aquela.

Resulta tal conclusão da aplicação, nas relações entre a nova Constituição e a legislação já existente, do fenômeno da recepção, conforme explicitado pela doutrina. Assim se obtém da pena de Luís Roberto Barroso:

> *Merece relevo, por igual, o princípio da continuidade da ordem jurídica. Ao entrar em vigor, a nova Constituição depara-se com todo um sistema legal preexistente. Dificilmente a ordem constitucional recém-estabelecida portará em um rompimento integral e absoluto com o passado. Por isto, toda a legislação ordinária – federal, estadual e municipal – que não seja incompatível com a nova Constituição conserva sua eficácia. Se assim não fosse, haveria um enorme vácuo legal até que o legislador infraconstitucional pudesse recompor inteiramente todo o domínio coberto pelas normas jurídicas anteriores*[19].

A recepção – e isto é preciso ser enfatizado – pressupõe apenas a compatibilidade de ordem material. Sob o prisma da forma, os dispositivos anteriores ganham novo suporte de validade. Assim, uma lei ordinária pode ser recebida como lei complementar, um decreto como lei, havendo até mesmo se aceito a recepção de normas regimentais com o caráter de lei processual, em compasso com o reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal[20].

---

[19] A Constituição e o conflito de normas no tempo. Direito Constitucional Intertemporal. *In: Perspectivas Constitucionais: Nos 20 anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. v. II, p. 52.

[20] O Pretório Excelso, em várias oportunidades, podendo-se citar como uma delas os Embargos Infringentes na Reclamação 377 – 6 – PR (Pleno, v.u., rel. Min. Moreira Alves, DJU de 27-10-94), manifestou-se

Interessante, no ponto, a lição de Bobbio:

> *O fato de o novo ordenamento ser constituído em parte por normas do velho não ofende em nada o seu caráter de novidade: as normas comuns ao velho e ao novo ordenamento pertencem apenas materialmente ao primeiro; formalmente, são todas normas do novo, no sentido de que elas são válidas não mais com base na norma fundamental do velho ordenamento, mas com base na norma fundamental do novo. Nesse sentido falamos de recepção, e não pura e simplesmente de permanência do velho no novo. A recepção é um ato jurídico com o qual um ordenamento acolhe e torna suas as normas de outro ordenamento, onde tais normas permanecem materialmente iguais, mas não são mais as mesmas com respeito à forma*[21].

Antes, Kelsen[22] já observara, com acuidade, que se as leis introduzidas quando da vigência da Constituição anterior continuam válidas é porque tal validade lhe foi conferida pela nova Constituição. Disto se segue que aquelas, as leis anteriores, não persistem idênticas da maneira como se apresentavam ao instante de sua promulgação, porque o fundamento de sua validade foi transposto para a nova Lei Maior. Lógico, portanto, que, quanto à forma, prevalecerá a indicada pela Lei Magna posterior.

Com argúcia, mas sem discrepar das orientações anteriores, Jorge de Miranda[23] vislumbra, na superveniência duma nova Constituição, uma novação da legislação ordinária interna, de modo que cada uma das suas normas, legislativas, regulamentares, e outras, passam a retirar sua validade, direta ou indiretamente, da nova Lei Básica. Esta acarreta, segundo o autor, a mudança do lastro de validade das normas inferiores, as quais são renovadas, no seu título, ou na sua força jurídica, por aquela, deixando sistematicamente de ser as mesmas.

Do fenômeno resultam algumas implicações de ordem prática, as quais são decorrentes duma inevitável distinção de direitos e deveres dentre o pessoal docente das instituições superiores de ensino e o restante do funcionalismo federal.

Visualizando-se apenas a situação dos docentes das instituições federais de ensino, tem-se, à guisa de exemplo, disciplina especial relativa aos afastamentos, os quais ocorrerão nas situações previstas e na forma dos arts. 47 e 49 do Decreto 94.664/97.

Precisamente quanto ao afastamento para fins de aperfeiçoamento, a ter lugar em instituição nacional ou estrangeira, far-se-á com a incidência do art. 47, I, §§1º e 3º, do Decreto 94.664/87, que não contém as limitações temporais constantes dos arts. 20, §4º, e 96 – A, da Lei 8.112/90.

Tal modalidade de afastamento, por força do §1º do art. 47 do Decreto 94.664/97, tem sua disciplina remetida às normas a serem editadas pela própria entidade, no uso de

---

no sentido de que os dispositivos do seu regimento interno que emanam normas processuais, bem como aqueles que disciplinam o cabimento dos embargos infringentes, foram recepcionados pela atual Lei Magna com o *status* de lei.

[21] *Teoria do ordenamento jurídico*. 4 ed. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994, p. 177.

[22] *Teoria geral do Direito e do Estado*. 3. ed. Tradução de Luis Carlos Barbosa. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 172. A versão original recua a 1925.

[23] *Manual de direito constitucional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. Tomo II, p. 279.

sua autonomia administrativa, de porte sobranceiro (art. 207, *caput*), estatuindo aquele preceptivo que, em nenhuma situação, o prazo para o afastamento possa superar cinco anos.

E assim deve ser porque, diversamente dos demais servidores públicos civis, a realização de curso de doutoramento ou de mestrado é integrante – e mesmo determinante – da eficiência da atividade docente de grau superior.

Nos termos do art. 48 do Decreto 94.664/87, há também previsão de licença sabática de seis meses, depois de sete anos de exercício de magistério, a qual tem por fim o afastamento do docente para a realização de estudos e aprimoramento técnico-profissional, restando afastada a licença para capacitação prevista no art. 87 da Lei 8.112/90. O dispositivo limita tal direito àqueles docentes que se encontram nos regimes de quarenta horas semanais e dedicação exclusiva, o que é suscetível, à primeira vista, de atritar-se com a isonomia, tendo em vista a omissão quanto aos que exercem suas atividades em regime de vinte horas semanais.

Outras particularidades podem ser referenciadas, tais como o direito: a) a ser transferido ou movimentado para outra instituição federal de ensino para prover cargo igual àquele ao ocupado na instituição de origem (art. 46); b) a que seu cônjuge, caso seja servidor, perceba a remuneração que lhe é devida pelo órgão de origem (art. 42); c) à percepção de gratificação adicional por tempo de serviço equivalente a 5% do correspondente vencimento após cada cinco anos de serviço (art. 35); d) ao gozo de quarenta e cinco dias de férias anuais, a serem fruídos em um ou dois períodos (art. 38), bem assim à conversão em pecúnia de um terço do valor de suas férias (art. 39).

Uma observação se faz importante: o Decreto 94.664/87, obviamente, não foi recepcionado na parte inerente às disposições que se referem ao desempenho do magistério mediante emprego público.Isso se impõe não só pela expressão "plano de carreira" forjar a convicção de que se está no âmbito do liame estatutário, mas, principalmente, pela incompatibilidade do exercício de ofício público cujo ocupante ostenta maior independência com o regime da CLT[24].

Essa exposição de motivos me autoriza, com facilidade, a formular algumas conclusões, a saber:

> a) o art. 206, V, da Constituição, por constituir-se em norma especial frente à imposição de regime único de pessoal para a regência dos servidores das Administrações Direta, Autárquica e Fundacional, da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, assegura, em prol dos docentes, regime de pessoal próprio, cuja razão de ser, longe de configurar desigualdade de tratamento, repousa na necessidade de se garantir a independência indispensável que a atividade da docência requer para o seu desenvolvimento a contento;
> b) quanto aos docentes integrantes das instituições federais de ensino, forçoso reconhecer-se que o Decreto 94.664/87, cuja recepção parcial se impõe na qualidade de lei ordinária, estabelece regime jurídico distinto, o qual lhes afasta da sujeição à Lei 8.112/90, sem, contudo, privar-lhes dos direitos constitucionalmente assegurados à universalidade dos servidores públicos.

---

[24] Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, por decisão monocrática proferida pelo Ministro Marco Aurélio (ADIN 2310/DF), concedeu liminar para suspender a vigência do art. 1º, da Lei nº 9.986/2000, ao entendimento de que o regime trabalhista era incompatível para a disciplina do pessoal das agências reguladoras, em face da função por estas desempenhada requerer uma maior autonomia por parte dos respectivos agentes públicos.

Sei que o entendimento aqui exposto pode parecer heresia, máxime diante da jurisprudência que, por ocasião da solução de litígios, vem se formando no Superior Tribunal de Justiça[25], com o reconhecimento de que a Lei 8.112/90, bem como as modificações desta, revogou o Decreto 94.664/87.

Tal circunstância não abala minha convicção. Demais do Superior Tribunal de Justiça vir examinando o tema unicamente sob o critério cronológico, tomando como base a superveniência da Lei 8.112/90 perante o Decreto 94.664/97, sem levar em consideração o art. 206, V, da Constituição, até porque a análise de questão constitucional se evadiria do campo do recurso especial.

Por essa razão, fico no aguardo que a matéria venha a ser novamente discutida e – o que é decisivo – sob o prisma constitucional.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Regime constitucional dos servidores da Administração Direta e Indireta.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Universidades oficiais: natureza – regime e estrutura cabíveis. *Revista de Direito Público,* ano XVIII, jan./mar. de 1985.

BARROSO, Luís Roberto. *A constituição e o conflito de normas no tempo.* Direito Constitucional Intertemporal. *In*: Perspectivas Constitucionais: Nos 20 anos da Constituição de 1976. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, v. II.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico.* 4 ed. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994.

DALLARI, Adilson Abreu. *Regime constitucional dos servidores públicos.* 2ª ed. São Paulo: revista dos Tribunais, 1990.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do Direito e do Estado.* 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Tradução de Luis Carlos Barbosa.

MIRANDA, Jorge de. *Manual de direito constitucional.* 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, Tomo II.

MIRANDA, Jorge de; MEDEIROS, Rui. *Constituição portuguesa anotada.* Coimbra: Coimbra Editora, 2005, Tomo I.

MUKAI, Toshio. *Administração Pública na Constituição de 1988.* Saraiva: São Paulo, 1989.

PERALES, Ascensión Elvira. *Sinopsis artículo 20 – Constitución Española.* Disponível em: *www.congreso.es.* **Acesso em 28-06-2010.**

[25] *Ver o deliberado no Agravo Regimental no RESP 928.136 – MG (6ª T., v.u., rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJU de 17-05-2010), no qual são citados vários precedentes.*

PROGRAMA VOLUNTÁRIOS DO CONTROLE EXTERNO - VOCÊ

Arnóbio Alves Viana
Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado da Paraíba.

Marilza Ferreira de Andrade
Assessora Técnica do Tribunal de Contas do Estado da Paraíba.

RESUMO: *A concepção do VOCÊ visou a contribuir para o melhor desempenho da gestão pública, mais especificamente da saúde - como política pública -, motivando e tornando viável o controle social, via participação efetiva e voluntária de um segmento da sociedade civil - os idosos usuários das Unidades Básicas de Saúde (UBS) - no acompanhamento e verificação das Ações Básicas de Saúde dos seus municípios, para que, agindo, de forma sistemática, como auxiliares do TCE no controle externo, enquanto as ações estão em curso, ofereçam aos gestores a condição de correção das eventuais não-conformidades detectadas, o que resultará numa contribuição para a melhoria na prestação dos referidos serviços de saúde a toda a população - e não apenas aos idosos - nos respectivos municípios.*

PALAVRAS-CHAVE: *Controle Social. Voluntários. Idosos.*

SUMÁRIO: *Introdução; 1. Objetivo; 2. Apresentação da experiência; 3. Resultados e discussão; 4. Conclusões.*

INTRODUÇÃO

O Programa VOCÊ - Voluntários do Controle Externo - criado pelo Tribunal de Contas do Estado da Paraíba foi agraciado com o Prêmio Sergio Arouca de Gestão Participativa no SUS, 2008, 3ª edição, na categoria ***EXPERIÊNCIAS EXITOSAS DE GESTÃO PARTICIPATIVA,*** constando da publicação impressa da síntese dos trabalhos premiados e selecionados, edição 2010, do Ministério da Saúde, por meio da Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa.

No Regulamento do Prêmio promovido pelo Ministério da Saúde, através da Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa do Ministério da Saúde (MS/SGEP), em parceria com o Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS) e o Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde (CONASEMS), o VOCÊ enquadrou-se como "Relato analítico de gestão participativa, com duração mínima de um ano e que tenha sido realizada nos últimos cinco anos, em serviços, organizações ou sistemas de saúde".

1. OBJETIVO

O Programa Voluntários do Controle Externo – VOCÊ - tem como propósito capacitar cidadãos idosos, nos diversos municípios paraibanos, proporcionando-lhes

as condições para que funcionem de forma voluntária como auxiliares do Tribunal de Contas do Estado no acompanhamento e verificação de algumas ações da Atenção Básica à Saúde do Sistema Único de Saúde - SUS, num efetivo exercício do controle social.

A opção de acompanhar as prioridades do PACTO DE ATENÇÃO BÁSICA referidas na Portaria nº 648/06, relacionadas aos procedimentos e programas cobertos pelo Piso de Atenção Básica - PAB, deve-se ao significativo impacto positivo que a melhoria na qualidade dessas ações terá na saúde das populações beneficiárias, aliado ao fato de ser o município o responsável pela promoção da saúde integral de sua população, ou seja, de caber a um jurisdicionado do Tribunal de Contas garantir o acesso da população à atenção básica e aos serviços especializados (de média e alta complexidade), mesmo quando localizados fora de seu território, controlando, racionalizando e avaliando os resultados obtidos, como determina a legislação.

2. APRESENTAÇÃO DA EXPERIÊNCIA

O Tribunal de Contas do Estado da Paraíba, TCE-PB, é uma instituição pública de CONTROLE EXTERNO, que tem como principal função FISCALIZAR O USO DOS BENS E RECURSOS PÚBLICOS pelo Estado e pelos 223 municípios paraibanos. Esse controle visa, em suma, a promover a eficiência e eficácia das ações públicas, combatendo e prevenindo ilegalidades, falhas não intencionais, a corrupção, o descaso, o desperdício e a falta de impessoalidade no uso da máquina pública, não cabendo, pois, ao TCE, a fiscalização apenas da legalidade e legitimidade das ações dos gestores públicos.

A sociedade, nas diversas pesquisas de satisfação aplicadas pelo Tribunal, tem cobrado da Corte de Contas um controle externo que atue enquanto as ações estão acontecendo, a exigir a presença do controle externo quando ainda seja possível uma correção ou a interrupção da conduta não-conforme do gestor, e não mais a *posteriori*, por ocasião da Prestação de Contas. Ela sente dificuldade de entender a atuação do TCE apenas depois do fato consumado, mesmo que dessa atuação resulte imputação de débito e/ou devolução dos recursos malversados.

O Programa de Voluntários do Controle Externo - VOCÊ - surgiu nesse contexto de busca de celeridade de ação do TCE, visando a corresponder aos anseios da sociedade, como um instrumento que lhe possibilita fomentar o controle social estatuído na Constituição Federal e na Lei de Responsabilidade Fiscal, via efetiva PARTICIPAÇÃO DO CIDADÃO, como voluntário, no acompanhamento e fiscalização dos bens e recursos públicos.

A definição dos idosos como o segmento da sociedade civil que deveria atuar como voluntariado do VOCÊ, considerou a oportunidade de reinserção dessas pessoas na sociedade, bem como a condição de aproveitamento e aplicabilidade do cabedal de talentos e conhecimentos inativos, e, ainda, o reflexo positivo na auto-estima dessas pessoas, no exercício pleno da cidadania, sendo os olhos e ouvidos do Tribunal, que, em contrapartida, será sua voz, cobrando a correção das suas constatações.

O TCE deu inicio a ações de sensibilização e motivação junto aos possíveis adesistas, no sentido de viabilizar o processo, estabelecendo parcerias com instituições que, historicamente, desenvolvem trabalho com idosos, a exemplo do SESC, Clero, Associação Comunitárias, Centros de convivência de idosos e ONG. O passo seguinte foi a eleição da política pública a ser acompanhada. Optou-se pela saúde, mais

especificamente algumas ações básicas oferecidas pelo SUS, após criterioso e acurado estudo da competência do TCE para fiscalizar os recursos envolvidos naquelas ações, conforme demonstrado mais à frente.

Nas cidades onde se vai implementar o programa, aplica-se aos adesistas uma capacitação estruturada, de modo a contemplar assuntos pertinentes, relevantes e essenciais para o desenvolvimento das competências necessárias à prática do Programa, e nuançam-se as boas e corretas práticas administrativas e de gestão pública relativas à política pública da saúde a ser acompanhada, e as exigências legais aplicáveis a essas práticas. Destaque especial é dado à função do controle social, ao papel do cidadão voluntário, à sua postura e ao que o TCE espera nessa parceria, mostrando o desdobramento e a importância das ações desses cidadãos, bem como ao distanciamento indispensável das questões político-partidárias locais e/ou regionais. Finalmente, é-lhes apresentada uma conceituação detalhada do objeto alvo de controle eleito, abrangendo a conscientização do cidadão quanto ao seu direito àquele serviço/bem com qualidade, ao respeito aos limites do que deve ser exigido, a metodologia e o treinamento prático na ferramenta aplicável - um questionário padrão - para o exercício efetivo do controle por parte deles.

A adesão do idoso é formalizada com o Termo de Adesão firmado na oportunidade, e recebimento do material necessário ao desempenho da nova função: identificação nominal assinada pelo presidente do TCE, Resolução Normativa que disciplina o Trabalho Voluntário no Tribunal, Lei do Voluntariado Nº 9.608, Cartilha sobre o VOCÊ, camisa personalizada, pasta e questionários a serem aplicados, identificando as Unidades Básicas de Saúde que terão os serviços verificados. Treinado e identificado, o voluntário visita, no período estabelecido, os órgãos municipais onde se ofereça atendimento à comunidade no que tange às questões básicas de saúde, preferencialmente as unidades de PSF, ou os Postos de Saúde, na inexistência daquelas; no local, utiliza a percepção, observação, e conversa com representantes da comunidade em atendimento/atendidos, bem como com profissionais da unidade, com vistas a obter as respostas das questões sugeridas pelo TCE; entrega, então ao Tribunal de Contas, na data-limite estabelecida, os questionários respondidos. Referidos dados são tabulados, e sua análise técnica orienta a diligência e/ou inspeção *in loco* por parte da auditoria, nos equipamentos de saúde onde se julgar necessária a verificação e elucidação das informações trazidas pelos voluntários. É gerado um relatório final, do qual originar-se-á o Pacto de Ajustamento de Conduta a ser firmado com o gestor da saúde do município. O prazo de correção das eventuais não-conformidades detectadas é acordado na ocasião da assinatura daquele documento. Expirado esse prazo, novamente os idosos são treinados, desta feita em novo questionário específico de verificação do cumprimento dos pontos pactuados, e aplicam tal instrumento durante novas visitas.

Ao receber as informações, o Tribunal procede como na primeira etapa, verificando *in loco* as constatações e pronunciando-se via relatório da auditoria. O princípio do VOCÊ não é a punição, mas a condição de o gestor fazer a correção das falhas porventura detectadas na prestação dos serviços básicos de saúde a que a comunidade tem direito. Entretanto, o não cumprimento do PACTO por parte do gestor constituir-se-á um agravante para a apreciação da respectiva Prestação de Contas do município.

Inicialmente, o VOCÊ está restrito ao acompanhamento e verificação de algumas ações da Atenção Básica à Saúde do Sistema Único de Saúde (SUS): atendimento

odontológico básico; consultas médicas em especialidades básicas; atendimento básico por outros profissionais de nível superior e médio; vacinação; visita e atendimento ambulatorial e domiciliar do PSF; atividades de assistência pré-natal e parto domiciliar por médico do PSF; pronto-atendimento em unidades básicas de saúde; agentes comunitários de saúde.

A base legal para que o Tribunal de Contas do Estado tenha escolhido a Saúde - em particular, as ações básicas oferecidas pelo SUS - para acompanhar é que as transferências de recursos financeiros da União aos Estados, Distrito Federal referente ao Sistema Único de Saúde são classificadas como não voluntárias pela Lei de Responsabilidade Fiscal (artigo 25), por decorrerem de previsão constitucional e legal. E os repasses destinados ao financiamento das ações e dos serviços do SUS, abrangendo recursos para a atenção básica e para os procedimentos de média e alta complexidade são transferências automáticas de recursos (fundo a fundo) feitas de forma regular pelo Fundo Nacional de Saúde para os estados, o Distrito Federal e os municípios, ou pelo Fundo Estadual de Saúde a municípios, e ocorrem independentemente de convênios ou instrumentos similares.

É sabido que a gestão dos recursos financeiros da saúde pública se dá, por determinação legal, por meio dos Fundos de Saúde, que existem nas três esferas de poder e se colocam, ao lado dos Conselhos, Planos de Saúde e Relatórios de Gestão, como instrumentos fundamentais do SUS, cabendo ao Fundo Municipal de Saúde (FMS) a administração de todos os recursos municipais, estaduais ou federais alocados na saúde no município. O não atendimento - por parte de determinado município - aos requisitos estabelecidos pela lei na administração dessas verbas acarretará a perda de sua habilitação para geri-las, e elas passam a ser administradas, respectivamente, pelos estados ou pela União.

Portanto, seja porque a Lei Complementar 101/00 exclui da transferência voluntária os recursos destinados ao SUS (art. 25), seja porque esses recursos da Saúde não são repassados mediante convênio, acordo, ajuste ou instrumento congênere, e sim por determinação constitucional (Art. 195, § 10, e 198, §3º, II) e legal (leis 8.080/90 e 8.142/90), de forma ordinária e automática (transferência fundo a fundo), tais recursos pertencem ao Município, sendo por ele arrecadados e cabendo, à *priori*, aos Tribunais de Contas dos Estados o respectivo controle. A implementação e a gestão do SUS são, também, obrigações das municipalidades, que devem trabalhar integradas às demais esferas de governo, na construção de políticas setoriais e intersetoriais que garantam à população acesso universal e igualitário à saúde.

3. RESULTADOS E DISCUSSÃO

Iniciado em 14 de junho de 2007, e tendo por meta os 223 municípios do estado, o VOCÊ já foi implementado em 27 municípios, entre os quais, os dois maiores. Para o êxito do programa muito contribuíram as parcerias estabelecidas entre o TCE e instituições que trabalham com idosos adotando o viés participativo - não caritativo e assistencialista -, incentivando-os às mais diversas atividades, a exemplo do SESC, o Clero, as Associação Comunitárias, os Centros de convivência de idosos e as ONG. Sem o apoio do SESC e do Clero, através das Pastorais dos Idosos, a história se sucesso do VOCÊ poderia não ser a mesma. Outra feliz opção, nesse sentido de contribuição para a plena implementação do VOCÊ, foi escolher como voluntários os idosos usuários do sistema

público de saúde, pois, os contatos mantidos com idosos de clubes da terceira idade evidenciaram o desinteresse dos seus freqüentadores para desenvolver outra atividade que não a de recreação e lazer, talvez, por serem usuários de planos particulares de saúde.

Por ocasião da capacitação, é dada especial atenção ao que o TCE espera que seja agregado à postura dos seus voluntários: observância a valores, princípios e atitudes éticas. As exposições partem do geral, mostrando-lhes a história da evolução da saúde no país, o direito à saúde garantido pela Constituição Federal de 1988, para se chegar ao particular, às ações básicas de saúde - alvo do diagnóstico deles -, exigindo-lhes compromisso com a verdade, que pela consciência dos limites sobre a exata competência e atribuição dos diversos atores envolvidos nessa rede que é o SUS. O início das visitas aos PSF só se dá após o lançamento do programa no município, para o qual o gestor e as autoridades locais são convidados, ocasião em que poderão tomar conhecimento da proposta desse trabalho; nem sempre, no entanto, atendem ao convite, e enviam representantes. Mas o VOCÊ tem sido muito bem acolhido em todos os municípios onde foi implementado, demonstrando a aprovação do modelo concebido.

O cunho de parceria tem permeado as relações do TCE com a totalidade dos gestores da saúde locais. Em todas as cidades, os voluntários têm tido o trabalho facilitado, e sido muito bem recebido nas unidades de saúde pelos profissionais, que se dispõem a mostrar-lhes a Unidade de Saúde e a responder-lhes as questões colocadas. Digno de registro é o fato de, nas cidades maiores, os secretários - de forma pró-ativa - terem oferecido funcionários dos distritos sanitários para acompanhar os voluntários na localização dos PSFs, o que foi prontamente aceito, considerando a complexidade e extensão geográfica onde se situam aqueles equipamentos. Nas cidades pequenas, são encontradas algumas dificuldades para se conseguir adesistas. O lançamento, do programa é sempre uma festa, sendo significativo o número dos que se entusiasmam e comparecem à capacitação. Entretanto, é reduzida a quantidade dos que aderem como voluntários, pois, ao depararem-se com o compromisso de pronunciarem-se como avaliadores das condições da atenção básica no seu município, desistem de aderir, alegando, para isso, razões diversas, mas, em particular, assumindo receio como o de serem apontados como denunciantes, ou serem alvos de represália.

Por ocasião da etapa de verificação de cumprimento dos pontos pactuados, à medida que os prazos para correção das falhas foram se expirando, no retorno às Unidades, os idosos constataram significativas melhorias, a exemplo de: reforma e adequação nas instalações físicas; instalação e funcionamento de equipamentos odontológicos; presença mais efetiva dos profissionais, especialmente, dos médicos; aquisição e pleno funcionamento de nebulizadores e instrumentos básicos indispensáveis ao pleno funcionamento da Unidade, geladeiras exclusivas para conservação e guarda das vacinas; redução no intervalo de tempo existente entre a marcação de exames e sua realização; instalação de sistema de segurança eletrônico; construção e funcionamento de sanitários distintos para usuários e profissionais.

As solicitações recebidas pelo Tribunal para que o VOCÊ seja aplicado a outros municípios, via Clero, Câmaras Municipais, Conselhos Municipais de Saúde, apontam para a aprovação da sociedade, e sinalizam a confiança dela na instituição Tribunal de Contas do Estado. Os resultados alcançados, como retorno do trabalho feito, destacam a amplitude e o raio de abrangência das melhorias ainda tímidas, mas visíveis e constatadas: as 518 UBS visitadas representam 42% do total de Unidades do Estado, e

nelas são atendidas 382.487 famílias cadastradas, o que repercute nas 1.476.988 pessoas cadastradas, potenciais usuários daqueles equipamentos de saúde, na maioria das vezes, o único a quem têm acesso[1].

Os principais pontos pactuados, nos municípios visitados, foram:

- Assegurar a presença e a freqüência de horário integral dos profissionais das UBS;
- Substituir os profissionais em gozo de férias ou licenças médicas;
- Manter farmácias nas UBS com estoque ajustado à demanda e facilitar o acesso aos medicamentos específicos;
- Adequar as instalações físicas das UBS, dotando-as da estrutura mínima, inclusive sanitários.

Em 75% dos municípios:

- Providenciar a placa de identificação das UBS para facilitar o acesso da comunidade;
- Prover as UBS de equipamentos e materiais necessários ao seu pleno funcionamento;
- Contratar profissionais observando a relação profissional x quantidade de habitantes.

Em 50%:

- Prover as condições de coleta do material para exame e reduzir o espaço entre a marcação e a realização;
- Atualizar, junto ao DATASUS, o cadastro de profissionais, de serviços e de estabelecimentos ambulatoriais;
- Providenciar segurança para os profissionais, os usuários e os equipamentos.

E, finalmente, em 25%: proceder à inclusão progressiva das ações de saúde bucal nos territórios de abrangência de equipes de saúde da família.

Por fim, um aspecto que deve ser destacado é a contribuição que o TCE dá - através da capacitação oferecida pelo VOCÊ - a esse idoso, que passa a agir doravante com um novo olhar, crítico, exercendo o efetivo controle social sabendo que não está trabalhando pelos idosos, mas por toda a comunidade, sendo agente de mudança, pela conscientização do seu valor na definição e avaliação das políticas públicas, seguro do papel que lhe cabe como cidadão, sendo, ainda, multiplicador do conhecimento adquirido, merecedor do respeito e admiração por parte dos que, antes, o viam como improdutivo e desatualizado.

4. CONCLUSÕES

O VOCÊ utiliza uma das mais nobres formas de trabalho - o trabalho voluntário. Não aquele voluntariado associado à caridade, à filantropia e ao assistencialismo. Tampouco à organização da sociedade civil de conotação político-ideológica. Mas um

[1] *Fonte: http://www.datasus.gov.br/siab/siab.htm*

voluntário por ele capacitado para ser portador de uma nova percepção de seu papel na sociedade, consciente de sua função de ator na construção de uma nova sociedade, que se disponha a, de forma voluntária, auxiliar o TCE na verificação da eficácia dos serviços disponíveis à população em uma área específica, as ações básicas de saúde.

Com o VOCÊ, o Tribunal de Contas está dando um passo à frente no exercício do seu mister ao voltar-se para a verificação da eficiente - e não apenas correta - aplicação dos recursos destinados às ações do Pacto de Atenção Básica - PAB, que corporifica o contato preferencial dos usuários com o sistema de saúde por constituir-se o primeiro nível de atenção à saúde adotada pelo SUS, contribuindo para um significativo impacto positivo que essas ações implementadas terão para a consecução daqueles objetivos e na saúde das populações beneficiárias.

CRIAÇÃO E PROVIMENTO DOS CARGOS PÚBLICOS COMISSIONADOS E O CONTROLE PELO PODER JUDICIÁRIO

Helton Morais de Carvalho
Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Campina Grande (UFCG). Especialista em Direito Público pela Universidade Anhanguera (UNIDERP). Auditor de Contas Públicas do Tribunal de Contas do Estado da Paraíba (TCE/PB). Advogado.

RESUMO: *O presente trabalho trata do controle judicial dos atos administrativos que resultam na criação e provimento de cargos públicos em comissão, cujo objetivo é demonstrar a possibilidade de uma intervenção mais efetiva por parte do Poder Judiciário, inclusive quanto à análise do mérito desses atos, sem que haja afronta ao princípio da separação dos poderes, em função da discricionariedade assegurada pela Constituição Federal aos gestores públicos para criação desses cargos. O entendimento quanto à impossibilidade de um controle judicial, ou mesmo de um controle restrito apenas aos aspectos formais, vem contribuindo para que, mesmo diante dos excessos cometidos, em total afronta aos interesses públicos, os responsáveis não sejam punidos, apesar dos danos provocados ao erário. Dessa forma, defende-se um controle mais efetivo, sem que isto represente uma atuação ilimitada do Poder Judiciário, uma vez que este não pode substituir o administrador, tendo em vista sua autonomia conferida pelo ordenamento jurídico para decidir as questões de mérito da função administrativa. No entanto, uma atuação limitada aos aspectos meramente formais, não possibilitará ao Poder Judiciário assegurar o cumprimento da ordem jurídica.*

PALAVRAS-CHAVE: *Administração Pública. Princípios. Controle. Cargos. Comissão.*

SUMÁRIO: *Introdução; 1. Princípios Informadores da Administração Pública; 1.1. Legalidade; 1.2. Impessoalidade ou Finalidade; 1.3. Moralidade; 1.4. Publicidade; 1.5. Eficiência; 1.6. Razoabilidade e Proporcionalidade; 2. Cargos em Comissão; 2.1. Criação e Provimento; 2.2. Atribuições e Relevância para a Administração Pública; 3. O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário; 3.1. Possibilidade; 3.2. Limites da Competência Jurisdicional; 3.3. Controle Judicial Quanto à Criação e Provimento de Cargos em Comissão; 4. A Jurisprudência do STF; 5. Conclusões; Referências.*

INTRODUÇÃO

A proposta para realização do presente trabalho surgiu da necessidade de se buscar um entendimento quanto à possibilidade de uma intervenção mais efetiva do Poder Judiciário frente a essa questão bastante comum na administração pública, que é a criação e provimento de cargos públicos em comissão.

É cediço que o acesso aos cargos públicos em nosso país sempre foi privilégio para poucas pessoas, principalmente daquelas que possuíam um padrinho que as conduzisse, apesar de que, desde a Constituição da República de 1934[1], o concurso já era requisito para investidura em cargos públicos, cuja regra fora mantida em todas as constituições promulgadas ou outorgadas posteriormente.

No entanto, a obrigatoriedade da prévia aprovação em concurso público, para ingresso nos cargos públicos, tomou força com o advento da atual ordem constitucional, promulgada em 05 de outubro de 1988.

Assim, com a obrigatoriedade de aprovação prévia em concurso de provas ou de provas e títulos, conforme comando inserto no artigo 37[2], inciso II da Constituição da República, cuja finalidade é permitir, de forma democrática e isonômica, o acesso aos cargos públicos, a livre escolha, que antes era atribuída aos administradores públicos, restringiu-se aos cargos de livre nomeação e exoneração, conforme ressalva contida no próprio texto constitucional.

Dessa forma, voltaram-se todas as atenções para esses cargos, uma vez que o provimento de cargos públicos sempre foi uma das formas utilizadas pelos administradores públicos para favorecimento de amigos e familiares. Na verdade sempre foram usados como "moeda" em troca de favores, em detrimento dos interesses públicos, haja vista que as pessoas que ocupam os cargos nestas condições não são selecionadas pelo mérito, comprometendo a qualidade dos serviços a serem prestados à sociedade.

Acontece que, independentemente da discricionariedade para nomeação e exoneração dos ocupantes de cargos em comissão, o administrador não pode deixar de observar os princípios constitucionais da legalidade, moralidade, impessoalidade, eficiência, dentre outros que norteiam a administração pública, sob pena de afronta aos interesses da sociedade.

Assim, com base nessas considerações, a proposta visa formar um entendimento quanto à possibilidade de um controle judicial sobre os atos administrativos que criam cargos em comissão, sempre que estes resultarem em abuso de poder, isto é, quando a conveniência e oportunidade da administração são substituídas pelas do administrador.

Para análise da questão apresentada, o trabalho traz uma breve abordagem sobre os princípios informadores da Administração Púbica, seguindo com o exame de alguns aspectos mais específicos em relação aos cargos em comissão, mostrando a importância quanto à definição e competências a serem desempenhadas por seus ocupantes, uma vez que estas atribuições são elementos capazes de demonstrar uma possível inconstitucionalidade, caracterizando burla a regra do concurso público, enquanto requisito para admissão de servidores em cargos de natureza efetiva.

Procurou-se ainda demonstrar a importância desses cargos para a administração pública, principalmente pela necessidade de constantes mudanças na estrutura administrativa, necessária para adequação dos serviços públicos às demandas da sociedade, que a cada dia se tornam mais complexas, além do fato de que algumas atividades requerem a nomeação de pessoas que guardam certa relação de confiança com a autoridade nomeante.

---

[1] *Art 170 (...)*
2º) a primeira investidura nos postos de carreira das repartições administrativas, e nos demais que a lei determinar, efetuar-se-á depois de exame de sanidade e concurso de provas ou títulos.

[2] *Art. 37 (...)*
II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Em seguida tratou-se da questão do controle judicial dos atos administrativos, dando-se ênfase aos atos discricionários, mais precisamente em relação à possibilidade e limites do controle, uma vez que, em relação à criação e provimento dos cargos em comissão, cabe aos administradores, discricionariamente, a definição do número e seus ocupantes, em função da livre nomeação e exoneração inerentes aos mesmos.

Por último, fora feita uma abordagem sobre controle judicial dos atos que resultam na criação e provimento de cargos em comissão, com ênfase na possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, defendendo-se uma atuação mais efetiva desse poder, tendo em vista que mesmo quanto à conveniência e oportunidade, é possível e até mesmo necessária tal intervenção, sem que isto signifique afronta ao princípio da separação dos poderes.

1. PRINCÍPIOS INFORMADORES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A administração pública deve observar as normas impostas pela ordem jurídica, sobretudo a nova ordem instituída pela atual Constituição da República.

Os princípios elencados no *caput* do artigo 37 da Constituição da República, ao expressarem o alicerce sobre o qual incidirá a função administrativa, orientando a atuação dos gestores públicos, têm uma importância fundamental quando impõe limites à atuação desses agentes, razão pela qual, sem qualquer interesse em valorar determinado princípio, faremos uma breve análise dos mesmos, além dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, por considerarmos importantes para uma melhor compreensão quanto ao objeto desse trabalho.

1.1. LEGALIDADE

O princípio da legalidade assegura que a atuação da Administração Pública encontra-se pré-definida no ordenamento jurídico-administrativo, ou seja, cabe ao administrador público, quando do desempenho de suas funções, observar as determinações impostas pela lei. Isto significa, em tese, que a Administração Pública somente poderá desempenhar atividades que estejam em conformidade com o que a lei determina.

Hely Lopes Meirelles[3] ensinava que:

> *Na administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa 'pode fazer assim'; para o administrador público significa 'deve fazer assim'. As leis administrativas são, normalmente, de ordem pública e seus preceitos não podem ser descumpridos, nem mesmo por acordo ou vontade conjunta de seus aplicadores e destinatários, uma vez que contêm verdadeiros poderes-deveres, irrelegáveis pelos agentes públicos.*

Dessa forma, pode-se observar que a atividade administrativa não pode se desviar da lei, sob pena dos atos, assim praticados, serem declarados nulos de pleno direito.

[3] *MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 86-87.*

No entanto, é importante ressaltar que a legalidade deve ser vista em seu sentido amplo, isto é, não apenas restrita ao texto da lei, mas, sobretudo, em consonância com os demais princípios constitucionais.

1.2. IMPESSOALIDADE OU FINALIDADE

A razão de existência do Estado é a tutela dos interesses públicos primários, ou seja, promoção do bem-estar social, justiça, dentre outros. Assim, quando se impõem aos administradores públicos que suas ações devem ser norteadas neste sentido, tem-se como objetivo evitar que as mesmas sejam desviadas para o interesse e promoções pessoais.

Celso Antonio Bandeira de Melo[4], ao discorrer sobre o princípio da impessoalidade, afirma que:

> *O que o princípio da finalidade veda é a prática de ato administrativo sem interesse público ou conveniência para a Administração, visando unicamente a satisfazer interesses privados, por favoritismo ou perseguições dos agentes governamentais, sob a forma de desvio de finalidade.*

1.3. MORALIDADE

O legislador constitucional ao inserir o princípio da moralidade, dentre aqueles que devem nortear a atuação dos administradores públicos, deixou claro que não basta o estrito cumprimento da lei para que os atos praticados sejam considerados válidos. Significa então que o administrador deve observar não apenas os aspectos legais do ato, ou seja, diferenciando o legal daquilo que é ilegal, mas, também entre o honesto e o desonesto. Segundo Hely Lopes Meirelles[5], "a moralidade administrativa constitui, hoje em dia, pressuposto de validade de todo ato da Administração Pública". E continuava afirmando ainda que: "por considerações de Direito e de Moral, o ato administrativo não terá que obedecer somente à lei jurídica, mas também à lei ética da própria instituição, porque nem tudo que é legal é honesto".

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 160.381/SP, cujo relator foi o Ministro Marco Aurélio, assim manifestou-se em relação ao princípio da moralidade:

> *Poder-se-á dizer que apenas agora a Constituição Federal consagrou a moralidade como princípio de administração pública (art. 37 da Constituição Federal). Isso não é verdade. Os princípios podem estar ou não explicitados em normas. Normalmente, sequer constam de texto regrado. Defluem no todo do ordenamento jurídico. Encontram-se ínsitos, implícitos no sistema, permeando as diversas normas regedoras de determinada matéria. O só fato de um princípio não figurar no texto constitucional, não significa que nunca teve relevância de princípio. A circunstância de, no texto constitucional anterior, não figurar o princípio da moralidade não significa*

---

[4] *MELO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 25 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90.*

[5] *MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 27. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 87-88.*

que o administrador poderia agir de forma imoral ou mesmo amoral. Como ensina JESUS GONZALES PEREZ, 'el hecho de su consagración em uma norma legal no supone que com anterioridad no existiera, ni que por tal consagración legislativa haya perdido tal caráter' ('El princípio de buena Fe em El Derecho Administartivo', 1983, Madrid, pág. 15). Os princípios gerais de direito existem por força própria, independentemente de figurarem em texto legislativo. E o fato de passarem a figurar em texto constitucional ou legal não lhes retira o caráter de princípio. O agente público não só tem que ser honesto e probo, mas tem que mostrar que possui tal qualidade. Como a mulher de César.

1.4. PUBLICIDADE

Pelo princípio da publicidade, verifica-se que é dever da administração pública dar publicidade a seus atos, levando-os ao conhecimento de todos, conferindo maior transparência e permitindo que qualquer cidadão possa acompanhar as ações dos gestores públicos, possibilitando questionar e ao mesmo tempo exercer um controle sobre estas atividades. Portanto, em relação aos atos administrativos, em tese, não há que se falar em sigilo.

Decerto que há situações em que o sigilo é necessário, porém, não quando o administrador assim desejar, mas, quando em nome do interesse público ou da segurança nacional, ou, em situações em que o sigilo é justificado, a exemplo de algumas previstas no artigo 5º do texto constitucional.

Assim, deve-se entender que a ampla divulgação dos atos praticados pela Administração Pública é a regra imposta pela Constituição Federal, haja vista que em um Estado de Direito, toda a atuação da administração tem como finalidade primordial a concretização dos interesses da sociedade, razão pela qual, os atos praticados sem o conhecimento dos administrados, injustificadamente, não produzem conseqüências jurídicas, além de impossibilitar o controle quanto à conformidade desses atos pelos verdadeiros titulares do poder (povo).

1.5. EFICIÊNCIA

O princípio da eficiência da Administração Pública foi expressamente inserido no artigo 37 do texto da Constituição da República, por meio da Emenda Constitucional nº 19/1998. Quando se afirma que este princípio foi expressamente inserido, deixa-se evidente que a atuação da Administração Pública, mesmo antes da vigência da referida emenda, sempre esteve obrigada a sua observância, pois, em nenhum momento, uma estrutura administrativa ineficiente foi de interesse da sociedade, que sempre esperou o melhor desempenho possível dos seus administradores e de toda a administração pública.

Alexandre Santos Aragão[6], em texto publicado na Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, versando sobre o Princípio da Eficiência, ensina que:

A eficiência não pode ser entendida apenas como maximização do lucro, mas sim como um melhor exercício das missões de

[6] *ARAGÃO, Alexandre Santos. O Princípio da Eficiência. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 04, Nov/dez 2005, jan 2006. Disponível em: http://www.direitodoestado.com. Acesso em: 13.03.2010.*

interesse coletivo que incumbe ao Estado, que deve obter a maior realização prática possível das finalidades do ordenamento jurídico, com os menores ônus possíveis, tanto para o próprio Estado, especialmente de índole financeira, como para as liberdades dos cidadãos.

Assim, é dever da Administração Pública gerenciar os recursos, tanto materiais quanto os recursos humanos, no sentido de atingir os melhores resultados possíveis em prol do interesse público. Para tanto, é necessário estabelecer metas e resultados, adequando sua estrutura administrativa para aproveitar o máximo dos recursos disponíveis.

Uma estrutura administrativa burocrática, com excessos de servidores, principalmente dos cargos de provimento em comissão, além de ineficiente do ponto de vista operacional, também representa um alto custo aos cofres públicos, afrontando, dessa forma, o princípio constitucional da eficiência.

1.6. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE

O princípio da razoabilidade se constitui num instrumento para averiguação da coerência ou não dos atos praticados pelo administrador público, seja de lei, decisão judicial ou ato administrativo, capaz de assegurar, ou não, sua legitimidade. A Administração Pública, no exercício de sua competência discricionária, deve atuar com base em critérios racionalmente aceitáveis do ponto de vista do senso comum, ou seja, com equilíbrio, moderação, harmonia, e não arbitrário.

No exercício da competência discricionária, o agente público não pode agir para satisfação do interesse próprio, mas, tão somente em nome do interesse público. Diógenes Gasparini[7] afirmava que: "nada que esteja fora do razoável, do sensato, do normal, é permitido ao agente público, mesmo quando atua no exercício da competência discricionária".

Em relação ao princípio da proporcionalidade, temos a noção de que a atuação da Administração Pública deve ser adequada, na medida justa, ou seja, tem que ser apropriada às necessidades exigidas pela situação concreta.

Em síntese, podemos observar que os princípios da razoabilidade e proporcionalidade são fortes aliados aos demais princípios informadores da Administração Pública para o controle dos atos praticados pelos gestores públicos, principalmente quando do exercício da competência discricionária, sempre resistente ao controle externo, em nome de um apego excessivo ao princípio da separação dos poderes.

2. CARGOS EM COMISSÃO

2.1. CRIAÇÃO E PROVIMENTO

A criação dos cargos em comissão se dá por meio de lei, ou, resolução quando se tratar do Poder Legislativo. Em relação ao Pode Executivo, exige-se lei de iniciativa privativa do Presidente da República, dos Governadores e dos Prefeitos Municipais, dentro dos limites de suas competências, abrangendo a administração direta e suas autarquias. A matéria encontra-se regulamentada pela Constituição Federal em seus artigos 48, inciso

[7] *GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 25.*

X, e 61, II, alínea "a", que são normas de repetição obrigatórias, ou seja, são de inserção compulsória nas Constituições Estaduais e Leis Orgânicas.

Quanto à criação pelo Poder Legislativo, a competência também é privativa, sendo que neste caso a criação se dará por resolução, conforme disposto no artigo 48, c/c os artigos 51 e 52 da Constituição Federal, lembrando que a remuneração deve ser fixada por lei específica de iniciativa privativa do legislativo.

No Poder Judiciário a criação depende de lei de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, Tribunais Superiores e Tribunais de Justiça, tal como se infere da leitura do artigo 96, inciso II, alínea "b" da Constituição Federal.

Ao Ministério Público foi assegurada, pela Constituição Federal, autonomia funcional e administrativa, podendo propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos, nos termos do artigo 127, §2º.

Em relação aos Tribunais de Contas, a Constituição Federal dispõe que: "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". Conforme visto anteriormente, este artigo dispõe, dentre outras prerrogativas, sobre a iniciativa de lei, pelo Poder Judiciário, para criação dos cargos públicos, devendo ser esta a interpretação quanto aos Tribunais de Contas.

Quanto ao tipo de provimento, isto é, o ato para preenchimento do cargo em comissão por meio da designação do seu titular, é de natureza inicial ou originária, uma vez que se dá por meio de nomeação de cada autoridade competente, portanto, independe de qualquer vínculo anterior entre a Administração Pública e o nomeado.

Estas nomeações, ao contrário do que ocorre em relação aos titulares de cargos de natureza efetiva, não precisam de prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos (art. 37, II, CF), ficando a cargo do administrador público, na sua competência discricionária, escolher livremente os ocupantes destes cargos.

No entanto, a Constituição Federal, alterada pela Emenda Constitucional nº 19/98, conhecida como reforma administrativa, definiu algumas regras a serem observadas quando da nomeação dos titulares de cargos em comissão, nestes termos:

> *Art. 37 (...)*
> *V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)*

Antes da reforma, o texto era o seguinte: "V - os cargos em comissão e as funções de confiança serão exercidos, preferencialmente, por servidores ocupantes de cargo de carreira técnica ou profissional, nos casos e condições previstos em lei".

O grande problema da redação original estava na expressão "preferencialmente", por uma razão muito simples, dependia da conveniência do gestor (discricionariedade), nomear servidores efetivos para ocupar tais cargos, o que geralmente não acontecia.

Com a reforma, as funções de confiança passaram a ser exercidas exclusivamente por servidores efetivos, enquanto os cargos em comissão, por servidores de carreira, nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em Acontece que há um grande

problema na criação dos cargos em comissão, mais precisamente em relação à definição do percentual mínimo destinado aos servidores de carreira, visto que são raros os casos em que os gestores cumprem com a regra imposta pela Constituição Federal.

Outro aspecto relevante está na interpretação dessa norma constitucional, haja vista que entendemos se tratar de uma norma de eficácia contida, isto é, possui eficácia plena, de aplicação direta e imediata, sendo facultado ao legislador infraconstitucional restringir seu alcance. Isto significa dizer que, não sendo fixado o percentual mínimo, todos os cargos em comissão devem ser preenchidos por servidores de carreira.

Dessa forma, é importante frisar que, ao se criar os cargos em comissão, deve o gestor, além de atender aos requisitos gerais, atentar para definição dos percentuais a serem preenchidos por servidores de carreira, caso haja interesse em nomear pessoas estranhas ao quadro. Lembrando que o percentual mínimo a que se refere o texto constitucional, quando for fixado em lei, deve ser definido com base nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, ou seja, não deve ser fixado um percentual irrisório, tornando sem sentido a norma imposta pela Constituição Federal, cujo objetivo foi moralizar o serviço público.

Isto não significa alteração quanto à natureza da livre nomeação e exoneração desses cargos, ou seja, permanece a cargo da autoridade nomeante, no âmbito da sua competência discricionária, escolher as pessoas que irão ocupá-los, independentemente se pertencentes ao quadro de servidores ou se alheias.

2.2. ATRIBUIÇÕES E RELEVÂNCIA PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Os cargos em comissão diferem dos demais por serem de livre nomeação e exoneração, uma vez que o requisito para admissão no serviço público, em regra, é a prévia aprovação em concurso público (Art. 37, II, CR/88), o que implica afirmar ainda que os cargos em comissão são de caráter provisório, ou seja, seus titulares não adquirem estabilidade, independentemente do tempo que permanecerem nos cargos.

Ainda em relação a esses cargos, a Constituição Federal, em seu artigo 37, inciso V, determina que sejam destinados apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento, portanto, há uma restrição imposta pelo legislador constituinte, impossibilitando que sejam nomeadas, livremente, pessoas para o exercício de atividades não inseridas nestas categorias.

Dessa forma, a instituição dos cargos em comissão, por ser de competência discricionária dos gestores públicos, permite uma maior flexibilização quando da definição da estrutura administrativa, possibilitando adequá-la aos interesses públicos, além do fato de que, para o exercício desses cargos, há ainda o requisito de confiança entre o seu ocupante e aquele que o nomeou.

Sem os cargos de livre nomeação e exoneração, é possível que a administração se tornasse estática, o que certamente a impossibilitaria de atender as necessidades da população, necessidades essas que se renovam a cada momento, tornando-se cada vez mais complexas.

Portanto, pode-se concluir que esses cargos são de suma importância para atuação da administração pública enquanto fornecedora de serviços, mas, sempre para atender aos interesses públicos, e, por isso, a instituição desses cargos, quando definida pelo legislador constituinte como de livre nomeação e exoneração, teve como único objetivo as conveniências e oportunidades da administração.

3. O CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS PELO PODER JUDICIÁRIO

3.1. POSSIBILIDADE

A intervenção do Poder Judiciário sobre a atividade administrativa sempre foi motivo de controvérsias no meio jurídico, uma vez que há muito tempo fora difundida a idéia de que essa intervenção limitava-se aos aspectos meramente formais do ato administrativo, ou seja, verificação da legalidade do ato perante a lei, sob pena de afronta ao princípio da separação dos poderes.

Acontece que a atividade administrativa não é mais a mesma, e a cada dia se torna mais complexa, o que implica também na necessidade de se conferir um maior grau de discricionariedade à competência do administrador público, cujo objetivo é garantir maior efetividade à atuação do estado.

No entanto, considerando a complexidade do estado, e, ao mesmo tempo a necessidade de uma maior celeridade para atender as demandas dos administrados, não se pode perder de vista que a atuação da administração não pode se processar sem qualquer controle, não sendo possível, diante dessas circunstâncias, que o Poder Judiciário não pudesse proceder à análise dos aspectos legais do ato administrativo, examinando a conformidade desses atos, não apenas frente às regras jurídicas impostas por lei, mas, sobretudo aos princípios quando constitucionais que norteiam a atuação da administração pública.

No mais, parece que essa possibilidade de atuação do Poder Judiciário encontra-se bastante ampliada pela atual Constituição Federal, por força do inciso XXXV do artigo 5º, afirma que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

Dessa forma, o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, mesmo aliada ao da separação dos poderes, possibilita uma maior atuação do Poder Judiciário quanto ao controle da legalidade dos atos administrativos. A legalidade aqui tratada em sentido amplo, haja vista que o texto da lei, por si só, não é suficiente para legitimar a atuação de um Estado Democrático de Direito. Mauro Roberto Gomes de Mattos afirma que:

> *Ao diminuir o efeito da Lei, sendo ela a responsável pelo poder discricionário da Administração Pública, tendo em vista que a legalidade administrativa deixou de se vincular somente ao texto legal, não resta dúvida que também é deferido o controle judicial de tais atos de forma ampla. Isto porque os princípios e as normas da Constituição é que dão vigor à Lei e, conseqüentemente, a todo ato público, que deve guardar correlação direta com os mandamentos constitucionais, sob pena de invalidação. Com o fim do dogma da perfeição da Lei, passou a legalidade administrativa a se vincular a um sistema aberto de regras e de princípios constitucionais*[8].

É certo que cada poder possui sua área de atuação exclusiva, por isso, o controle judicial quanto aos atos administrativos deve se processar sem que haja intervenção indevida, sob pena se comprometer a harmonia necessária entre os poderes. No entanto,

---

[8] *MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. A constitucionalização do direito administrativo e o controle de mérito (oportunidade e conveniência) do ato administrativo discricionário pelo poder judiciário brasileiro. Disponível em: < http://www.verbojuridico.com/>. Acesso em: 30 nov 2009.*

o princípio da separação dos poderes e da inafastabilidade da tutela jurisdicional são compatíveis, quando observado esse limite de atuação de cada poder. A Professora Germana de Oliveira Moraes[9] ensina que:

> *Para saber se há compatibilidade entre o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional e o princípio da separação dos poderes, é preciso, de um lado, verificar se há hipóteses nas quais a conduta da Administração Pública ocasiona lesão ou ameaça a direito insuscetíveis de apreciação judicial, e, de outro, se há intromissão indevida do Poder Judiciário na atuação administrativa.*

Ainda sobre esse tema, a Professora Lúcia Valle ensinava que: "quando nos referimos à lei, evidentemente estamos a falar no ordenamento jurídico. A justaposição há de ser à lei, à Constituição e aos princípios vetoriais do ordenamento". A autora afirmava ainda que:

> *Todavia, a sujeição à lei é insuficiente para caracterizar o Estado de Direito; há necessidade da existência de determinadas outras características absolutamente essenciais, tais sejam, a separação de poderes para a existência dos 'freios e contrapesos', do 'juiz natural', ou, em outras palavras, de juiz não de exceção ou 'post facto', e, além disso e certamente, de juiz imparcial, dotado de prerrogativas para o exercício da magistratura independente*[10].

Assim, tem-se que os atos administrativos, independentemente de sua natureza, não fogem do controle jurisdicional. Porém, há de se ter em mente que a atuação do Poder Judiciário não é ilimitada, mas, tampouco a intervenção jurisdicional deve ficar adstrita aos aspectos formais desses atos, haja vista a necessidade de se averiguar a compatibilidade entre o ato administrativo e os princípios constitucionais que norteiam a atuação da Administração Pública.

Decerto que a grande questão quanto ao controle judicial envolve principalmente os atos administrativos praticados no âmbito da competência discricionária, cuja razão para toda essa discussão está no princípio constitucional da separação dos poderes, que visa delimitar a atuação de cada poder. Assim, se há uma garantia ao amplo e irrestrito acesso ao Poder Judiciário para que seja assegurada a correta aplicação das normas, por outro lado também é assegurada ao estado a autonomia necessária para o desempenho de suas funções, principalmente daquelas que exige do administrador uma tomada de decisão, dentre aquelas a sua disposição, com base na conveniência e oportunidade

Diante disso, não há dúvidas quanto à possibilidade do controle judicial sobre a atuação da administração, independentemente da natureza da competência (vinculada ou discricionária). A promotora de justiça, Têmis Limberger, em texto publicado na revista

---

[9] *MORAES, Germana de Oliveira. Controle Jurisdicional da Administração Pública. São Paulo: Dialética, 1999, p. 104.*

[10] *FIGUEIREDO, Lúcia Valle. O devido processo legal e a responsabilidade do Estado por dano decorrente do planejamento.Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, n. 13, abr-mai, 2002. Disponível na Internet: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 04/06/07. Material da 6ª aula da disciplina Direito Administrativo, ministrada no curso de pós-graduação lato sensu televirtual em Direito Público – UNIDERP/REDE LFG.*

Interesse Público, afirma que o entendimento da impossibilidade do controle judicial da atividade administrativa, com fundamento na discricionariedade administrativa, encontra-se superada, expondo que:

> *A impossibilidade de revisão dos atos administrativos por parte do judiciário, que é doutrina transposta do direito francês, onde existe uma especificidade que é o contencioso administrativo, que no direito brasileiro não encontra similar. O segundo motivo, reside na teoria transposta do direito alemão, onde os direitos sociais são comandos endereçados ao legislativo e administrativo, não cabendo ao Judiciário este controle. Ocorre que naquele país estes poderes realmente levam a sério a implementação destas políticas públicas, sem que seja necessária a interferência do Judiciário. Por fim, o terceiro aspecto a ser considerado é que no Estado Democrático de Direito somente existe escolha do administrador, vinculada aos preceitos constitucionais, em especial pela pauta dos direitos fundamentais*[11].

3.2. LIMITES DA COMPETÊNCIA JURISDICIONAL

O controle judicial não pode ocorrer sem qualquer limitação, sob pena de ofensa aos princípios da separação e independência dos poderes, no entanto, esse controle é possível em qualquer tipo de ato, desde que restrito a sua legalidade, repita-se, em sentido amplo, isto é, que vai além da obediência ao texto da lei, para alcançar os princípios constitucionais basilares da administração pública, tais como: legalidade, impessoalidade, moralidade, eficiência, proporcionalidade, razoabilidade, dentre outros.

Dessa forma, tem-se o entendimento de que o Poder Judiciário não pode apreciar o mérito dos atos administrativos, ou seja, não se admite o exame da conveniência e oportunidade, uma vez que cabe unicamente a administração fazer juízo quanto a esses aspectos.

Hely Lopes Meirelles ensinava que:

> *A Justiça ordinária tem a faculdade de julgar todo ato administrativo praticado por agente de qualquer dos órgãos ou Poderes de Estado. Sua limitação é apenas quanto ao objeto do controle, que há de ser unicamente a legalidade, sendo-lhe vedado pronunciar-se sobre conveniência, oportunidade ou eficiência do ato em exame, ou seja, sobre o mérito administrativo.* (2002:673)

Maria Sylvia Zanella Di Pietro entende que: "com relação aos atos discricionários, o controle judicial é possível, mas terá que respeitar a discricionariedade administrativa nos limites em que a ela é assegurada à Administração Pública pela lei".

Observa-se que esse entendimento sempre foi difundido em quase todos os manuais de Direito Administrativo, dando a impressão de que os atos administrativos discricionários estão isentos do controle judicial.

No entanto, não há dificuldades em se admitir o exame da conveniência e

---

[11] *LIMBERGER, Têmis. O dogma da discricionariedade administrativa: a tensão instaurada entre os poderes Judiciário e Executivo devido às políticas públicas de saúde no Brasil. Revista Interesse Público, Belo Horizonte, ano 11, n. 57, p. 81-82, set./out. 2009.*

oportunidade dos atos administrativos discricionários pelo judiciário. É importante salientar que a impossibilidade de análise quanto ao mérito do ato administrativo, pelo judiciário, deve ser vista com certa cautela. Não há dúvidas de que o judiciário não pode substituir a administração naquilo que lhe compete, uma vez que a própria lei confere ao administrador a autonomia para decidir sobre as questões de mérito da função administrativa, porém, não deve se desviar dos limites de sua competência, tampouco não observar os princípios constitucionais, conforme nos ensina Mauro Roberto Gomes de Mattos ao afirmar:

> *A oportunidade, a conveniência e o próprio mérito do ato administrativo discricionário não poderão ser desprezados pelos princípios da Constituição, que funcionando como critério objetivo de toda a Administração Pública, devem estar presentes na liberdade de escolha do administrador público*[12].

No mais, deve-se entender que não se trata de uma possível substituição da administração pelo Poder judiciário. No entanto, não se admite uma atuação do judiciário que seja incapaz de assegurar o cumprimento da ordem jurídica. Diante de um ato viciado, espera-se que o mesmo seja sanado, quando possível, ou, do contrário, seja banido do mundo jurídico. Para João Roberto Santos Régnier[13], "não se trataria de substituir a decisão viciada por outra decisão administrativa que parecesse melhor ao julgador, mas de, sanando os vícios da decisão, conformá-la ao Direito; ou, impossível o saneamento, bani-la de seus domínios".

No entanto, ao se tratar da conveniência e oportunidade do ato administrativo, praticado no âmbito da competência discricionária, esquece-se muitas vezes de uma questão considerada importante para se enfrentar essa discussão, ou seja, se a oportunidade e conveniência são do administrador ou da administração. Em outras palavras, ao decidir entre as várias opções disponíveis, pode o administrador escolher indistintamente qualquer uma delas, ou, do contrário, deve necessariamente escolher aquela que for mais conveniente e oportuna para a administração?

Tem-se a certeza que esse entendimento é pacífico no meio jurídico, pois, todos os atos praticados pelo administrador, sejam vinculados ou discricionários, devem atender aos interesses públicos. Porém, a razão para se abordar essas questões, é exatamente para mostrar que não há dificuldades em aceitar a possibilidade do controle judicial quanto ao mérito, não no sentido de escolha, ou de substituição, mas, tão somente no sentido de controlar efetivamente a atuação do administrador, para que esta não seja desviada do interesse público, o que certamente não será possível quando se defende timidamente uma atuação do Poder Judiciário, ao se afirmar que apenas os aspectos formais do ato são passíveis de controle. Deve-se lembrar que os atos administrativos dão origem aos fatos administrativos que repercutem diretamente na vida da sociedade, em outras palavras, estamos diante de situações concretas que requerem medidas concretas para controle. Dessa forma, não se pode analisar qualquer ato da administração sem conhecer o seu conteúdo, limitando-se apenas aos aspectos formais. Celso Antonio Bandeira de Mello, afirma que:

---

[12] *MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. A constitucionalização do direito administrativo e o controle de mérito (oportunidade e conveniência) do ato administrativo discricionário pelo poder judiciário brasileiro. Disponível em: < http://www.verbojuridico.com/>. Acesso em: 30 nov 2009.*

[13] *RÉGNIER, João Roberto Santos. Discricionariedade Administrativa. Significação, efeitos e controle. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 50.*

> *Bem observa a doutrina que a legalidade de um ato não resulta de elementos reconhecíveis em seus aspectos externos. Obedecer à lei não é homenagear-lhe a forma, mas reverenciar-lhe o conteúdo. Logo, o Poder Judiciário, para conferir se um ato administrativo é legítimo, não se pode lavar de aprofundar seu exame até a intimidade do ato*[14].

3.3. CONTROLE JUDICIAL QUANTO À CRIAÇÃO E PROVIMENTO DE CARGOS EM COMISSÃO

Todos os atos praticados pelo administrador público devem observar os princípios constitucionais que norteiam a administração pública, a fim de que o interesse público seja atendido.

A criação de cargos em comissão não foge a regra, estando sujeita à observância desses princípios. Assim, na medida em que os cargos em comissão são criados de forma indiscriminada, em número excessivo, sem qualquer relação com as reais necessidades da administração, ou seja, apenas para atender interesses pessoais, configurado está o desvio de finalidade. Da mesma forma quando esses cargos não são destinados às atribuições de direção, chefia e assessoramento (art. 37, V, CR/88).

Quanto a essas atribuições, é cediço que o legislador se preocupou em definí-las para evitar que esses cargos fossem utilizados para burlar o concurso público, o que significa dizer que a simples nomenclatura do cargo não será suficiente para definir sua natureza jurídica, pois, somente o conjunto de atribuições a serem desempenhadas pelo ocupante do cargo é que irá comprovar se esse é mesmo de provimento em comissão. Márcio Cammarosano, ao tratar do tema, entende que:

> *Também ofende a ordem jurídica em vigor criar cargos em comissão que não consubstanciem competências de direção, chefia e assessoramento ainda que a denominação que se lhes atribua seja própria de cargos daquelas espécies, pois o que importa não é o rótulo, mas a substância de cada qual. Em outras palavras; denominar cargos públicos como sendo de diretor, chefe, ou assessor não lhes atribui, por si só, a natureza que os permita ser de provimento em comissão*[15].

A preocupação em relação à criação desses cargos ficou ainda mais explícita quando o legislador, ao reformar a Constituição Federal, por meio da Emenda Constitucional nº 19/98, ao dar nova redação ao inciso V[16] do artigo 37, procurou definir os limites da discricionariedade do administrador público, haja vista que determinou que as funções de confiança, também destinadas às atribuições de chefia, direção e assessoramento, serão exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, assim como, os cargos em comissão, por servidores de carreira, em percentual mínimo definido em lei.

---

[14] *MELLO, Celso Antonio Bandeira. Discricionariedade e controle jurisdicional. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1993.*

[15] *CAMMAROSANO, Márcio. Cargos em Comissão - Breves Considerações Quanto aos Limites à Sua Criação. Disponível em: < http://www.sertoledo.org.br> Acesso em: 01 dez 2009.*

[16] *Art. 37 (...)*
V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Esse tipo de preocupação é apenas uma demonstração de que esses cargos sempre foram utilizados para atender aos interesses pessoais daqueles que sempre usaram o patrimônio público com essa finalidade. Sabe-se que antes da Constituição Federal de 1988, era comum a admissão de servidores sem a prévia aprovação em concurso público, ficando a cargo dos administradores a escolha dos futuros servidores. Com o advento da nova ordem constitucional, esse tipo de ingresso no serviço público não é mais permitido, porém, a exceção à regra, a exemplo da criação dos cargos de provimento em comissão, é uma das alternativas para que os gestores públicos continuem com a mesma prática, culminando na maioria das vezes na criação de cargos em número superior ao necessário para atender aos interesses da administração.

Dessa forma, considerando a situação enfrentada atualmente pela administração pública, entende-se que não há outro caminho a ser seguido senão o controle externo exercido pelo Poder Judiciário para combater esses desmandos administrativos. Porém, a grande questão é saber como realizar esse controle sem afronta ao princípio da separação dos poderes, uma vez que a criação desses cargos é inerente à organização administrativa de cada poder, a ser exercida no âmbito da sua competência discricionária.

Conforme já demonstrado, os atos administrativos considerados discricionários não estão imunes ao controle judicial, mas, certamente não se constitui uma tarefa fácil exercer controle sobre esses atos.

Quando se afirma que esses cargos passaram a ser utilizados para atender aos interesses pessoais dos administradores, principalmente depois da entrada em vigor da atual Constituição Federal, não se pode também deixar de reconhecer que algumas medidas foram tomadas para tentar limitar a atuação desses administradores. Dentre estas, a aprovação da Súmula Vinculante nº 13 pelo Supremo Tribunal Federal[17], que visa impedir que cônjuges e parentes até 3º grau sejam nomeados para ocupação de cargos em comissão, inibindo assim uma prática bastante comum no serviço público. A outra medida foi introduzida pela Emenda Constitucional nº 19/98, ao estabelecer que os cargos em comissão seriam destinados aos servidores de carreira em percentual mínimo definido em lei.

Quanto à regra para provimento dos cargos em comissão por servidores de carreira, entendemos que o legislador poderia ter sido mais objetivo, definindo o percentual mínimo a ser destinado, haja vista que a maneira como ficou o texto constitucional (art. 37, V, CR/88), deu margem para que a norma, equivocadamente, fosse interpretada como sendo de eficácia limitada, quando se trata de eficácia contida, uma vez que a interpretação diversa, ou melhor, aceitar como norma de eficácia limitada, deixando a regulamentação somente a critério do legislador infraconstitucional, torna sem sentido a norma constitucionalSendo assim, não há dúvidas de que o legislador constitucional estava preocupado com os abusos envolvendo a criação desses cargos, visto que a criação em número excessivo é uma conseqüência do desvio de poder que, segundo Celso Antonio Bandeira de Mello[18], é "a utilização de uma competência em

---

[17] *Súmula Vinculante Nº 13 - A Nomeação de Cônjuge, Companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de Direção, Chefia ou Assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na Administração Pública Direta e Indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o Ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.*

[18] *MELLO, Celso Antonio Bandeira. Discricionariedade e controle jurisdicional. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 56.*

desacordo com a finalidade que lhe preside a instituição". Assim, é abusiva a atuação dos administradores que, em nome da discricionariedade, utiliza-se do poder para criar e nomear quem quer que seja para exercício das funções inerentes aos cargos em comissão.

Não se pode negar que a atuação dos administradores públicos, em relação à criação e provimento dos cargos em comissão, é passível de controle pelo Poder Judiciário, inclusive por meio de critérios objetivos, a exemplo da Súmula Vinculante nº 13, e da regra imposta pela Constituição que impôs limites para nomeação de pessoas alheias ao quadro de servidores.

Do mesmo modo, é possível o questionamento quanto à validade da criação e provimento desses cargos quando em número excessivo, sem guardar nenhuma relação com as reais necessidades da administração, apenas para atender os interesses pessoais. É dever da administração justificar a criação dos cargos em comissão, demonstrando a necessidade dos mesmos para a prestação dos serviços, sendo possível perceber quando há excesso de cargos, principalmente quando o número de cargos em comissão se apresenta completamente desproporcional ao de cargos de natureza efetiva, uma vez que sendo os cargos em comissão destinados às atribuições de chefia, direção e assessoramento, certamente que o número de servidores desempenhando estas funções deve ser em número bem inferior àqueles.

Em suma, com fundamento nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, é possível concluir se há ou não abuso de poder na atuação do administrador quando da criação dos cargos em comissão.

Certamente que ao se considerar que todo ato administrativo está sujeito ao controle judicial, não haverá dúvidas quanto à possibilidade de intervenção do Poder Judiciário diante de situações como estas. Porém, para os que acreditam que o controle judicial dos atos administrativos praticados no âmbito da competência discricionária, apenas se restringe aos aspectos formais, não seria possível haver tal controle, haja vista a impossibilidade de uma intervenção efetiva sem a análise do mérito das nomeações.

Dessa forma, acreditamos na possibilidade de um controle judicial quanto ao mérito, ou seja, da conveniência e oportunidade dos atos para a administração, sem qualquer afronta ao princípio da separação dos poderes, não sendo, portanto, argumento para mitigar ou mesmo impedir o controle judicial de atos desproporcionais e desprovidos do mínimo de razoabilidade.

Sobre esse tema, Veja-se o entendimento do professor Luiz Roberto Barroso, ao se referir ao apego excessivo ao princípio da separação dos poderes, enquanto obstáculo para se conferir maior efetividade ao controle judicial quanto ao mérito dos atos administrativos:

> *No Brasil, o apego excessivo a certos dogmas da separação de Poderes impôs ao princípio da razoabilidade uma trajetória relativamente acanhada. Há uma renitente resistência ao controle judicial do mérito dos atos do Poder Público, aos quais se reserva um amplo espaço de atuação autônoma, discricionária, onde as decisões do órgão ou do agente público são insindicáveis quanto à sua conveniência e oportunidade*[19]

---

[19] *BARROSO, Luís Roberto. Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade. Disponível em: <http://buscalegis.ufsc.br>. Acesso em: 07 dez 2009.*

Assim sendo, ao se refletir sobre os fatos que envolvem a criação e provimento dos cargos em comissão na administração pública brasileira, percebe-se que será impossível controlar os desmandos administrativos praticados pelos gestores, sob o manto da discricionariedade, sem que o mérito seja analisado pelo Poder Judiciário, tampouco se entende que haveria afronta a qualquer norma constitucional que comprometa a separação dos poderes. Isto não significa um controle incondicional, muito pelo contrário, é necessário entender que os cargos em comissão são importantes para administração pública, cabendo a administração a definição quanto à estrutura administrativa mais adequada a sua atuação, sob pena de haver cerceamento do exercício das funções administrativas, com a margem de liberdade que é conferida pelo ordenamento jurídico. No entanto, quando esses limites forem extrapolados, deve o Poder Judiciário exercer o pleno controle para o restabelecimento da legalidade, repita-se, em sentido amplo. O Professor Celso Antonio Bandeira de Mello ensina que:

> *Assim como ao Judiciário compete fulminar todo comportamento ilegítimo da Administração que apareça como frontal violação da ordem jurídica, compete-lhe, igualmente, fulminar qualquer comportamento administrativo que, a pretexto de exercer apreciação ou decisão discricionária, ultrapassar as fronteiras dela, isto é, desbordar dos limites de liberdade que lhe assinalam os confins da liberdade discricionária*[20].

Quando se refere à legalidade em sentido amplo, afirma-se que o parâmetro para controle jurisdicional não pode ficar restrito aos comandos inseridos nos textos legais, mas, principalmente aos princípios de observância obrigatória pela Administração Pública, conforme expressos no artigo 37, caput, da Constituição Federal. Germana de Oliveira Moraes[21] afirma que:

> *A constitucionalização desses princípios da Administração Pública e dos princípios gerais do Direito gerou para o Poder Judiciário a possibilidade de verificar além da conformidade dos atos administrativos com a lei, ao exercer o controle de seus aspectos vinculados, à luz do princípio da legalidade, também aspectos não vinculados desses atos, em decorrência dos demais princípios constitucionais da Administração Pública, da publicidade, da impessoalidade e de moralidade, do princípio constitucional da igualdade e dos princípios gerais da razoabilidade e da proporcionalidade.*

No mais, observa-se que o Poder Judiciário dispõe de instrumentos jurídicos capazes de permitir um controle efetivo sobre os atos administrativos que resultem na criação e provimento de cargos em comissão, quando eivados de vícios, sem que isso se configure afronta ao princípio da separação dos poderes.

---

[20] *MELLO, Celso Antonio Bandeira. Discricionariedade e controle jurisdicional. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1993.*

[21] *MORAES, Germana de Oliveira. Controle Jurisdicional da Administração Pública. São Paulo: Dialética, 1999, p. 106.*

4. A JURISPRUDÊNCIA DO STF

O Supremo Tribunal Federal já se posicionou diversas vezes sobre a questão que ora apresentamos, numa demonstração de que os atos dos Gestores Públicos que resultam na criação e provimento de cargos em comissão são passíveis de controle judicial, não apenas no aspecto meramente formal, mas, sobretudo quanto ao mérito, tendo como fundamento as regras e princípios constitucionais norteadores da atuação dos administradores públicos, conforme podemos observar nos fragmentos transcritos abaixo.

> *EMENTA: AGRAVO INTERNO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ATO NORMATIVO MUNICIPAL. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. OFENSA. INCOMPATIBILIDADE ENTRE O NÚMERO DE SERVIDORES EFETIVOS E EM CARGOS EM COMISSÃO. I - Cabe ao Poder Judiciário verificar a regularidade dos atos normativos e de administração do Poder Público em relação às causas, aos motivos e à finalidade que os ensejam. II - Pelo princípio da proporcionalidade, há que ser guardada correlação entre o número de cargos efetivos e em comissão, de maneira que exista estrutura para atuação do Poder Legislativo local. III - Agravo improvido.* (STF – Recurso Extraordinário n 365368 aGr/SC - Relator: Ministro Ricardo Lewandowski – Publicado no Dje em: 29/06/2007)

Observe-se que neste julgado o STF faz uma análise da estrutura administrativa existente, concluindo pelo excesso de cargos em comissão, tendo em vista a desproporcionalidade em relação ao número de cargos efetivos. Não há dúvidas de que o mérito do ato, que resultou na criação dos cargos comissionados, foi objeto de controle, sem o qual não seria possível combater este tipo de abuso.

Do mesmo modo, tal como consta no excerto abaixo, o STF se posicionou ao examinar norma que tratava da criação de cargos em comissão, cujas atribuições eram técnicas, isto é, não eram destinados às atribuições de assessoramento, chefia e direção.

> *EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ESTADUAL QUE CRIA CARGOS EM COMISSÃO. VIOLAÇÃO AO ART. 37, INCISOS II E V, DA CONSTITUIÇÃO. 2. Os cargos em comissão criados pela Lei nº 1.939/1998, do Estado de Mato Grosso do Sul, possuem atribuições meramente técnicas e que, portanto, não possuem o caráter de assessoramento, chefia ou direção exigido para tais cargos, nos termos do art. 37, V, da Constituição Federal. 3. Ação julgada procedente.* (STF – Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 3706/MS – Relator: Ministro Gilmar Mendes – Publicado no Dje em: 05/10/2007)

5. CONCLUSÕES

Quando se propôs analisar o tema sobre o controle judicial envolvendo a criação e provimento dos cargos em comissão, não se tinha como meta chegar a uma conclusão definitiva, visto que se trata de uma questão bastante delicada para a administração pública, restando ainda muitas discussões a serem travadas.

Conforme apresentado no decorrer do trabalho, a criação de cargos em comissão é de suma importância para que a administração pública cumpra com o seu papel enquanto fornecedora de bens e serviços para a população. Assim, considerando que as necessidades da população são ilimitadas e cada vez mais complexas, tem-se que a administração é forçada a atender tais exigências, devendo, portanto, ser mais ágil e eficiente, o que a leva a promover mudanças na sua estrutura administrativa, criando e extinguindo cargos públicos, na maioria das vezes de livre nomeação e exoneração, tendo em vista que em relação aos cargos de natureza efetiva, não há essa possibilidade, pelo menos com o mesmo grau de discricionariedade. Ainda há o fato de que algumas funções exigem certo grau de confiança entre o servidor e a autoridade nomeante.

Contudo, a criação e provimento de cargos em comissão nem sempre tem como objetivo atender aos interesses da sociedade, pelo contrário, visa atender interesses pessoais dos administradores que, na maioria das vezes optam por nomear parentes e amigos para exercerem as funções inerentes a estes cargos, sem levar em consideração as competências necessárias ao bom desempenho dessas funções, provocando sérios prejuízos à sociedade.

Pois bem, considerando a importância dos cargos para a administração pública, assim como, os abusos de poderes causados pelos excessos dos administradores, sob o manto protetor da discricionariedade, percebe-se que se está diante de uma situação que demanda providências urgentes por parte do Poder Judiciário, tendo como objetivo impedir e/ou banir qualquer ato administrativo que resulte na criação e provimento de cargos em comissão que não guarde a mínima relação com os princípios basilares da administração pública.

Não se trata de defender uma posição arbitrária por parte do Poder Judiciário, este não pode substituir a administração nas suas funções administrativas, sob pena de se afrontar o princípio fundamental da separação dos poderes. No entanto, não se pode admitir que o Judiciário, quando provocado, apresente-se timidamente, incapaz de assegurar que a ordem jurídica seja respeitada. O Poder Judiciário deve atuar no sentido de que os atos viciados sejam sanados, quando possíveis, ou, do contrário, que sejam banidos.

De acordo com a proposta inicial do presente trabalho, pode-se concluir que o controle dos atos administrativos, que resultam na criação de cargos em comissão, deve ser feito pelo do Poder Judiciário, não havendo maiores dificuldades em se enfrentar uma possível análise quanto ao mérito desses atos, momento em que serão examinadas se a conveniência e oportunidade da administração pública estão sendo observadas pela autoridade responsável pelo ato.

No mais, verifica-se o que o Poder Judiciário dispõe de instrumentos para controle desses atos, dentre os quais a edição da Súmula Vinculante nº 13 do STF que proíbe a nomeação de cônjuge e parentes até 3º grau, para os cargos em comissão, dentre outros de livre nomeação e exoneração. Também não se pode deixar de reconhecer a norma inserida no artigo 37, inciso V da Constituição Federal, que trata dos limites para nomeação de pessoas alheias ao quadro de servidores públicos, apesar de que, essa norma constitucional não vem surtindo os efeitos pretendidos pelo legislador constitucional, haja vista que, ao não definir o percentual mínimo a ser destinado aos servidores de carreira, permitiu que o legislador infraconstitucional, equivocadamente, optasse ou não pela definição, dando a entender que se trata de uma norma de eficácia limitada, quando na verdade entendemos que a norma possui eficácia contida, o que implica concluirmos que, não optando pela restrição ao seu alcance, ou seja, caso não seja definido o percentual mínimo, todos os cargos deverão ser preenchidos por servidores de carreira, e, em caso de descumprimento, cabendo intervenção judicial para assegurar o cumprimento da norma constitucional.

Em relação ao combate ao nepotismo, nos termos da edição da súmula precitada, consideramos importante, porém, a nomeação de parentes não deve ser vista como um dos problemas mais grave para a administração pública, além do fato de que não se deveria analisar a questão sob o aspecto meramente objetivo do parentesco, sob o argumento da defesa da moralidade administrativa, pois, nem sempre a nomeação de parentes traz prejuízos à administração, sendo ainda que, em alguns municípios de pequeno porte, as opções para escolha dos servidores nem sempre se apresentam satisfatórias ao administrador que precisa de pessoas de sua confiança para ocupação dos cargos. Em suma, o que se quer deixar claro é que, independentemente de quem seja nomeado, se parente ou não, necessário é que a criação do cargo e o provimento sejam em nome do interesse público, estando, dessa forma, sujeitos ao controle judicial.

Por fim, o problema mais sério quanto aos cargos em comissão está no excesso. Na maioria das vezes, a relação entre servidores públicos efetivos e comissionados demonstra que os administradores públicos encontraram na criação desses cargos, uma forma de burlar a regra do concurso imposta pela Constituição Federal. Não há controle, o que permite que pequenos municípios possuam uma estrutura administrativa semelhante aos de maior porte, com um número excessivo de secretarias e departamentos, e, conseqüentemente maior número de cargos em comissão.

Ora, certamente que um quadro que possui um grande número de cargos em comissão, quando comparado com os servidores efetivos, apresenta fortes indícios de que se trata realmente de excesso, ou, esses servidores desempenham funções inerentes aos cargos efetivos, confirmando o desvio de função, e o que é mais grave, tendo em vista a afronta à regra do concurso público.

Dessa forma, apesar destes atos serem praticados no âmbito da competência discricionária do administrador público, não há nenhum obstáculo para que sofram intervenção do Poder Judiciário, inclusive quanto ao mérito. A criação e provimento de cargos em comissão, assim como todo e qualquer ato administrativo, devem ser pautados pelo princípio da razoabilidade enquanto parâmetro de valoração dos atos do Poder Público.

Assim sendo, não havendo dúvidas de que esses cargos devem ser criados dentro dos limites necessários a atuação da administração pública, não haverá dificuldades em perceber quando a sua criação se desviou dos interesses públicos, tendo como parâmetro o princípio da razoabilidade, que nos remete à idéia do que corresponde ao senso comum, que é aceitável, adequado, justo, prudente e apropriado ao caso concreto.

No mais, por tudo que fora exposto, considerando que o tema é bastante delicado, haja vista que a criação de cargos públicos é uma atividade exercida por todos os poderes, além das instituições que possuem autonomia para definição de suas estruturas administrativas, a exemplo do Ministério Público e Tribunal de Contas, entende-se que ainda há vários obstáculos a serem enfrentados, dentre os quais, o dogma da separação dos poderes, para que se tenha um controle mais efetivo pelo Poder Judiciário diante dos desmandos administrativos envolvendo essa questão, pois, somente uma intervenção mais efetiva, que não significa substituição à administração pública pelo judiciário, será capaz de assegurar o cumprimento da ordem jurídica, permitindo que os atos contrários ao interesse público, em afronta aos princípios basilares da administração pública, tenham sua legalidade restabelecida, seja pela correção, quando possível, ou, diante da impossibilidade, que sejam excluídos.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos. *O Princípio da Eficiência*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 04, Nov/dez 2005, jan 2006. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com>. Acesso em: 13 jan 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade*. Disponível em: <http://buscalegis.ufsc.br>. Acesso em: 07 dez 2009.

BRASIL. Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006. Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil; e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11419.htm>. Acesso em: 20 jan 2010.

_____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 01 dez 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 3706/MS . Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 18 dez. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante Nº 13. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 12 dez. 2009.

_____.Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 160.381/SP. Disponível em: < http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 mar 2010.

_____.Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n 365368. Disponível em: < http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 18 jan 2011.

CAMMAROSANO, Márcio. *Cargos em Comissão - Breves Considerações Quanto aos Limites à Sua Criação*. Disponível em: < http://www.sertoledo.org.br> Acesso em: 01 dez 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. **18 ed. São Paulo: Atlas, 2004.**

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *O devido processo legal e a responsabilidade do Estado por dano decorrente do planejamento*.Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, n. 13, abr-mai, 2002. Disponível na Internet: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 04/06/07. Material da 6ª aula da disciplina Direito Administrativo, ministrada no curso de pós-graduação lato sensu televirtual em Direito Público – UNIDERP/REDE LFG.

_____. Controle Jurisdicional da Administração Pública. **Revista Interesse Público, Belo Horizonte, V. 09, p. 47, jan./mar. 2001.**

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. **13 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.**

LIMBERGER, Têmis. *O dogma da discricionariedade administrativa: a tensão instaurada entre os poderes Judiciário e Executivo devido às políticas públicas de saúde no Brasil*. **Revista Interesse Público, Belo Horizonte, ano 11, n. 57, p. 81-82, set./out. 2009.**

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *A constitucionalização do direito administrativo e o controle de mérito (oportunidade e conveniência) do ato administrativo discricionário pelo poder judiciário brasileiro*. Disponível em: < http://www.verbojuridico.com/>. Acesso em: 30 nov 2009.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. **2 ed. São Paulo: Malheiros, 1993.**
_____. Curso de Direito Administrativo. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. **27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.**

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. **São Paulo: Dialética, 1999.**

RÉGNIER, João Roberto Santos. *Discricionariedade Administrativa*. **Significação, efeitos e controle. São Paulo: Malheiros, 1997.**

EFEITOS DAS TRANSFERÊNCIAS FISCAIS NA EFICIÊNCIA ALOCATIVA DE RECURSOS PÚBLICOS: O CASO DO FUNDEB

Josedilton Alves Diniz
Doutorando da Universidade de São Paulo (USP). Auditor de Contas Públicas do TCE/PB. Professor da Universidade Estadual da Paraíba (UEPB).

Luiz João Corrar
Doutor em Controladoria e Contabilidade. Professor da Universidade de São Paulo (USP).

RESUMO: *As transferências fiscais intergovernamentais são usadas para equalizar a arrecadação de receitas e a necessidade de gastos. De um lado, têm-se as receitas públicas extremamente centralizadas no governo federal, do outro, os gastos são descentralizados, cabendo aos municípios a maior parte da prestação de serviços e bens públicos. Dessa forma, o sistema de transferência, se bem arquitetado, pode ser um vetor capaz de delinear uma divisão otimizada de atribuições que promovam a maximização da eficiência do setor público, mediante um sistema de transferências. O FUNDEB é um tipo de transferência que visa equacionar as distorções horizontais entre os municípios e os estados. Nesta pesquisa, buscou-se identificar os efeitos da equalização fiscal proposta pelo FUNDEB na eficiência alocativa de recursos nos municípios paraibanos. Para isso, calculou-se a eficiência do gasto público em educação com a utilização da técnica de análise envoltória de dados (DEA), introduzindo no modelo os recursos financeiros aplicados no FUNDEB como insumos e, como variável de resultado, o IDEB. Os resultados revelaram que os municípios que gastam mais e recebem mais recursos do FUNDEB são os que conseguem melhor desempenho. Também ficou claro que, nesse sistema de redistribuição, os pequenos municípios são os mais prejudicados, visto que eles financiam parte dos demais municípios. Por fim, de uma maneira geral, os municípios que recebem mais recursos potencializam melhores resultados, demonstrando que o sistema de transferência do FUNDEB contribui para a eficiência do gasto público na educação fundamental.*

PALAVRAS-CHAVE: *Federalismo Fiscal. Eficiência. FUNDEB. Descentralização. DEA*

SUMÁRIO: *Introdução; 1. Plataforma Teórica; 1.1. Sistema de Transferências Intergovernamentais; 1.2. O FUNDEB - Uma Tentativa de Definição de um Padrão Mínimo Nacional na Educação Básica; 1.3. O FUNDEF/FUNDEB e a Melhoria do Ensino Fundamental; 1.4 Eficiência na Alocação de Recursos na Educação; 2. Metodologia; 2.2 Base de Dados; 2.3 Variáveis e Modelo de Pesquisa; 3. Resultado; 3.1. Agrupamentos dos Municípios Pesquisados; 3.2. Transferências e Gasto com Educação; 3.3. Estrutura Quantitativa e Qualitativa dos Gastos com a Educação Fundamental; 3.4 Cálculo da Eficiência Técnica pela Análise Envoltória de Dados (DEA); 4. Conclusões; Referências.*

INTRODUÇÃO

Um dos principais desafios do federalismo fiscal consiste em equalizar o sistema de arrecadação e de alocação de recursos. A definição e divisão de tarefas nos diferentes níveis de governo, evidenciando quem arrecada cada tipo de tributo e quem é responsável pela prestação dos bens e serviços públicos, é uma questão crucial na busca da maximização da eficiência fiscal no setor público.

Nesse sentido, há uma tendência mundial no sentido de concentrar o sistema de arrecadação nos governos Federais e Estaduais; por outro lado, a oferta de bens e serviços públicos ficaria sob a custódia dos governos municipais. Essa lógica se assenta no fato de que os governos superiores teriam um sistema de arrecadação que geraria mais eficiência no recolhimento dos tributos. Dessa forma, segundo sublinha Musgrave (1983), das bases clássicas de tributação, quais sejam, o consumo, a renda e o patrimônio, os dois primeiros seriam mais eficientes com a sua cobrança pelo governo central. Já o último seria mais eficiente com o seu recolhimento pelos governos subnacionais, como, por exemplo, o IPTU[1] e as taxas.

A teoria do federalismo fiscal acentua que a responsabilidade pela oferta da maioria dos bens públicos deve ser dos governos locais. Essa é a orientação geral que emana dos precursores dessa teoria, quais sejam, Tiebout (1956), Musgrave (1983), e Oates (1972). Segundo esses autores, cada bem público deve ser oferecido pelo nível de governo que represente de forma mais aproximada a área geográfica que se beneficia dos bens e serviços públicos. Assim, bens de caráter local, deveriam ser oferecidos pelos municípios, a exemplo da educação e saúde básicas, iluminação e transportes públicos, enquanto que aqueles de uma maior abrangência em termos territoriais deveriam, por seu caráter nacional serem ofertados pelo governo central, como por exemplo, a defesa, a estabilidade monetária e as relações internacionais..

Pode-se observar, na prática, que há uma centralização na arrecadação dos tributos nos governos superiores, não ocorrendo o mesmo com alocação de recursos e de gastos. Os governos locais dentro de um sistema federativo são responsáveis pela maior parte da oferta de bens públicos em detrimento de uma base tributária, gerando assim o que a literatura aponta como *vertical fiscal gap*[2]. Quando esse problema não é devidamente tratado pela redistribuição de responsabilidade ou pelas transferências fiscais pode trazer inúmeros outros problemas ao fornecimento de bens públicos (SHAH, 2007, p.17).

A federação brasileira faz uso intenso do mecanismo de transferência intergovernamental. As transferências feitas pelo governo federal são classificadas em "constitucionais e legais" e "voluntárias". As maiores transferências constitucionais e legais são os fundos de participação dos estados (FPE) e dos municípios (FPM)[3]. Esse tipo de transferência tem o caráter redistributivo, ou seja, tenta reduzir os desequilíbrios verticais, repassando parte da arrecadação federal para os demais níveis de governo de forma a privilegiar os estados e municípios menos desenvolvidos economicamente.

Como mencionado, a alocação sob o prisma do federalismo fiscal busca estabelecer parâmetros de racionalidade econômica que oriente os ajustes na organização das federações de modo a buscar maior eficiência no preenchimento do *vertical fiscal gap*. Ocorre que, no caso brasileiro, esse preenchimento gera um desequilíbrio horizontal pro-

---

[1] *Recomenda-se consultar as obras de Musgrave (1983), Aravate e Biderman (2004), Tiebout (1956) e Oates (1972).*

[2] *Lacuna fiscal vertical é definida como a deficiência de receita decorrente de uma incompatibilidade entre as médias das receitas e a necessidades despesas, tipicamente de ordens do governo subnacional.*

[3] *Existem também FUNDEB, ICMS, IPVA, ITR e outros.*

porcionado pela capacidade arrecadatória dos governos locais[4]. Esse fenômeno é bem premente na educação, visto que os municípios das regiões mais ricas têm capacidade financeira de aportar mais recursos per capita, gerando uma desigualdade dentro da federação.

Para superar essa desigualdade e estabelecer padrões mínimos para educação, o Governo Federal instituiu o FUNDEB, um fundo financeiro/contábil com função equalizadora que concentra recursos e os partilha, proporcionalmente, para os entes com fundamento na quantidade de alunos matriculados. A ideia básica é a tipológica do efeito Robin Hood, ou seja, retirar recursos de entes mais ricos e transferir para outros mais pobres.

As experiências empíricas evidenciariam exatamente o oposto, conforme Esteves (2007) e Bremaeker (2003). A função equalizadora não foi eficiente na sua vocação, posto que municípios com maior poder fiscal, especialmente, aqueles que apresentaram uma população maior, foram os mais beneficiados. Se, por um lado, o preenchimento da lacuna fiscal privilegiava os pequenos municípios com repasses diferenciados mediante transferências incondicionais, a política de formação e redistribuição horizontal faz o inverso, uma vez que as pequenas comunas estão financiando parte da educação dos grandes municípios.

Diante desse cenário, surge o seguinte questionamento: quais os efeitos da equalização fiscal proposta pelo FUNDEB na eficiência alocativa de recursos nos municípios paraibanos? Para responder a essa questão, buscou-se levantar, avaliar e descrever a eficiência na alocação dos gastos públicos no Ensino Fundamental de municípios paraibano em função das transferências financeiras do FUNDEB.

Estabelecidos o problema e os objetivos da pesquisa, definiu-se uma hipótese norteadora do estudo, que consiste em afirmar que o critério de formação dos recursos do FUNDEB e a sua alocação na composição do orçamento do Ensino Fundamental influenciam o desempenho dos alunos da rede pública municipal. A definição dessa hipótese tem por finalidade oferecer, conforme grifado por Martins (2007, p. 41), "explicações ou uma resposta provisória à pergunta, bem como direcionar o percurso da pesquisa".

Dentro dessa hipótese norteadora, definiram-se duas outras hipóteses. São elas:

> H1: Quanto maior for a dependência de recursos financeiros do FUNDEB para custeio do Ensino Fundamental municipal, menor a eficiência na alocação de recursos;
> H2: A estrutura do gasto orçamentário tem ifluencia na eficiência da educação fundamental.

O estudo prossegue da seguinte forma: é feito uma *survey* da teoria do federalismo fiscal, especificando o efeito das transferências na eficiência do gasto publico. Também é abordada a criação FUNDEF/FUNDEB como fator de equalização horizontal e garantidor de padrão mínimo nacional na educação básica. Fez-se, ainda, um pequeno levantamento na teoria da economia da educação voltada para a relação causal entre a magnitude dos recursos aportados e o desempenho alcançado na educação. A metodologia para quantificar a eficiência consiste em uma abordagem descritiva, utilizando-se a DEA. Em seguida, é feita uma discussão dos resultados e levantadas as implicações para a gestão municipal.

---

[4] *Alguns municípios e estados têm uma base tributária privilegiada, além de receberem as transferências intergovernamentais com base no número de habitantes, gerando assim uma condição financeira diferenciada.*

1. PLATAFORMA TEÓRICA

1.1. SISTEMA DE TRANSFERÊNCIAS INTERGOVERNAMENTAIS

A descentralização fiscal é sem dúvida o problema básico do federalismo fiscal, conforme acentuam Tiebout (1956), Musgrave (1983), Oates (1972) e Messere (1993). De um lado, tem-se um sistema de arrecadação extremamente concentrado nos governos federal e estaduais e, de outro, observa-se uma centralização na oferta de bens e serviços a cargo dos municípios. O governo nacional tem muito mais recursos financeiros, o mesmo não acontecendo com os governos subnacionais que são responsáveis pela oferta de bens e serviços e não dispõem de recursos próprios suficientes. Isso gera um descompasso contábil da arrecadação de recursos *versus* necessidade de gastos públicos, ocasionando o *vertical fiscal gap*. Assim, de acordo com Mendes (2006), o mecanismo adotado para lidar com esse problema e preencher essa lacuna consiste em transferir os recursos de quem tem maior capacidade arrecadatória para os governos subnacionais responsáveis pela prestação de serviços públicos.

Segundo afirma Oates (1972, p. 85), Gamkhar e Shah (2007, p. 225), Varela (2008, p. 101), os principais motivos para existência de transferências intergovernamentais são:

> a) lidar com vertical fiscal gap, que em geral vai do governo central para os estados e municípios e dos estados para os governos locais, bem como do comportamento de contribuintes que procuram se beneficiar dos tributos de outra localidade e da impossibilidade de imposição de imposto por parte dos governos subnacionais, já que o governo federal impõe uma carga tributária pesada e este ente tem privilégios constitucionais;
> b) como instrumento fiscal, as transferências podem ser utilizadas com o objetivo de dar tratamento às iniquidades fiscais, fornecer compensações para spillovers[5] de benefícios e influenciar as políticas de tributação, gasto e estabilização econômica local e regional;
> c) adoção de padrões mínimos de qualidade na provisão de serviços públicos é também uma das justificativas para as transferências intergovernamentais. Essa medida econômica visa assegurar que qualquer indivíduo, independentemente da localidade de sua residência, deve ter, ao menos acessar, um serviço público com padrão de qualidade mínimo, de forma que seja obedecido o princípio da equidade. Quando o fornecimento de serviço público é prestado de forma heterogênea no espaço geográfico de um país, ocorre o que a literatura aponta como "desequilíbrio horizontal" (SHAH, 2007).

As transferências intergovernamentais têm por objetivo diminuir os desequilíbrios verticais e horizontais, porém, a construção de um sistema de transferência deve ser arquitetada de forma a não representar apenas uma divisão de recursos de uma federação. Essa construção deve ser delineada de forma a proporcionar meios pelos quais os recursos repartidos sejam alocados de forma eficiente, utilizando-se das diversas formas de transferências[6] sem que a autonomia dos gestores municipais seja afetada. (SHAH, 2007)

---

[5] *Externalidade espacial – representa os benefícios gerados por uma comunidade que suplanta a sua jurisdição ocasionando o efeito "free rider" (p.ex. um município que trata os dejetos de rio que passa na sua jurisdição beneficia todas as comunidades a jusante, sem que essas tenham investido nesse melhoramento.*

[6] *Transferências de propósitos específicos ou condicionais (baseada em insumo, produto e no resultado), com contra partida limitada ou ilimitada. Há também as transferências incondicionais e sem contra partida. Reco-*

Além dessa sistemática equalizadora financeira, e não menos importante que as demais dentro da teoria normativa do federalismo fiscal, as transferências intergovernamentais criam mecanismos de *accountability* e incentivos que afetem o desempenho fiscal, a prestação de contas dos governantes aos cidadãos, a eficiência e a equidade no acesso aos serviços públicos (DUARTE, p.1, 2009).

1.2. O FUNDEB - UMA TENTATIVA DE DEFINIÇÃO DE UM PADRÃO MÍNIMO NACIONAL NA EDUCAÇÃO BÁSICA

A definição de padrões mínimos nacionais para os serviços prestados pelos governos infra, são importante por dois aspectos, de acordo com Shah (2007):

a) **Primeiro**, há uma vantagem para a nação como um todo a partir de tais padrões, posto que esses contribuem para o fluxo livre de bens, serviços, trabalho e capital, reduzem o disperdício na competição de gasto interjurisdicional e melhoram os ganhos de trasações provenientes do mercado interno;
b) **Segundo**, esses padrões servem aos objetivos da equidade nacional.

Alguns tipos de serviços públicos, por sua natureza, se deixados sua execução pelos governos subnacionais, podem trazer sérios problemas às políticas nacionais de equidade. O fornecimento de tais serviços com baixo nível de qualidade, enquanto desejável por eficiência e combinando preferência e responsabilização, cria dificuldades ao cumprimento dos objetivos de equidade federal. O Fator de mobilidade[7] e guerra fiscal criam fortes incentivos para que os governos de nível inferior ofereçam tais serviços de forma precária ou os restrinjam[8].

Uma das formas que o governo central tem usado para aliviar esse efeito perverso tem sido a utilização de transferências condicionada, uma vez que esse tipo de transferência propicia um controle mais efetivo do governo federal nos aspectos ligados à eficiência na alocação dos recursos, posto que as políticas e a forma de aplicação são por ele definidas, sem prejuízo da adoção de políticas com vistas a preocupações com a equidade. Assim, se o gestor municipal ou estadual não atingir o fim a que se destinam os recursos, ele estará sujeito a uma sanção associada com o descumprimento de qualquer das condições preestabelecidas pelo governo central.

A educação brasileira, historicamente, sempre padeceu de um padrão de gastos diferenciado, seja por descompromisso e despreparo do gestor ou por diferenciação nas bases das receitas dos municípios. Uma das formas utilizadas pela Carta Magna de 1988 para resolver essa primeira causa foi definir aplicação mínima na educação. A Constituição Federal fixou que os municípios e estados não deveriam aplicar menos de 25% das receitas de impostos e transferências na manutenção e desenvolvimento da educação. Além dessa fixação mínima de recursos, leis infraconstitucionais definiram regras rígidas para alocação em despesas específicas.

Mesmo com essa exigência constitucional, era perceptível que a quantidade de recursos aportados na educação era muito destoante em toda a nação. Assim, municípios

---

menda-se consultar a taxionomia apresentada de Shah(2007)

[7] *O fator mobilidade consiste no deslocamento do cidadão do seu município para outro que lhe ofereça uma cesta de serviços e melhor e uma carga tributária menor.*

[8] *Por exemplo, pacientes mais suscetíveis a doença são excluídos do atendimento por representar um alto risco para redução de custo. Alunos com dificuldade de aprendizado não são preteridos por escolas que recebem prêmio por seu desempenho nos teste de proficiência.*

que, por terem recursos suficientes para atender a necessidade de gasto na educação, conseguiam uma educação de melhor qualidade, o que não acontecia com os municípios mais pobres.

A discussão sobre o financiamento da educação, segundo Castro (2001), é crucial para o desenvolvimento e a implantação de políticas públicas nessa área, visto que a estrutura jurídico-normativa e financeira pode significar um impulso para a solução dos graves problemas da educação no Brasil. Os problemas enfrentados pela educação pátria se destacavam em dois aspectos: um, de natureza de acesso e democratização do ensino público e gratuito, e outro, de natureza financeira nos repasses de recursos do governo federal.

Diante desse problema de desequilíbrio financeiro, o Brasil adotou um dos mais notáveis programas de padrões mínimos nacionais de subvenção para a educação, segundo Shah (2007). Mediante a emenda 14 à Constituição Federal[9], ficou clara a descentralização do Ensino Fundamental e o estabelecimento de um padrão mínimo de qualidade por meio de assistência técnica e financeira aos estados e municípios.

A assistência financeira foi definida pela criação de um fundo especial para a educação básica (FUNDEF/FUNDEB), para o qual os governos estaduais e municipais contribuem com 15% de suas duas principais fontes de receita (impostos e transferências). Se a soma das contribuições estaduais e municipais exigida, dividida pelo número de alunos do Ensino Fundamental, for menor que o padrão definido nacionalmente, o governo federal cobre a diferença. Então, constituído o FUNDEB, os recursos são distribuídos entre estados e municípios com base no número de matrícula de cada município e do estado. Assim, a ideia básica do FUNDEB é que os recursos devem ser aportados nas localidades onde estão os alunos. Não se quer aqui dizer que a qualidade do ensino e a quantidade de recursos foram equalizadas em toda nação, mas é digno de se destacar que um padrão mínimo na alocação de recursos foi estabelecido.

Nesse sistema de transferência, há municípios que recebem mais do que contribuem (municípios ganhadores) e aqueles que contribuem mais do que recebem (municípios perdedores). Essa lógica tem sido perversa, posto que os municípios perdedores são aqueles considerados pequenos e mais pobres.

A falha no sistema de transferência está no fato de que o preenchimento do *vertical fiscal gap,* oriundo do descompasso entre o montante das receitas e a necessidade de gastos, nos governos subnacionais, é feito mediante transferências intergovernamentais. Por outra vertente, essas transferências para o FUNDEB são realizadas com a finalidade de proporcionar a equalização horizontal intermunicipal. Ocorre que os municípios pequenos, via de regra, são os mais pobres e inteiramente dependentes dos repasses do governo federal. Por um lado, as transferências incondicionais são usadas para preencher o *vertical fiscal gap;* por outro lado, parte desses recursos é utilizada para a formação do fundo. Assim, por terem uma população estudantil menor, esses municípios são penali-

---

[9] *Art. 211 (...)*

"§ 1º A União organizará o sistema federal de ensino e o dos territórios, financiará as instituições de ensino públicas federais e exercerá, em matéria educacional, função redistributiva e supletiva, de forma a garantir a equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios.

§ 2º Os municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil.

§ 3º Os estados e o Distrito Federal atuarão prioritariamente no ensino fundamental e médio."

zados no recebimento dos recursos redistribuídos pelo FUNDEB. Dito de outra forma, os municípios pequenos estão financiando os demais municípios. Assim, para esses municípios, se não existisse o FUNDEB, seria melhor, pois parte dos recursos que estaria financiando outras municipalidades poderia estar sendo utilizada na educação local ou em outra atividade de governo.

1.3. O FUNDEF/FUNDEB E MELHORIA DO ENSINO FUNDAMENTAL

O FUNDEF foi criado com o intuito de valorizar o Ensino Fundamental e assegurar a normatização de políticas públicas relativas a esse nível de ensino. Segundo Castro (2001), seus principais objetivos foram assim determinados:

I-) Melhorar o gerenciamento financeiro e orçamentário dos recursos da educação;
II-) Aumentar o volume de recursos para a educação;
III-) Fazer uma política redistributiva, buscando reduzir disparidades regionais;
IV-) Aumentar a transparência no trato dos recursos públicos da educação;
V-) Valorizar o corpo docente do Ensino Fundamental.

A estratégia financeira de constituição do fundo obteve êxito em elevar o nível de escolaridade da população e a universalização do Ensino Fundamental (ANDRADE, 2009, p. 454). Os gestores, motivados em atrair alunos e evitar a evasão escolar, saíram à busca de alunos para matricular, uma vez que o processo beneficiava financeiramente o município pelo total de alunos matriculados[10].

Observa-se que ocorreram avanços importantes no que diz respeito à oferta de vagas e aportes de recursos para a educação fundamental, porém, segundo Andrade (2009), MENEZES-FILHO (2009), Peres (2007), Araújo (2005) e Castro (2001), não se verificou o mesmo no tocante à qualidade da educação. Os resultados do IDEB[11] se revelaram bastante insatisfatórios. Quando a comparação é feita com os institutos internacionais, a situação é mais periclitante. No teste do PISA (Programa Internacional de Avaliação de Estudantes)[12], os alunos brasileiros apresentaram resultados insatisfatórios, posicionando-se sempre entres os últimos colocados. (OCDE 2010).

A leitura que se faz da criação do FUNDEF/FUNDEB e a má qualidade da educação se dá por conta do amplo processo de municipalização da educação fundamental, que se deu de forma rápida, sem que os municípios estivessem adequadamente aparelhados para ofertar o Ensino Fundamental. É digno de nota que o sistema de captação teve seu papel na universalização do ensino, tendo em vista que os municípios tiveram quer sair à busca de alunos, chegando a competir por matrícula com os Estados (DRAIBE, 2003). Outro aspecto apontado por Cano (2010) é que muitos municípios, buscando aumentar seu número de alunos, reduziram a idade mínima para o ingresso no sistema do ensino municipal.

Os gestores municipais, no afã de obterem recursos, atraíram muitas matrículas, mas não atentaram para a estrutura física e muito menos para a necessidade de professores suficientes e capacitados. A grande falha nesse processo foi o descompromisso das

---

[10] *Pesquisa realizada Andrade (2009) revela que a parcela dos alunos entre 7 e 14 anos frequentando a escola passou de 88% em 1993 para 97% em 2003. A taxa de escolarização líquida saltou de 20,8 em 1994 para 33,3 em 2000. A taxa de analfabetismo caiu de 20% em 1991 para 12% em 2002.*

[11] *O IDEB é uma prova de proficiência de matemática e português aplicada de dois em dois anos com uma amostra de alunos do 1º ao 5º e do 6º ao 9º ano do ensino fundamental.*

[12] *Esse é um teste de proficiência em matemática e leitura aplicado de três em três anos a uma amostra de alunos com 15 anos de idade dos países membros da OCDE e cerca de 30 países convidados.*

políticas públicas para com a educação, principalmente, sob responsabilidade do Estado e União, posto que se preocuparam apenas com o incentivo financeiro, esquecendo da assistência técnica (art. 212,§1º da CF). Os municípios sem uma estrutura adequada tiveram que, num curto espaço de tempo, capacitar professores, ampliar sua estrutura física, estruturar academicamente as escolas e definir planos de cargos, carreira e salários para o magistério. Essa reestruturação municipal comprometeu toda uma geração de alunos que teve que conviver com improvisos e uma educação de qualidade duvidosa.

Por fim, a última questão a ser tratada com referência à legislação do Fundo é a recente aprovação da nova legislação que estende o mecanismo do FUNDEF para a Educação Básica. Talvez esse tenha sido um dos graves erros do FUNDEF, o de privilegiar apenas os alunos do Ensino Fundamental, esquecendo de uma parcela significante da educação, que são os alunos do Ensino Médio, o infantil e a alfabetização de jovens e adultos. Essa inércia brasileira perdurou por mais de 10 anos, gerando uma crescente dificuldade dos municípios, dada a vinculação de recursos concentrada no Ensino Fundamental.

Muito embora as críticas feitas aqui ao FUNDEF, são inegáveis os ganhos alcançados na educação. Tem-se avançado na quase universalização do Ensino Fundamental, e há mais recursos destinados à educação. Convém destacar que, vencida essa etapa da democratização do ensino, a prioridade da política educacional deve ser direcionada à melhoria em sua prestação, principalmente, quando se tem em mente que a qualidade da educação, e não a quantidade, é uma variável importante para explicar o crescimento econômico de um país (ANDRADE, 2009). Assim, as políticas de educação devem considerar que o simples aumento nos gastos não implica sua melhoria, quando mensurada pelo desempenho dos alunos nos testes de proficiência. Esses aportes adicionais de recurso devem ser seguidos de melhorias estruturais tanto em recursos físicos, como humanos. A seguir, far-se-á um detalhamento desse aspecto.

1.4. EFICIÊNCIA NA ALOCAÇÃO DE RECURSOS NA EDUCAÇÃO

A melhoria das escolas públicas como vetor capaz de aumentar a produtividade, a velocidade de crescimento econômico e a geração de oportunidades socioeconômicas têm sido uma preocupação de pesquisadores, de agentes políticos e da sociedade. Nesse processo, o ensino básico desempenha um papel importante na expansão do capital humano, motivando os governos e instâncias internacionais a determinarem metas explícitas para democratização e o desenvolvimento de melhorias na educação básica. Entretanto, há uma enorme diferença entre crianças em sala de aula e aumento na qualidade do capital humano. A questão de como melhorar o desempenho educacional das escolas públicas permanece em aberto.

Várias discussões são levantadas acerca de como aumentar as expectativas de desempenho de alunos e professores a partir de uma alocação eficiente dos recursos públicos que possa garantir melhorias no desempenho escolar. Se as deficiências na qualidade fossem apenas pela falta de recursos, a prescrição óbvia, do ponto de vista político, seria inicialmente aumentar os recursos na educação. No entanto, a teoria positiva, utilizando-se de comparações de desempenho de alunos em diversos países, entre escolas de mesmas regiões, produziu achados preocupantes no sentido de que os recursos são apenas atenuantes no desempenho escolar.

Essa discussão surgiu a partir do relatório de Coleman (1966), suscitando muitos debates acerca da questão que envolve o binômio gastos educacionais do setor público e o desempenho educacional. Hanushek (1994);, Hedges *et al* (1994), Krueger, (1999), Ray (1991), Brokaw *et al* (1990), Fare *et al* (1989) e Chalos (1997) apresentam conclusões díspares

em seus estudos acerca da relação entre os gastos públicos e os resultados educacionais alcançados pelos alunos. Os resultados revelaram a existência de algumas unidades que encontraram formas eficazes de utilizar os recursos, enquanto outras não conseguem o mesmo. Dessa forma, a falta de consistência e de uma forte sistemática relacional entre gastos e desempenho educacional é um fator preocupante.

A publicação do relatório de Coleman (1966) teve como objetivo analisar e explicar a diferença existente no desempenho de alunos a partir da análise da relação entre os insumos e o produto final. De forma sucinta, os pesquisadores procuraram identificar os componentes capazes de construir uma função de produção existente nas escolas. Esse relatório ficou mais conhecido não por sua abordagem metodológica, mas pelos resultados apresentados (Harbison e Hanushek, 1992). De acordo com Diaz (2007), os resultados indicavam que os fatores explicativos mais importantes para o desempenho escolar dos estudantes são a família, em primeiro lugar, depois, os colegas, relegando um papel insignificante para a escola. A partir desse marco, verificou-se um desencadeamento de debate sobre o assunto que ía além dos currículos escolares ou políticos, suscitando na sociedade cobranças sobre a efetiva contribuição dos recursos escolares para o aprendizado dos alunos.

O relatório de Coleman causou grande controvérsia por ter apontado que não haveria relação significativa entre os recursos adicionais e desempenhos dos alunos. Duas correntes com posicionamento antagônico se levantaram, debatendo o assunto. Uma tendo com expoente Erik A. Hanushek, defendendo a posição de que simplesmente "mais dinheiro não faz diferença", e Alan B. Krueger, Hedges, Laine e Greenwald, que defendiam a importância dos recursos destinados à educação quando se busca avaliar fatores que afetam o desempenho dos alunos.

A visão de Hanushek se destacava, tendo em vista que ele defendia que a magnitude do orçamento não conta para as diferenças de desempenho, mas os incentivos que determinam quão bem o orçamento é gasto torna-se fator determinante nesse processo (HANUSHEK, 1995). Assim, para ele, a ideia de que simplesmente aportar recursos nas escolas públicas, sem quaisquer considerações atinentes à forma como esse dinheiro será gasto, é uma estratégia comprovadamente ineficaz. Deve-se aqui ponderar a ideia de que o dinheiro não promove alguma diferença no desempenho dos alunos, pois muitas das ações propostas pelos pesquisadores necessitam de recursos para sua implementação, mas é possível identificar municípios que apresentam, relativamente, menos recursos, e têm um desempenho satisfatório. Rothstein (2000); Hanushek Raymond (2004); Andrade (2009) e muitos outros apontam uma medida simples para mudar esse cenário, ou seja, basta que o gestor seja responsabilizado pelos resultados alcançados. Mas, certamente, o debate não deve ser tão polarizado. Todos devem ser capazes de concordar que alguns municípios têm gasto seus recursos de forma eficaz, e outros, não.

No Brasil, pesquisas realizadas, como a de Diaz (2007), Menezes-Filho e Amaral (2009), Menezes-Filho e Pazello (2004), Franco *et al* (2007) e outros, revelam que ocorreu um aumento significativo no orçamento da educação nessas duas últimas décadas, porém essa política não garantiu melhoria na qualidade do ensino. É destacado por essas pesquisas que maiores gastos não necessariamente são acompanhados por mudanças em aspectos que afetam diretamente as condições ou fatores que efetivamente são responsáveis pela melhoria da qualidade do ensino público.

A maioria das pesquisas internacionais e as brasileiras têm utilizado a técnica de regressão centrada na multiplicidade de fatores que afetam os resultados médios da escola, e pouco se tem investigado as características das melhores áreas de desempenho.

Um dos primeiros estudos que teve essa preocupação foi o de Bessent e Bessent (1980) e Bessent et al. (1982), que iniciou a análise da produtividade na educação, utilizando a DEA. Eles examinaram o efeito de insumos sobre os quais o gestor exercia algum controle, bem como aqueles insumos incontroláveis caracterizados pelas variáveis socioeconômicas sobre o desempenho alcançado. Estudos sucedâneos têm feito uso desses pressupostos para sugerirem melhorias de desempenho e analisarem o impacto das condições socioeconômicas sobre o desempenho. Mas são dignas de nota as raras pesquisas que abordam a magnitude do orçamento, composição da despesa e fonte de financiamento na análise e mensuração da eficiência dos gastos públicos.

2. METODOLOGIA

Esta seção apresenta a metodologia utilizada para calcular o efeito da estrutura de financiamento do FUNDEF na eficiência de alocação dos recursos aplicados na educação fundamental.

A pesquisa foi dividida em duas partes. A primeira trata da análise de dados, utilizando-se a estatística descritiva. Aqui se fez uma análise descritiva das variáveis utilizadas no estudo. Na segunda parte, abordou-se a mensuração da eficiência técnica na educação feita a partir da utilização da *Data Envelopment Analysis* (DEA). Essa medida foi utilizada para explicar as diferenças na gestão dos recursos orçamentários entre os municípios eficientes e ineficientes.

2.2. BASE DE DADOS

A análise descritiva foi realizada com todos os municípios paraibanos. Já o cálculo da eficiência foi realizado mediante amostra constituída por 183 municípios que apresentaram informações completas, no ano de 2007, acerca do IDEB, de recursos físicos, financeiros e humanos, bem como informações de insumos não-discricionários pertinentes a aspectos socioeconômicos do aluno e *beackgraund* familiar, bem como da comunidade em que ele está inserido.

2.3. VARIÁVEIS E MODELO DE PESQUISA

A metodologia DEA trabalha com a ideia de produtividade, dado um determinado nível de recursos (*input*), e a quantidade ótima de resultado gerado (*output*). Assim, como insumos (*inputs*) controláveis, utilizaram-se as variáveis representativas da estrutura de gastos públicos na educação dos municípios, quais sejam: os gastos totais por aluno, gastos com professores por aluno, gastos administrativos por aluno e participação do município na formação do FUNDEB. Como variáveis de resultado (*output*), foram escolhidos os resultados médios alcançados pelos alunos do Ensino Fundamental do IDEB (índice de desenvolvimento na educação básica), da 1ª à 4ª série, e da 5ª à 8ª série.

Para adequação do modelo, foram considerados fatores com os quais o gestor não teria influência, num curto espaço de tempo, e que teriam impacto na eficiência dos municípios. Utilizaram-se as seguintes variáveis disponíveis nas bases de dados do INEP, IBGE, SESC e SAGRES/TCE-PB: Fundo de Participação do Município-FPM, PIB-municipal, Índice de Desenvolvimento Municipal- IFDM (de emprego e renda, de saúde e de educação), a taxa de analfabetismo dos pais e da comunidade. Tais fatores são utilizados como variáveis representativas do desenvolvimento socioeconômico do ambiente familiar dos alunos e as suas próprias capacidades ou a influência dos companheiros de classe (efeito de grupo). Essas variáveis oferecem, segundo a vasta literatura nacional e internacional, informações sobre uma grande variedade de circunstâncias que podem afetar o desempenho dos alunos.

3. RESULTADO

3.1. AGRUPAMENTOS DOS MUNICÍPIOS PESQUISADOS

Há diversas maneiras de se classificar os municípios paraibanos, tais como, por meso ou micro região, porém, para fins desta pesquisa, optou-se por considerar os municípios agrupados por número habitantes. Por outro lado, a finalidade desta pesquisa é estudar as transferências verticais e sua realocação horizontal mediante a formação e alocação dos recursos do FUNDEB, tendo sido considerado mais prudente adotar a mesma lógica das transferências intergovernamentais que utiliza a quantidade de habitantes do ente federativo.

A Tabela 1 dá uma dimensão da realidade do agrupamento populacional dos municípios paraibanos. Mais da metade, cerca de 62,4% das cidades, tem menos de 10.000 habitantes. Os municípios de porte médio, entre 10 mil hab. e 50 mil hab., apresentam uma frequência relativa de 34,1%. Já os municípios considerados grandes, acima de 50 mil, representam 3,5% dos 223 municípios paraibanos.

Tabela 1: Agrupamento de município por habitantes[13]

Habitantes	Frequência	Freq.. relativa	Freq. Acum.
Até 2000	5	2,2%	2,2%
2.000 ⊢ 5.000	66	29,6%	31,8%
5.000 ⊢ 10.000	68	30,5%	62,4%
10.000 ⊢ 20.000	56	25,1%	87,5%
20.000 ⊢ 50.000	20	9,0%	96,5%
50.000 ⊢ 100.000	5	2,2%	98,7%
Mais de 100.000	3	1,3%	100,0%

3.2. TRANSFERÊNCIAS E GASTO COM EDUCAÇÃO

De acordo a legislação brasileira, os governos estaduais e municipais devem contribuir com 15% de suas duas principais fontes de receita: impostos e transferências para formação do fundo especial para a educação básica (FUNDEB). Os recursos são distribuídos entre estados e municípios com base na matrícula escolar. A Tabela 2 demonstra os gastos com educação e os valores repassados e recebidos do FUNDEB.

Tabela 2 - Transferências e Gasto com educação[14]

População Agregada	Gastos com Educação	Transferências Recebidas	Contribuição para o FUNDEB
Até 2000 Hab	5.038.565,69	1.223.003,82	3.566.031,45
2.000 ⊢ 5.000	94.806.352,86	45.150.850,79	48.466.077,83
5.000 ⊢ 10.000	151.462.072,29	94.638.589,13	55.138.905,82
10.000 ⊢ 20.000	211.926.304,07	139.698.508,80	82.310.290,69
20.000 ⊢ 50.000	113.698.147,70	81.508.982,31	35.046.967,77
50.000 ⊢ 100.000	72.712.328,64	46.440.477,63	29.143.873,06
Mais de 100.000	266.468.506,53	106.374.690,58	76.267.286,00

[13] *Fonte: IBGE – Estimativa da população para 2007*

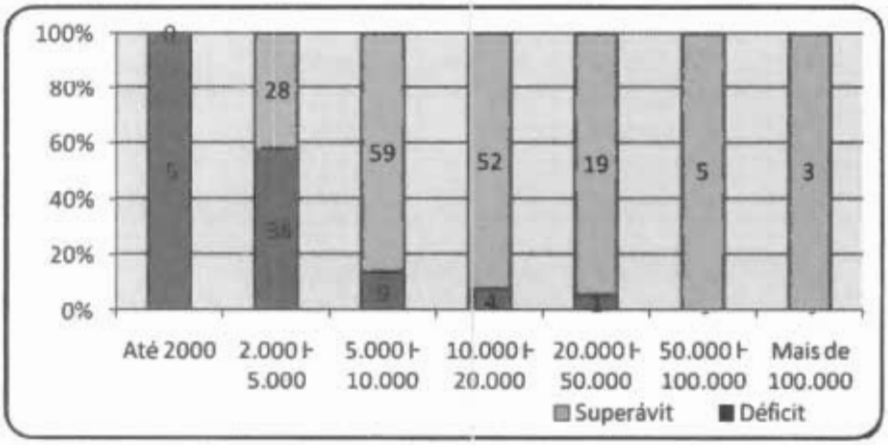
[14] *Fonte: SAGRES - TCE/PB*

O montante recebido pelos municípios do FUNDEB foi da ordem de 515 milhões no exercício financeiro de 2007. Já as contribu ções para formação do fundo totalizaram algo em torno de 330 milhões. Assim, os 185 milhões de saldo positivo foram originários do governo estadual e do governo federal.

Em um sistema de contribuição e partilha, como é o caso do FUNDEB, é possível que haja municípios superavitários ou deficitários. Isso porque o arranjo institucional financeiro em que está fundamentado o FUNDEB visa proporcionar uma maneira de criar a cooperação entres os governos municipais e estaduais, promovendo uma partilha equitativa de recursos. Dessa forma, os recursos são alocados onde há estudantes do ensino básico.

Uma análise feita pela ótica dos perdedores demonstra uma situação preocupante e que vai afetar a lacuna preenchida pelas transferências incondicionais que, nos pequenos municípios, têm como origem, quase que exclusivamente, o FPM. Esse tipo de transferência é repassada com base na população. Assim, municípios que apresentam uma população menor têm um mecanismo que contrabalanceia esses repasses com um fator de cálculo equalizador diferenciado, de modo a não prejudicar os pequenos municípios em termos populacionais.

Gráfico 1: Saldo na participação FUNDEB[15]



Porém, ao analisar os dados acima, é possível inferir que os pequenos municípios, com até 10 mil hab. são os mais prejudicados, perdendo cerca de R$ 5,7 milhões para os demais.

Essa lógica se apresenta um tanto perversa, pois, quando se tenta preencher o *gap* vertical orçamentário com transferências incondicionais, a dinâmica da equalização horizontal baseada na definição de padrões mínimos, como é caso do FUNDEB, reverte os valores recebidos anteriormente do FPM para os grandes municípios, que apresentam, via de regra, populações maiores e, por conseguinte, um maior número de alunos matriculados.

Feita essa análise na formação e distribuição dos recursos vinculados ao FUNDEB, o próximo passo é investigar como esses recursos estão sendo alocados nas diversas subfunções e elementos de despesas.

[15] *Fonte: SAGRES - TCE/PB*

3.3. ESTRUTURA QUANTITATIVA E QUALITATIVA DOS GASTOS COM A EDUCAÇÃO FUNDAMENTAL

Antes de adentrar nos gastos propriamente ditos, analisou-se uma série de indicadores operacionais que têm influência, a princípio, na alocação eficiente dos recursos públicos.

Um dos fatores apontados pela literatura é a renda da população que, em termos agregados, pode propiciar um desempenho melhor dos alunos. Quanto à média levantada para PIB, foi possível destacar, para esse tipo de agregação, um elevado desvio padrão que destoa da análise baseada em valores médios. Desconsiderando-se esse aspecto, apenas os municípios do grupo que está entre 50 e 100 mil hab. se destacam entres os demais. Mais à frente, poder-se-á verificar que, para os municípios paraibanos, esse indicador não se mostrou relevante no desempenho educacional.

Tabela 3: Variáveis socioeconômicas e de estrutura educacional[16]

População Agregada	Matriculados	PIB per capita médio	Analfabetismo	Alunos por turma	Professor com nível superior	Alunos matriculados na mona mrbana
Até 2000	225	3.552	18,0	11,5	67%	33%
2.000 ⊢ 5.000	566	4.286	20,9	19,2	59%	39%
5.000 ⊢ 10.000	1.121	3.646	25,3	20,7	56%	41%
10.000 ⊢ 20.000	2.009	3.632	23,9	21,6	60%	44%
20.000 ⊢ 50.000	3.525	3.530	22,6	22,0	64%	47%
50.000 ⊢ 100.000	5.856	5.284	12,9	21,6	69%	82%
Mais de 100.000	31.322	3.679	11,1	21,3	80%	87%

Analisando os aspectos da comunidade, a taxa de analfabetismo é maior nos municípios que se apresentam dentro da faixa considerada de 7,5 a 50 mil hab. A literatura da espécie acentua que o grau de alfabetização da comunidade e dos pais é um fator relevante no desempenho dos alunos. A quantidade média de alunos por turma é apontada pela teoria educacional como um fator que tem impacto direto no desempenho dos mesmos. Pelo demonstrado na Tabela 3, apenas os pequenos municípios se diferenciam dos demais municípios. Esse fator, mais à frente, será um determinante para o desempenho educacional. Quanto à qualificação dos professores, verificou-se que os grandes municípios apresentam uma proporção média maior de professores graduados. Analisando a proporção média dos alunos que frequentam escola na zona urbana, pode-se verificar que os grandes municípios têm números maiores.

A seguir, são apresentados os indicadores da estrutura de alocação dos recursos do FUNDEB, em termos de gasto aluno per capita, gastos per capita com pessoal do magistério e gasto aluno per capita com despesas administrativas, excluindo-se os salários e encargos do magistério.

[16] *Fonte: Micro dados INEP*

Tabela 4: Gastos anuais com educação básica versos resultado[17]

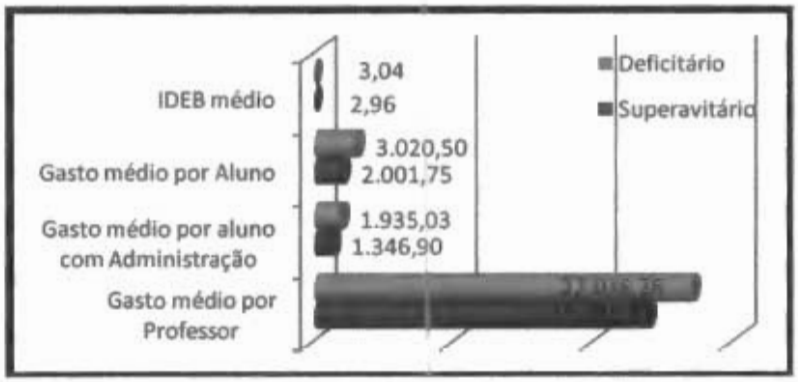
População Agregada	Gasto por aluno	Gasto médio por Professor	Gasto médio Administrativo por aluno	IDEB
Até 2000	5.052,46	31.576,57	2.943,71	0,595
2.000 ⊢ 5.000	2.794,12	25.843,71	1.787,04	0,684
5.000 ⊢ 10.000	2.093,22	23.223,12	1.416,12	0,744
10.000 ⊢ 20.000	1.921,54	23.304,66	1.311,53	0,720
20.000 ⊢ 50.000	1.755,11	26.593,71	1.255,82	0,711
50.000 ⊢ 100.000	2.111,85	26.796,17	1.494,05	0,742
Mais de 100.000	2.488,74	37.294,25	1.460,19	0,707

Analisando os dados da Tabela 4, é possível concluir que os municípios menores apresentaram um gasto per capita maior. Detalhando-se melhor a qualidade dos gastos, os grandes municípios gastam mais com professores, enquanto que os pequenos aportam, proporcionalmente, um maior volume nas atividades administrativas e de apoio à educação. Esses resultados são preocupantes, pois, se forem conjugados os gastos com o desempenho, verifica-se que os municípios que investiram mais em professores não apresentaram melhor desempenho no IDEB.

Os pequenos municípios com população inferior a 2.000 hab. apresentaram desempenho mais baixo no IDEB, apesar de terem aplicado mais recursos, em termos relativos[18]. Para esse fato, uma das explicações econômicas poderia ser o fator de escala de prestação de serviços. Para prestação de alguns serviços públicos, como é o caso da educação, é preciso dispor de uma estrutura mínima e, quando esse custo é rateado por uma quantidade pequena de alunos, aumenta muito a relação custo benefício.

Procedendo a uma análise sob a ótica dos municípios que apresentaram saldo na redistribuição dos recursos do FUNDEB, pode-se verificar que os municípios considerados deficitários (contribuem mais do que recebem) apresentaram um melhor desempenho no teste do IDEB e, de uma forma geral, investiram mais, em termos per capita, quando comparados aos municípios considerados grandes.

Gráfico 2: Multi-indicadores educacionais em 2007[19]



[17] *Fonte: Micro dados INEP e TCE/SAGRES*

[18] *Os municípios desse grupo aplicaram em média R$ 5.052,46.*

[19] *Fonte: Micro dados de 2007 – INEP/TCE-PB*

Pelo que se pode perceber do Gráfico 2, os municípios deficitários gastaram mais e obtiveram um desempenho ligeiramente melhor. Destaque-se por oportuno que a análise até aqui feita não considerou algumas variáveis não-discricionárias, ou seja, aquela sobre a qual o gestor não tem controle direto, a curto prazo, mas que pode ter impacto no desempenho dos alunos, tais como, aspectos econômicos, familiares e da comunidade. Outro aspecto que precisa ser melhor investigado é se esta diferença do resultado do IDEB (3,04- municípios deficitários e 2,96 - municípios superavitários) é justificado pelos gastos aluno per capita (R$ 3.020,50 - municípios deficitários e R$ 2.001,75 - municípios superavitários).

Assim, para averiguar esses aspectos, tem-se que utilizar outras técnicas matemáticas e estatísticas para validar ou não os resultados apresentados até o momento.

3.4. CÁLCULO DA EFICIÊNCIA TÉCNICA PELA ANÁLISE ENVOLTÓRIA DE DADOS (DEA)

Esta seção apresenta a metodologia utilizada para calcular a eficiência dos gastos na educação a partir dos recursos aportados e os resultados alcançados na educação básica municipal.

Avanços importantes têm sido alcançados na mensuração da eficiência produtiva das instituições. A análise envoltória de dados desponta com uma metodologia bastante útil nesse processo. Essa técnica teve como um dos seus mentores Farrell (1957), e seu uso disseminado se deu após o trabalho de Charnes *et al* (1978,), que possibilitou uma série de aplicações, principalmente, na avaliação de eficiência de operacional das empresas, a partir da redução dos investimentos e aumentos dos resultados (Zhu 2003). Gradualmente, a DEA também foi adaptada ao setor público, tendo sido, ao longo dessas três décadas, desenvolvidas inúmeras pesquisas, principalmente, ligadas à eficiência dos serviços prestados com saúde e educação.

Uma das principais vantagens da DEA é que este método contorna vários dos problemas econômicos padrões associados com as análises insumo-produto do setor público. A ideia por trás da DEA consiste em mensurar a eficiência a partir de *rank* definido por meio de comparação do que foi produzido por unidade de insumo utilizado. Assim, a DEA conjuga o binômio gasto na educação e os resultados educacionais, ponderando aqueles que conseguem apresentar um melhor resultado com mínimo de recursos despendidos.

Dada à complexidade existente na definição da função de produção e peculiaridades que distinguem de outras funções, dentre as quais se destaca o fato de que o próprio consumidor (aluno) é insumo de produção, deve-se aguçar a sensibilidade para aspectos construtivos dessa função que levem em consideração tanto as variáveis endógenas (fatores controláveis no orçamento) como também aqueles incontroláveis, tais como, as condições socioeconômicas.

Para calcular a eficiência técnica, far-se-á uso da DEA em dois estágios. O primeiro estágio consiste em estimar a fronteira de produção mediante dados discricionários, especificamente, *inputs,* sobre o qual o gestor tenha controle (gastos do orçamento fiscal) e o IDEB (*output*). Já, no segundo, ajustou-se a função de produção, incluindo os fatores ambientais que afetam a eficiência do município no Ensino Fundamental e que o gestor não tem como controlá-los diretamente.

As variáveis socioeconômicas foram escolhidas com base na recorrência de estudos na educação básica do setor público, bem como na disponibilidade dos bancos de dados públicos. Para identificar as variáveis não-discricionárias que participaram do modelo, fez-se uma regressão linear múltipla, usando como variável dependente o IDEB

médio do Ensino Fundamental. Frise-se também que nem todas as variáveis escolhidas foram incluídas na análise, pois algumas não foram estatisticamente relevantes. O modelo de estimação utilizado foi o método dos mínimos quadrados ordinários, fazendo uso da correção dos desvios-padrão pelo método de White, com o fim de excluir possíveis ineficiências dos estimadores de mínimos quadrados na presença de heterocedasticidade que inviabilizassem os testes- t e F.

Tabela 5: Variáveis do modelo

Variáveis independentes	t-Statistic	Prob.
Gastos professor aluno **	-1.790379	0.0753
Gastos administrativos por aluno **	-1.833080	0.0686
Gasto total por aluno	1.279329	0.2026
FPM	-0.230284	0.8182
Sexo dos alunos	0.981522	0.3278
IFDM (Educação)*	**3.367087**	**0.0010**
Carga horária	1.300955	0.1951
IFDM (Emprego)	0.773050	0.4406
Número de laboratório de informática	1.230262	0.2204
Número bibliotecas*	**2.957913**	**0.0036**
Número quadra poliesportivas	-0.761318	0.4476
Relação professor aluno*	**-3.350268**	**0.0010**
Relação de professor com nível superior	-0.829201	0.4082
Relação de professor pós-graduado	-0.509076	0.6114
Relação escola aluno	-0.809999	0.4191
Número de alunos por turmas**	**-1.693957**	**0.0522**
Proporção de alunos na zona Urbana	-0.728124	0.4676
C	2.054410	0.0416

* possibilidade de se cometer erros 5% / ** possibilidade de se cometer erros 10%

Pela Tabela 5, pode-se observar que apenas as variáveis ambientais, índice de desenvolvimento municipal (educação), número de biblioteca, tamanho das turmas e relação professor aluno, foram significantes do ponto de vista estatístico e, portanto, selecionadas para serem insumos não-controlados na avaliação do DEA.

Aplicado o modelo definido, desta vez, com as variáveis não-discricionárias, apresentou-se uma fronteira de eficiência na qual, dos 183 municípios, 134 estavam fora da curva de eficiência, ou seja, os insumos foram aplicados de forma ineficiente. Por outro lado, 49 municipalidades mostraram serem eficientes em termos relativos.

Para testar as hipóteses levantadas, dividiu-se a amostra em dois grupos: municípios eficientes e ineficientes. Feita essa segregação, aplicou-se o teste-t para comparação de média, sem prejuízo de analisar os pressupostos da homogeneidade de variância e a normalidade, os quais não revelaram nenhuma violação à utilização do teste.

Os dados da Tabela 6 evidenciam que há uma diferença significativa de médias entres os dois grupos definidos (eficiente e ineficiente). A média de gastos totais por aluno foi significativamente maior para os municípios classificados como eficientes (R$ 2.197,39), enquanto a média dos municípios ineficientes alcançou R$ 2.015,49, refutando a hipótese de que municípios eficientes têm significativamente menores despesas orçamentárias do que municípios ineficientes.

Tabela 6: Estatística do resultado da DEA

		GA	GPA	GAA	TFB (%)
Municípios eficientes	Média	R$ 2.197,39	R$ 1.420,69	R$ 776,69	51,6
(N=49)	*Desv.padrão*	*669,84*	*405,13*	*371,96*	*13,9*
Municípios ineficientes	Média	2.015,49	1.352,12	663,38	63,9
(N=134)	*Desv.padrão*	*362,52*	*225,72*	*234,34*	*10,1*
Dif. estatís. da média	Teste-t	*2,347*	*0,151*	*2,445*	*-6,597*
	P-valor	***0,020***	*0,266**	***0,015***	***0,000***

GA - Gasto por aluno
GPA - Gasto Professor por aluno
GAA - Gasto administrativo por aluno
TFB- Transferência para formação do FUNDEB (%)

* As médias dos grupos não foram significantes, assim os gastos com magistério não se mostraram relevantes no desempenho dos alunos.

A relação de gasto professor aluno não se apresentou significante do ponto de vista estatístico (teste-t = 0,151; p-valor = 0,226). Como foi dito anteriormente, os gastos com os profissionais do magistério e administrativos são altamente correlacionados com os gastos totais, e poder-se-ia ter a impressão que o uso de variáveis correlacionadas poderia diminuir a discriminação do modelo. Isso é pouco provável, pois o ajuste de peso feito pelo modelo pode direcionar o peso de uma variável para outra sem impactar o *score* de eficiência. Por outro lado, a omissão de uma variável altamente correlacionada pode ocasionalmente levar a mudanças significativas na eficiência, e isso, sim, é maléfico para o modelo, conforme demonstrou empiricamente Dayson *et al* (2001).

No que se refere à hipótese levantada, verifica-se que há diferença significativa entre os municípios eficientes e ineficientes na proporção de custos administrativos para educação. Conforme se depreende na Tabela 6, os gastos administrativos foram maiores para os municípios eficientes (R$ 776,69) do que para os municípios ineficientes (R$ 663,38), o mesmo ocorrendo com os gastos totais per capita. Assim, não é possível aceitar a hipótese de que municípios eficientes gastam menos recursos, em especial, nas despesas administrativas.

Por fim, a hipótese apregoava que haveria uma diferença significativa entre os municípios eficientes e ineficientes, no que tange à forma de financiamento, isto é, os municípios mais eficientes dependem mais de recursos transferidos do FUNDEB. Como se vê na Tabela 7, a hipótese de que a forma de financiamento do FUNDEF influencia na eficiência foi aceita, posto que os municípios eficientes são aqueles que contribuem menos e, consequentemente, recebem relativamente um maior volume de recursos do FUNDEB.

Tabela 7: Resultados da regressão do modelo DEA em dois estágios

	Coeficiente	t-Statistic	Prob.
FINFUNB	0,889	3.251173	0.0000
C	-,003	17,471	0.0000
		-5,632	

$R^2 = 0,386$; F= 31,714 (sig=0,000)

4. CONCLUSÕES

Ante o exposto, verifica-se que 62,4% dos municípios paraibanos apresentam população inferior a 10.000 habitantes e esses são os mais prejudicados no pacto federativo da redistribuição de receitas da educação, perdendo cerca de R$ 5,7 milhões para os demais municípios.

Em termos de gastos per capita, os pequenos municípios são mais gastadores, principalmente, os municípios com menos de 5 mil hab., porém os resultados no IDEB são os piores. Esse fato é possivelmente justificado pelo efeito escala e pela capacitação de seu corpo docente.

Detalhando mais a qualidade dos gastos, os grandes municípios gastam mais com professores, enquanto que os pequenos aportam, proporcionalmente, um maior volume nas atividades administrativas e de apoio à educação. Esses resultados são preocupantes, pois, se conjugados os gastos com desempenho, verifica-se que os municípios que investiram mais em professores não apresentaram melhor desempenho no IDEB. É de se salientar que, embora haja evidência consistente com enorme ineficiência nos gastos na educação, devido aos gastos relativamente altos com insumos professores, isso não deve ser interpretado como um ataque aos professores, que são a espinha dorsal de qualquer sistema educativo. Há de se considerar que os gastos com salários devem ser acompanhados de política de capacitação.

Os resultados deste estudo indicam que os municípios eficientes têm, em média, os orçamentos operacionais maiores, bem como há uma relação positiva entre as despesas administrativas de funcionamento e o desempenho dos alunos.

Por fim, as transferências condicionais com a finalidade de equalizar desequilíbrio horizontal são perversas com os pequenos municípios que são os principais perdedores com esse sistema. Porém, de uma forma geral, a política adotada pelo FUNDEB conseguiu alcançar seu objetivo de gerar eficiência na alocação de recursos, pois se pode verificar que os municípios mais dependentes dos recursos do FUNDEB foram mais eficientes. Esses resultados têm implicações importantes para o financiamento da educação, gestão educacional e política fiscal, uma vez que na Paraíba a eficiência está associada à magnitude dos investimentos feitos na educação.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Carlos H., LUZIO, Nildo. *Avaliação da educação básica: em busca da qualidade e equidade no Brasil.* Brasília: **Inep**, 71 p. 2005.

ANDRADE, Eduardo C. *Alternativa de política educacional para o Brasil: School Accountability.* **Revista de Economia Política**, vol. 28, nº 3 (111), pp. 443, 2008

_____. *Alternativa de política educacional para o Brasil: School Accountability;* **Revista de Economia Política.** vol. 29 nº.4 São Paulo. 2009

BANKER, R.D., MOREY, R.,. *Efficiency analysis for exogenously fixed inputs and outputs.* **Operations Research** 34 (4), 513-521, 1986

BANKER, R.D.,. *Estimating most productive scale size using data envelopment analysis.* **European Journal of Operational Research** 17, 35–44. 1984

BESSENT, A.M. and E.W. BESSENT, *Determining the Comparative Efficiency of Schools through Data Envelopment Analysis',* **Educational Administration Quarterly** (Spring), pp. 57-75. 1980

_____ et al, *An Application of Mathematical Programming to Assess Productivity in the Houston Independent School District,* **Management Science**, Vol. 28, Nº. 12 (December), pp. 1355 -67.1982.

BIDERMAN, Ciro, ARVATE Paulo. (Org.). **Economia do Setor Público no Brasil**, Rio de Janeiro: Ed. Elsevier, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. São Paulo: Atlas, 2009.

BREMAEKER, François E. J. *A influência do FUNDEF nas finanças municipais em 2002.* **IBAM/APMC/NAPI/IBAMCO** Rio de Janeiro:, 2003.

CARD, D.; KRUEGER, A. B. *School resources and student outcomes: an overview of the literature and new evidence from North and South Carolina.* **Journal of Economic Perspectives,** v. 10, n. 4, p. 31-50, 1996.

CASTRO, Jorge Abrahão de. *Financiamento da educação no Brasil. Em Aberto* - **Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais**. Brasília, v. 18, n. 74, p. 11-32, dez. 2001.

CHALOS, Peter. *An examination of budgetary inefficiency in education using data envelopment analysis,* **Financial Accountability and Manage**ment, 13, 55–69. 1997

CHARNES, A., COOPER, W. W. and Rhodes, E. *Measuring the efficiency of decision making units,* ***European Journal of Operational Research***, 2, 429-44, 1978.

COLEMAN, J. S., et al. **Equality of Education Opportunity,** GPO, Washington, DC.1966

DRAIBE, Sônia. *A política social no período FHC e o sistema de proteção social.* **Tempo soc.,** São Paulo, v. 15, n. 2, Nov. 2003

DIAZ, M. D. M. . *Qualidade do gasto público municipal em ensino fundamental no Brasil.* **FIPE**, São Paulo, 2007.

Duarte, Angelo, Silva, Alexandre, Luz, Everaldo and Geraldo, *José, Transferências Fiscais Intergovernamentais no Brasil: Uma avaliação das Transferências Federais,com Ênfase no Sistema Único de Saúde,* No 1451, Discussion Papers, **Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada** - IPEA. 2009

ESTEVES, Luiz Carlos Gil. *O FUNDEF no estado do Rio de Janeiro: a óptica dos perdedores.* ***Rev. Bras. Educ.*** .2007, vol.12, n.35, pp. 212-231.

FARRELL, M.J.,. *The measurement of productive efficiency. Journal of the Royal Statistical Society,* **Series A, General** 120 (3), 253–281. 1957

FRANCO, Creso et al . *Qualidade e eqüidade em educação: reconsiderando o significado de "fatores intraescolares".* **Ensaio: aval. pol.públ.Educ.,** Rio de Janeiro, v. 15, n. 55, 2007 .

GAMKHAR, S. and A. SHAH. "The Impact of Intergovernmental Transfers: A Synthesis of the Conceptual and Empirical Literature" in *Intergovernmental Fiscal Transfers: Principles and Practice.* Edited by R. Boadway and A. Shah. **The World Bank.** Washington, DC. 2007

HANUSHEK, E. e RAYMOND, M. *Does school accountability lead to improved student performance?.* **Journal of Policy Analysis and Management**, Spring. 2004

HARBISON RW, HANUSHEK EA. *Educational performance of the poor*: lessons from rural northeast Brazil. New York: **Oxford University** Press. 1992.

HEDGES, Larry V., RICHARD D. Laine, and ROB Greenwald. *Does Money Matter? A Meta Analysis of Studies of the Effect of Different School Inputs on Student Outcomes',* **Educational Research** (April), pp. 5-14. 1994

HORTON, R.D. *Expenditures, Services and Public Management.* **Public Administration Quarterly,** Vol. 2, No.1 (September), pp. 378-83. 1987

KRUEGER, Alan. *Experimental Estimates Of Education Production Functions,* **Quarterly Journal of Economics**, 114, 497-532 1999

MARTINS, GILBERTO DE ANDRADE, THEÓPHILO, CARLOS RENATO. **Metodologia da investigação científica para ciências sociais aplicadas.** São Paulo: Atlas, 2007.

MENDES, M. (Org.). **Gasto público eficiente**: 91 propostas para o desenvolvimento do Brasil. Instituto Fernand Braudel e Topbooks, 2006.

_____Federalismo Fiscal. In ARVATE, Paulo Roberto; BIDERMAN, Ciro. ***In*** Economia do Setor Público no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

MENEZES-FILHO, N. e PAZELLO, *E.. Does Money in Schools Matter? Evaluating the Effects of a Funding Reform on Wages and Test Scores in Brazil.* **PREAL** (em http://www.preal.org/FIE/pdf/FUNDEF%20BRASIL.pdf). 2004

MENEZES-FILHO, Naércio Aquino Filho & Amaral, Luiz Felipe L. Estanislau,. *"A Relação entre Gastos Educacionais e Desempenho Escolar,"* **Ibmec Working Papers** São Paulo. 2009.

MUSGRAVE, R. A., **The Theory of Public Finance**, McGraw Hill, New York, 1959

MUSGRAVE, R. A.; MUSGRAVE, P. B. **Finanças públicas: teoria e prática**. Ed. Atlas. São Paulo1983

MESSERE, K. C. *Tax policy in OECD countries: Choices and conflicts.* **IBFD Publications**, 1993

OATES, Wallace E. **Fiscal Federalism**. NY: Harcourt Brace Jovanovich 1972

OECD - ORGANISATION ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Education at a glance:** OECD indicators 2010. Paris: OECD, 2010. Disponível em http://browse.oecdbookshop.org/oecd/pdfs/browseit/9610074E.PDF

PERES, Úrsula Dias. **Arranjo Institucional do Financiamento do Ensino Fundamental no Brasil:** Considerações sobre os municípios brasileiros e estudo de caso do município de São Paulo no período de 1997 a 2006. Tese de Doutorado FGV São Paulo 2007.

ROTHSTEIN, R. Introduction. The Class Size Policy Debate. Working Paper nº 121. **Economics Policy Institute**. 2000

SHAH, A. *A practitioner's guide to intergovernmental fiscal transfers. In*: BOADWAY, R.; SHAH, A. *Intergovernmental fiscal transfers: principles and practice.* Washington, D.C.: **World Bank,** 2007.

TIEBOUT, C. M. *A pure theory of local expenditure.* **Journal of Political Economy.** Chicago, v. 64, n. 5, p. 416-424, 1956.

VARELA, P. S. ***Financiamento e controladoria dos municípios paulistas no setor saúde*: uma avaliação de eficiência.** São Paulo, 2008. Tese (Doutorado em Ciências Contábeis). Curso de Pós-Graduação em Ciências Contábeis, Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo.

ZHU, J.,. *Imprecise data envelopment analysis (IDEA): A review and improvement with an application.* **European Journal of Operational Research** 144, 513–529. 2003

O CONTROLE EXTERNO DA ADMINSTRAÇÃO PÚBLICA: AS FUNÇÕES CONSTITUCIONAIS DO CONTROLE EXTERNO NO BRASIL

Nivaldo Cortês Bonifácio
Auditor de Contas Públicas do TCE-PB. Graduado em Arquitetura e Urbanismo pela UFRN. Bacharel em Direito pelo IESP-PB. Pós-Graduado em Constituição, Ordem Jurídica e Cidadania pela FESMIP-PB. Pós-Graduado em Direito Individual e Coletivo do Trabalho pela ESMAT-PB.

RESUMO: *O presente artigo surgiu em função da crescente exigência da sociedade em ver uma política pública efetivamente voltada para os seus interesses e que represente substancialmente os seus anseios e necessidades emergentes e em constante mutação. Para que se vejam tais propósitos realizados, é imprescindível que haja transparência na aplicação dos recursos arrecadados compulsoriamente, ou não, dos cidadãos, e que a esses sejam disponibilizados meios de acompanhar a gestão desses recursos, sob pena de vê-los órfãos de uma política descompromissada com os seus reais objetivos. As Funções Constitucionais do Controle Externo são verdadeiras competências constitucionais atribuídas aos órgãos fiscalizadores, especificamente as enumeradas no artigo 71 da Constituição Federal, entretanto, há dissensão doutrinária sobre as Funções de Controle e divergências existentes acerca das reais competências atribuídas aos Tribunais de Contas. Deve-se ressaltar a importância dos Tribunais de Contas dos demais Entes Estatais em auxílio aos respectivos Órgãos Legislativos no exercício do Controle Externo. Convém ressaltar que, devido à amplitude e complexidade das variáveis envolvidas, as linhas que se seguem não têm o condão de esgotar todas as possibilidades de abordagens desta matéria.*

PALAVRAS-CHAVE: *Aplicação dos recursos públicos. Órgãos de Controle Externo. Funções Constitucionais de Controle Externo.*

SUMÁRIO: *Introdução; 1. Diferenciação entre o controle externo e o controle interno; 1.1. Exercício da fiscalização contábil, financeira e orçamentária; 1.2. A obrigatoriedade de prestar contas; 1.3. A sociedade e o acompanhamento da prestação de contas. 2. As funções constitucionais de controle externo; 2.1. Apreciação e julgamento de contas; 2.2. Apreciação da legalidade dos atos de admissão de pessoal e de concessão de aposentadoria; 2.3. Realização de inspeções e auditorias; 2.4. Fiscalização de contas e de recursos repassados; 2.5. As funções de prestação de informações, de representação, de apuração de denúncias e sancionadora; 3. As funções constitucionais de controle aplicadas pelos demais entes públicos; 3.1. A simetria das normas constiucionais em relação ao controle externo; 3.2. A questão da implantação do controle interno no âmbito dos demais entes públicos; 3.3. Os prefeitos como ordenadores de despesas frente aos respectivos tribunais de contas; 4. Conclusões; Referências.*

INTRODUÇÃO

Cresce na sociedade moderna, desacreditada, o interesse por ver uma política pública efetivamente voltada para os seus interesses e que represente substancialmente os seus anseios e necessidades emergentes e em constante mutação. Sim, porque há carência de que o País no qual se insere esta sociedade tenha uma Administração Pública que cumpra com eficiência os propósitos que lhes são constantemente e periodicamente prometidos por aqueles que os representam, e deles fazem voz, a fim de suprir-lhes das garantias mínimas estipuladas na Carta Constitucional de 1988.

Ocorre que, para que se vejam tais propósitos realizados, é imprescindível que haja transparência na aplicação dos recursos arrecadados compulsoriamente, ou não, dos cidadãos, e que a esses sejam disponibilizados meios de acompanhar a gestão desses recursos, sob pena de vê-los órfãos de uma política descompromissada com os seus reais objetivos, quais sejam: proporcionar educação, saúde, lazer, trabalho, moradia, transporte, entre outros, de forma adequada e de qualidade satisfatória.

O presente artigo está organizado em três partes: a primeira dedica-se a estabelecer a diferenciação entre o Controle Externo e o Controle Interno, situando, por conseguinte, os papéis constitucionais do Congresso Nacional e do Tribunal de Contas da União, no tocante ao Controle Externo, e para sua melhor compreensão, subdivide-se em três tópicos: "Exercício da Fiscalização Contábil, Financeira e Orçamentária"; "A Obrigatoriedade de Prestar Contas" e a "Sociedade e o Acompanhamento da Prestação de Contas; a segunda, intitulada "As Funções Constitucionais do Controle Externo", proporciona um estudo mais detalhado das principais competências constitucionais atribuídas aos órgãos fiscalizadores, especificamente as enumeradas no artigo 71 da Constituição Federal, agrupadas, para efeitos didáticos, em cinco itens; na terceira parte, reserva-se algumas linhas ressaltando a importância dos Tribunais de Contas dos demais Entes Estatais em auxílio aos respectivos Órgãos Legislativos no exercício do Controle Externo. Em cada uma dessas etapas, procura-se enfatizar as opiniões doutrinárias acerca do tema, ressaltando-se a sua importância e seriedade no seio da sociedade, como instrumento efetivo de guarda e zelo pelo patrimônio público. Por fim, tece-se algumas considerações no sentido de estimular o leitor à pesquisa e identificação dos pontos principais explicitados, reportando-se aos seus aspectos primordiais abordados, inclusive com sugestões de leituras, visando ao aprofundamento das matérias tratadas, além de propor-se uma alternativa em paralelo de uma ação conjunta dos órgãos de controle, visando ao aperfeiçoamento de sua atuação em nível municipal, a fim de torná-lo ainda mais efetivo em relação a esse Ente Político.

Reveste-se, pois, de importância ímpar a matéria em tela, posta de forma clara e objetiva, sendo produto de uma revisão da literatura especializada, da análise documental e da experiência vivenciada no desempenho das atividades de Controle Externo, sendo relevante para a sua compreensão: a) delinear as principais funções inerentes ao exercício do Controle Externo insertas na Constituição Federal de 1988; b) identificar os órgãos encarregados dessa atribuição constitucional e o papel de cada um deles; c) apontar os principais mecanismos de controle de que dispõe a sociedade para fiscalização das atividades da Administração Pública; d) analisar os efeitos provocados pela extensão das funções constitucionais de controle externo no âmbito das demais unidades federadas.

Convém ressaltar, contudo, que, devido à amplitude e complexidade das variáveis envolvidas, não se pretende esgotar todas as possibilidades de abordagens do tema, e que as divergências provocadas pela falta de uniformidade bibliográfica somente o enriquecem e o tornam dinâmico ante os olhares curiosos dos leitores.

1. DIFERENCIAÇÃO ENTRE O CONTROLE EXTERNO E O CONTROLE INTERNO

Antes de discorrer acerca do exercício da fiscalização contábil, financeira e orçamentária e os respectivos órgãos responsáveis por esta atribuição, é de bom alvitre estabelecer a diferença entre as duas formas de controle expressamente citadas na Carta Maior.

Com efeito, a Constituição Federal dispõe, em seu art. 74 e respectivos incisos, que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade, entre outras de: avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União; comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão dos recursos públicos nos órgãos, entidades federais e os repassados a entidades de direito privado; além de exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União. E, ainda mais, os responsáveis pelo controle interno, diante de irregularidade ou ilegalidade na aplicação e gestão de recursos públicos, deverão dar ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária.

O Controle Interno pode ser compreendido como um controle primário, executado de várias formas, sendo substancialmente diferente do controle externo. É concernente à atividade exercida por órgão que se situa dentro da própria Administração e, por conseguinte, subordina-se ao executor do próprio ato examinado. Diz-se, portanto, que é parte integrante do corpo da Administração. Eis aí o ponto que o diferencia do Controle Externo, vez que este está fora da Administração, a exemplo do controle exercido com o auxílio do Tribunal de Contas, o qual será abordado nas linhas que se seguem.

Ressalte-se, contudo, que o comando contido no caput do art. 74 da Lei maior, qual seja, o de que os três Poderes manterão de forma integrada sistema de controle interno, requer uma ação mais efetiva no sentido de se ver cumprida a exigência constitucional. Percebe-se que não se trata de uma faculdade concedida aos Órgãos Constituintes, mas, sim, de uma obrigação e dever perante a sociedade. Tal exigência decorre do fato de ser a República Federativa do Brasil um Estado Democrático de direito, cujo Poder emana do povo, que o exerce diretamente ou por meio de representantes eleitos, conforme depreende-se do parágrafo único, do artigo primeiro da Constituição Federal.

1.1. O EXERCÍCIO DA FISCALIZAÇÃO CONTÁBIL, FINANCEIRA E ORÇAMENTÁRIA

A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União, bem como das entidades da administração direta e indireta, quanto aos aspectos da legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação de subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder. Esse excerto, cujo teor nos remete a uma análise, é o que dispõe a Magna Carta em seu art. 70.

Trata o dispositivo da abrangência, daquilo que o controle externo alcança e que não sendo dessa forma entendido, longe estará de tornar-se efetivo, assim como percebe-se a referência aos órgãos responsáveis pelo exercício dessa fiscalização, quais sejam: o Congresso Nacional, no âmbito federal, mediante o controle externo; e o sistema de controle interno de cada Poder.

Essa prescrição constitucional repete-se a nível estadual, distrital e municipal, cabendo às Assembléias Legislativas, a Câmara Legislativa e as Câmaras Municipais, respectivamente, e aos sistemas de controle interno de cada um desses órgãos. Percebe-

se que o Poder Legislativo é o responsável primeiro pela fiscalização da administração financeira e orçamentária, em nome daqueles a quem lhes foi confiada tal atribuição: o povo.

Como função fiscalizadora, o controle externo é exercido no sentido de acompanhar e vigiar a atividade financeira do Estado e de seus diversos órgãos, averiguando a regularidade dos atos por eles praticados e a sua conformidade com os princípios da legalidade, legitimidade e economicidade. Diferencia-se, pois, da função típica e política do Órgão Constitucional Legiferante, razão pela qual a Carta Maior atribui o exercício do controle externo a um órgão essencialmente técnico, dotado de autonomia, garantias, competência e jurisdição, expressamente inserto em seu art. 71, *in verbis*: "Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete...". E, na seqüência, elenca as competências expressas para o pleno exercício do controle externo, consubstanciando-se em verdadeiras funções constitucionais desse controle, isento de qualquer forma de subordinação e vínculo em relação ao Poder Legislativo.

No dizer de José Afonso da Silva, "essa fiscalização por parte do Legislativo reveste-se de controle de natureza política, estando sujeita à prévia apreciação técnico-administrativa do Tribunal de Contas competente, que, assim, se apresenta como órgão técnico, e suas decisões são administrativas, não jurisdicionais (...)".(SILVA apud LIMA, 2007, p.27).

Essa assertiva do renomado constitucionalista é reforçada por Luciano Ferraz (1999, p.37) ao referir-se ao Controle Externo como gênero que abarca duas espécies, a saber: o Controle Parlamentar Indireto, sendo realizado pelo Parlamento com o auxílio dos Tribunais de Contas em seus respectivos níveis (Federal, Distrital, Estadual e Municipal); e aquele controle exercido diretamente pelos próprios Tribunais de Contas, sem quaisquer interferências do Poder legislativo ou de qualquer outro órgão. Frise-se que o Controle Indireto é o referido Controle Político, enquanto o segundo é o controle técnico-administrativo.

Convém remeter-se aos demais elementos que compõem a prescrição constitucional inserta no art. 70, a fim de se situar com precisão as dimensões da "fiscalização" ali elencadas, uma vez que a relevância do controle externo não se limita aos aspectos concernentes à eficiência na gestão das finanças ou no adequado gerenciamento do setor público, mas, também, ao equilíbrio entre os Poderes Constituídos na organização do Estado Democrático de Direito.

A fiscalização contábil, financeira e orçamentária consiste no sistema de fiscalização da atividade financeira do Estado e objetiva o acompanhamento, a avaliação e o julgamento da regularidade dos atos praticados pelos gestores públicos "que têm a função de arrecadar a receita, executar a despesa e administrar os bens e valores públicos, submetendo tais atos a um controle nos seus aspectos contábeis, financeiros, orçamentários, operacionais e patrimoniais." (MILESKI, 2003, p.239). Depreende-se do conceito acima que os atos praticados pelos agentes públicos são submetidos a uma avaliação jurídico-legal do órgão fiscalizador, devendo, pois, estarem em consonância com os princípios da legalidade e legitimidade, sob pena de infringir o sistema normativo e por esse motivo serem impugnados.

Nessa esteira, entende-se a fiscalização contábil como a verificação da conformidade e legalidade dos atos da atividade financeira do Estado com respeito aos lançamentos e escrituração contábeis, na forma legalmente estabelecida pela Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, a qual estatui normas gerais de direito financeiro e controle dos

orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Esse diploma legal disciplina quatro sistemas de contas – orçamentário, financeiro, patrimonial e de compensação – bem como as formas de registros "analítica e sintética" que devem ser seguidos pelos Entes Públicos ao efetuar a sua contabilidade.

A fiscalização financeira tem por objetivo verificar se as contas públicas representam, efetivamente, a real situação financeira da Administração, e consiste no controle da legalidade e regularidade das operações que envolvem a arrecadação da receita e a realização da despesa. Por meio dessa fiscalização, verifica-se se as despesas foram corretamente executadas, vale dizer, se passaram pelas fases legalmente previstas – autorização, empenho, liquidação, pagamento; constata-se se foram adotados os meios necessários e suficientes à arrecadação da receita; e se foram devidamente registrados todos os ativos financeiros e demais valores.

A fiscalização orçamentária tem como objetivo acompanhar a execução orçamentária, envolvendo o exame da execução dos programas, projetos e atividades previstos na lei orçamentária, no sentido de evitar que os recursos financeiros sejam desviados de sua real finalidade. Em suma,

> *(...) pelo exercício da fiscalização orçamentária, o sistema de controle objetiva verificar a legalidade dos atos que resultem na arrecadação da receita ou na realização da despesa, conforme o disposto na lei de orçamento, no sentido de verificar o cumprimento do programa de trabalho expresso em termos monetários e em termos de realização de obras e prestação de serviços.* (MILESKI, 2003, p.242).

A fiscalização operacional é uma inovação da Constituição Federal e consiste na avaliação do grau de cumprimento dos objetivos e metas previstos na lei orçamentária, buscando avaliar a efetividade da gestão pública. Permite, assim, a avaliação da eficiência, da eficácia e da economicidade dos atos dos administradores, configurando-se num avanço na área de controle da atividade financeira do Estado. É por intermédio dessa fiscalização que se procede a uma avaliação do efetivo funcionamento da máquina administrativa, sob a ótica da produção e do aproveitamento dos recursos disponíveis em termos de custo-benefício, podendo serem feitas recomendações a fim de que a Administração chegue a um nível satisfatório de eficiência, eficácia e economicidade.

Cuida a fiscalização patrimonial do controle do patrimônio público, realizado pela verificação da adequação e regularidade dos registros e utilização dos bens públicos – móveis e imóveis – visando a sua preservação, identificando os responsáveis pelo seu uso e guarda, bem como verificando a existência dos procedimentos adotados para o controle e registro desses bens, abrangendo todas as suas características, a fim de conservá-los e mantê-los em segurança. Percebe-se, assim, que a fiscalização patrimonial ao lado dos demais tipos que integram o sistema de fiscalização preocupa-se não apenas com o acompanhamento da execução orçamentária, indo mais além, vale dizer, busca toda a atividade administrativa e financeira dos organismos estatais, fornecendo subsídios para o julgamento das contas a serem prestadas pelos gestores públicos.

1.2. A OBRIGATORIEDADE DE PRESTAR CONTAS

A obrigatoriedade de prestar contas aos Tribunais de Contas é de qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, desde que arrecade, guarde, gerencie ou administre

dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que em nome desta, assuma obrigação de natureza pecuniária. Podem ser aqui visualizados, para melhor entendimento, o objeto da fiscalização e o da prestação de contas.

Visto como se desenvolve o sistema de fiscalização, consubstanciado na efetivação do controle externo, propugnado na Carta Constitucional sob seus aspectos político e técnico-administrativo, compreendido, respectivamente nas atribuições conferidas ao Congresso Nacional e ao Tribunal de Contas e, tendo em relevo os dispositivos constitucionais norteadores dessa atividade conjuntamente desenvolvida pelos órgãos competentes, pode-se dizer que o objeto da ação fiscalizadora consiste numa ação de controle que engloba todas as atividades do Estado, desde o planejamento governamental até a concretização dos objetivos estabelecidos. Tendo em mente o seu objeto, esse sistema de fiscalização, como antes analisado, adota procedimentos técnicos e de avaliação jurídica voltados para a fiscalização orçamentária, contábil, financeira, operacional e patrimonial, inclusive em relação à aplicação de subvenções e renúncia de receitas, visando a avaliação e a mensuração da eficácia dos controles internos bem como a detecção, prevenção e orientação acerca de possíveis falhas, irregularidades e ilegalidades, tudo no intuito de dar condições a que se chegue a uma gestão pública dos recursos com mais qualidade, economicidade e eficiência.

Essa ampla atuação da ação sindicante visa fornecer elementos de convicção que levem a um julgamento das contas dos administradores públicos com a máxima precisão e imparcialidade, a fim de evitar a malversação no uso e administração dos bens e valores públicos. E, na administração e utilização da coisa pública, o sistema de fiscalização deve considerar todo e qualquer ato que envolva a atividade financeira dos Estado, passando pela postura e conduta moral dos gestores públicos, enquanto responsáveis pela gestão dos recursos que lhes são confiados pela sociedade, e alcançando todas as entidades da administração direta e indireta, como também qualquer pessoa, física ou jurídica, pública ou privada, que proceda a ações envolvendo a utilização, a arrecadação, a guarda, a gerência ou a administração de dinheiros, bens e valores públicos, conforme expressamente determinado no art. 70 e seu parágrafo único da Constituição.

Depreende-se do parágrafo anterior que amplo é o alcance da obrigatoriedade de prestação de contas no âmbito da atuação fiscalizadora do controle externo, embora não se possa vislumbrar de plano as pessoas obrigadas. Para tanto, deve-se recorrer a algumas definições doutrinárias no campo do Direito Administrativo moderno acerca dessa exigência constitucional do dever de prestação de contas. O Decreto-lei nº 200/67, em seus artigos 4º e 5º, assim dispõe sobre a classificação bipartida da Administração Pública, aplicada também no nível Estadual e Municipal: "administração direta é a que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da Republica e dos Ministérios; e administração indireta é a que compreende as seguintes categorias e entidades, dotadas de personalidade jurídica própria: autarquias, sociedades de economia mista e empresas públicas. Citando Celso Antônio Bandeira de Melo, Mileski (MELO apud MILESKI, 2003, p.245) critica essa classificação ao afirmar que "revela-se inapto para descortinar todas as modalidades pelas quais se desempenham atividades administrativas públicas".

Com efeito, ao perquirir àqueles que devem prestar contas da boa, ou má, gestão dos recursos públicos, à luz do parágrafo único do artigo 70 da Constituição Federal, podem ser enumerados, desta feita sem recorrer à classificação tradicional da administração pública: a União, os Estados, o Distrito Federal e Municípios (lê-se aqui os órgãos, poderes e fundos de cada um desses Entes); as entidades autárquicas; as sociedades de economia

mista; as empresas públicas; as sociedades mútuas de seguro, nas quais a União represente os segurados ausentes; os serviços sociais autônomos; as instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra; as empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios; quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos, as organizações sociais.

Em síntese, devem se submeter à competência de fiscalização do controle externo exercido pelo Tribunal de Contas respectivo, além da administração direta e indireta, todas as unidades administrativas dos três Poderes, autarquias, sociedades de economia mista, empresas públicas, as fundações e as sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público, as empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo.

No dizer de Valdecir Pascoal (2004, p.78), ao analisar os chamados por ele "aspectos subjetivos", do parágrafo único, do art. 70, da Magna Carta: "todas as pessoas, físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, estão obrigadas a prestar contas em razão de utilizarem, arrecadarem, guardarem, gerenciarem ou administrarem bens e valores públicos. À luz desse dispositivo, não interessa se a pessoa que está administrando os recursos públicos pertença à Administração Pública. O que importa, para efeito de incidência da fiscalização e do controle, é que os recursos sejam públicos".

1.3. A SOCIEDADE E O ACOMPANHAMENTO DA PRESTAÇÃO DE CONTAS

A Obrigação de prestar contas não é um "dever de casa" ao qual vinculam-se aqueles que utilizam, arrecadam, guardam, gerenciam ou administram bens e valores públicos. Trata-se de obrigação decorrente do princípio republicano, que exige cuidado, zelo e responsabilidade pela coisa pública, pelo patrimônio da sociedade envolvida. Aliás, a Declaração dos Direitos do Homem, de 1789, estatui, no art. 15, "a sociedade tem o direito de pedir conta a todo agente público de sua Administração".

Há, na citação precedente, dois elementos fundamentais e que se contrapõem: o direito da sociedade e o dever de prestação de contas do administrador. E não poderia ser diferente o entendimento, uma vez que um terceiro elemento insere-se entre os dois, embora mais próximo do primeiro: os recursos utilizados pela Administração Pública. Aqueles, a esta não pertencem, mas, sim, à coletividade, daí a obrigação de informar ao povo o destino dos recursos públicos por parte de seus gerenciadores. Acerca do tema, Flávio Sátiro Fernandes afirma que[1]:

> *(...) embora o administrador da coisa pública esteja obrigado a informar como usou o dinheiro do povo, tal obrigatoriedade não representa de maneira alguma uma desconfiança em relação aos procedimentos por aquele adotados, mas apenas uma oportunidade que se concede ao povo de conhecer a destinação dada a seu dinheiro e se essa destinação se pautou pelos ditames legais pertinentes.*

[1] *www.datavenia.inf.br, 10//06/2000*

2. AS FUNÇÕES CONSTITUCIONAIS DE CONTROLE EXTERNO

Antes de adentrar-se propriamente nas funções constitucionais desempenhadas pelos órgãos constitucionais delas incumbidos, convém salientar que não há uma uniformidade, um consenso entre os doutrinadores e estudiosos da matéria acerca das efetivas e reais funções de controle externo. Alguns defendem que são apenas nove, outros dez, e um bom número segue aquelas incertas nos onze incisos do artigo 71 da Constituição Federal, sendo esta a corrente majoritária.

Enquanto Hely Lopes Meirelles sintetiza as funções constitucionais de controle em quatro categorias, quais sejam: verificadoras; assessoradoras; técnico-opinativas e jurisdicionais-administrativas; a professora Sylvia Di Pietro defende que são sete, a saber: a de fiscalização financeira; a de julgamento; de consulta; de informação; sancionatória; corretiva e de ouvidor. Convém destacar, entretanto, que a terminologia adotada traduz apenas uma forma didática de se fazer compreender as ações desenvolvidas pelos Tribunais de Contas sobre os seus jurisdicionados.

Em sua obra "O Controle Externo das Concessões de Serviços Públicos e das Parcerias Público Privadas", Benjamin Zymler e Guilherme de La Rocque consideram que as funções abrangem nove grandes grupos: normativa, consultiva, informativa, corretiva, de ouvidoria, pedagógica, sancionadora, judicante e fiscalizadora.

Sem maiores delongas, percebe-se que as funções de controle são de uma abrangência que não se limita, nem se resume, a quaisquer classificações que se venha a adotar, ainda que visando facilitar a sua compreensão. E não poderia ser diferente, pois a dinâmica com que se desenvolve e se aparelha a Administração Pública requer uma flexibilidade freqüente na busca do melhor alcance que a Constituição Federal pretende dar às funções estatuídas nos incisos do artigo 71.

Desta forma, em respeito aos preceitos constitucionais, ao referir-se aos onze incisos do artigo 71, necessário se faz discorrê-los sem fugir a sua originalidade, conquanto se busque alguns termos que exemplifique o seu conteúdo, visando ressaltar a importância dos órgãos de controle e a respectiva atribuição que lhe é correlata. Seguir-se-á, portanto, a seqüência comentada do texto constitucional, nos próximo itens.

2.1. A APRECIAÇÃO E O JULGAMENTO DE CONTAS

Como já mencionado nas linhas precedentes, o artigo 71, *caput*, e seus onze incisos tratam das competências constitucionais relativas ao controle externo por parte do Tribunal de Contas da União, entretanto, por força do artigo 75 da Magna Carta, tal regramento é de observância obrigatória pelos Estados e Municípios. Deve-se atentar que a fiscalização a ser realizada pelos Tribunais de Contas, em todos os níveis de governo, ocorre sobre a função administrativa dos órgãos e Poderes da Administração Pública. E, sem dúvida, todos os órgãos e Poderes dos Entes Públicos, a despeito de suas funções típicas, exercem, de uma forma ou de outra, a função administrativa, ora realizando licitações, obras, efetuando compras, contratando terceiros etc.

"Apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio, que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento" é o que prescreve o inciso I, do artigo 71, da Constituição Federal.

O destaque a ser dado aqui é para o parecer prévio, pois, através dele, e somente com a sua emissão, poderá o Poder Legislativo, nas três esferas de governo, proceder ao julgamento das contas do Chefe do Executivo. Infere-se que a peça técnica emitida pelas Cortes de Contas é de natureza obrigatória, e não facultativa, como poder-se-ía pensar. So-

bre o assunto, em relação aos Municípios, assim posiciona-se Luciano Ferraz (1999, p.153):

> *O parecer prévio do Tribunal de Contas enquadra-se entre o parecer obrigatório e o vinculante, porque a Constituição expressamente exige a sua emissão, fixando, inclusive, prazo para a sua conclusão; e, ainda, porque somente deixará de prevalecer se houver a manifestação contrária do Poder Legislativo.*

O parecer prévio, emitido pelos Tribunais de Contas, é baseado no desempenho do orçamento público e nos programas e realizações do Governo, e constitui-se numa peça técnica, fruto de informações colhidas e analisadas levando-se em conta os demonstrativos contábeis e financeiros do ente estatal, através do qual demonstra-se o que foi despendido e arrecadado no exercício considerado.

A emissão do Parecer Prévio não se confunde com a emissão do Parecer da Comissão Mista Permanente de Deputados e Senadores sobre as contas anuais do Presidente da República, conforme disposto no inciso I, do parágrafo primeiro, do artigo 166, da Constituição Federal. Essa Comissão Mista, de acordo com o artigo 26, da Resolução 02/95, do Congresso Nacional, apresentará o julgamento das contas do Chefe do Executivo em parecer sob a forma de projeto de Decreto-Legislativo.

Em síntese, o Chefe do Executivo apresenta ao Poder Legislativo, no prazo de sessenta dias, após a abertura da sessão legislativa, as contas referentes ao exercício encerrado; recebidas pelo Poder Legislativo, as contas são enviadas aos respectivos Tribunais para análise; esses, no prazo de sessenta dias, apreciam as contas, mediante a emissão do Parecer Prévio, o qual é enviado ao Poder Legislativo; no órgão legiferante, o parecer prévio e o respectivo relatório servirão de base para a Comissão Mista elaborar o seu parecer sob a forma de projeto de Decreto-Legislativo; ao deliberar sobre o Projeto de Decreto-Legislativo, o Poder Legislativo julga as contas do Chefe do Executivo. Eis o fluxograma a ser observado pelos Entes Políticos.

Neste ponto, cabe um breve comentário acerca das disposições constantes no Parecer Prévio no que diz respeito às contas dos Chefes do Executivo. O indicativo do Parecer poderá ser pela aprovação das contas, aprovação das contas com ressalvas, desaprovação das contas, além de recomendações no sentido de prevenir a reincidência nas falhas detectadas, por ocasião de sua análise.

Ressalte-se, ainda, que boa parte dos doutrinadores estabelecem uma diferenciação acerca da competência das Cortes de Contas para o julgamento/apreciação das contas dos Chefes do Executivo, a depender do ato praticado pelo gestor. Segundo Flávio Sátiro Fernandes (Revista do TCE/SP, n. 65, p.75-81):

> *Os Chefes do Executivo quando agem na qualidade de agente político, executor do orçamento, têm prerrogativas especiais e, portanto, submetem-se ao crivo do Legislativo. Se descem do pedestal e praticam meros atos de gestão, igualam-se aos demais administradores de recursos públicos, sendo julgados pelo Tribunal de Contas. O ato final do julgamento, se desfavorável à regularidade das contas, é a constituição do título executivo.*

Com efeito, o julgamento das contas, pelo Poder Legislativo, faz-se sobre as contas anuais de resultados, nas quais são apresentados pela administração do Ente, ao final do

exercício, a execução orçamentária, a realização da receita prevista, a situação patrimonial, os resultados financeiros, o cumprimento das aplicações mínimas em saúde e educação etc. Daí, afirmar-se que, em relação a esses itens, os Tribunais apreciam as contas, emitem o parecer obrigatório e vinculante, dando substância ao Poder Legiferante para emitir o juízo a respeito dessas contas, revestindo-se num julgamento político, em cumprimento ao preceito constitucional.

A Magna Carta traz um regramento específico em relação ao Parecer Prévio elaborado pelos Tribunais de Contas com vistas a dar suporte ao julgamento das contas municipais. Com efeito, enquanto nos âmbitos estadual e federal o parecer prévio possui caráter técnico-opinativo, no âmbito municipal ele se reveste de um teor de efeito decisório e quase que vinculativo para o Poder Legislativo, uma vez que a Constituição Federal prescreve no parágrafo segundo, do art. 31, que "o parecer prévio emitido pelo Tribunal de Contas só deixará de prevalecer por decisão de dois terços dos membros da Câmara Municipal". Desse modo, resguarda-se o princípio da moralidade administrativa, à medida que os Prefeitos Municipais, no nosso ordenamento jurídico, são mais do que meros agentes políticos, assumindo, também, o papel de verdadeiros administradores e gestores de bens e dinheiros públicos, devendo, pois, responder pela dupla função - política e administrativa.

O julgamento das contas dos demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos é a segunda competência constitucional atribuída aos Tribunais de Contas, estando fixada no inciso II, do art. 71, da Constituição Federal nos seguintes termos: "julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da Administração Direta e Indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público".

Esta função é privativa do Tribunal de Contas, podendo tão-somente submeter-se ao controle do judiciário, afastando, por conseguinte, qualquer interferência do Legislativo. Trata-se de competência tipicamente deliberativa, com poder sancionador, sendo o julgamento terminativo no âmbito administrativo, ficando a revisão judicial adstrita aos aspectos de ilegalidade manifesta ou de erro formal. É com base nessa jurisdição administrativa que as Leis Orgânicas dos diversos Tribunais de Contas estabelecem que as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos deverão, anualmente, ser submetidas a julgamento dos respectivos Tribunais de Contas, sob a forma de tomada ou prestação de contas e que as pessoas sujeitas à tomada de contas somente poderão ser liberadas dessa responsabilidade por decisão das respectivas Cortes de Contas.

Esta função de julgamento abrange toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, desde que utilizem, arrecadem, guardem, gerenciem ou administrem bens, dinheiros e valores públicos ou pelos quais os Entes Políticos respondam, ou que, em nome destes, assuma obrigações de natureza pecuniária. Compete, portanto, aos Tribunais de Contas, julgar as contas dos Poderes Legislativo e Judiciário, do Ministério Público, dos Órgãos, Fundos e Empresas da Administração Pública, das Organizações Sociais, de suas próprias contas. Fica fora desse julgamento o Chefe do Poder Executivo, embora haja um entendimento doutrinário e de uma corrente do STF no sentido de que se o Chefe do Executivo participar efetivamente do processamento das despesas públicas, autorizando-as, liquidando-as, determinando expressamente o seu pagamento, estará sujeito não apenas ao julgamento político do Legislativo, mas também ao julgamento técnico do Tribunal de Contas. Essa é a posição adotada pela maioria das Cortes de Contas no Brasil.

Situação diversa ocorre no caso de delegação de poderes dos responsáveis. Nessa situação, em face do tipo de atividade desenvolvida, o administrador público originário, detentor da direção política institucional, a exemplo dos Prefeitos Municipais, delega a subordinados (um Secretário, por exemplo) poderes para conduzir e gerir administrativamente o órgão do qual é responsável, inclusive os atos de execução orçamentária.

Acerca do tema, vale destacar esclarecimento de Mileski (2003, p.288):

> *Assim, quando há regular delegação de competência administrativa, especialmente das atribuições concernentes à execução orçamentária, envolvendo a arrecadação da receita e execução da despesa, o agente público delegado passa a responder pessoalmente pelos atos e fatos que ocorrerem em sua gestão, por este motivo, sendo a sua responsabilidade pelo gerenciamento realizado, torna-se o administrador secundário a autoridade responsável nos processos de julgamento a serem efetuados pelo Tribunal de Contas, com a autoridade delegante ficando isenta de responsabilidade.*

A delegação não poderá, entretanto, ser com reserva de poderes, nem tampouco a autoridade originária poderá participar comprovadamente na prática de atos lesivos ao erário, ou ter conhecimento de irregularidades praticadas pelo delegado e não tomar as providências cabíveis para a preservação da moralidade administrativa, sob pena de incidir em responsabilidade solidária, caso em que responderá conjuntamente com o administrador delegado.

A todo julgamento corresponde uma decisão, com efeitos práticos, decorrentes dos objetivos propostos na fiscalização da gestão dos recursos públicos. Em geral, os diplomas normativos mencionam três tipos de decisão: preliminar; definitiva; terminativa. A preliminar é a decisão pela qual o Tribunal, antes de pronunciar-se sobre o mérito das contas, resolve sobrestar o julgamento, ordenar a citação ou a audiência dos responsáveis ou, ainda, determinar que sejam realizadas diligências necessárias ao saneamento do processo. Na decisão definitiva, o Tribunal julga as contas regulares, regulares com ressalvas ou irregulares. Quando as contas expressarem, de forma clara e objetiva, a exatidão dos demonstrativos contábeis, a legalidade, a legitimidade, a economicidade, a moralidade, a eficiência e a publicidade dos atos de gestão, elas serão julgadas regulares. Entretanto, se evidenciarem impropriedade ou irregularidade de natureza formal, ou até atos de gestão que não cause prejuízo ou que não represente dano injustificado ao erário, as contas serão julgadas regulares com ressalvas. Quando for comprovada a omissão no dever de prestar contas, ou a prática de atos de gestão ilegítimos, ilegal, antieconômico, ou infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional, ou dano ao erário decorrente desses atos de gestão, ou, ainda, reincidência no descumprimento de determinação do Tribunal, as contas serão julgadas irregulares.

O julgamento das contas importa em algumas conseqüências, a saber: quando julgadas regulares, possibilita a baixa da responsabilidade dos administradores no registro dos órgãos de contabilidade; se regulares com ressalvas, haverá a baixa, mas com as ressalvas e penalidades pertinentes às falhas assinaladas; se julgadas irregulares, será fixada a responsabilidade solidária do agente público praticante do ato irregular e do terceiro que, de qualquer modo tenha contribuído para a prática do dano, além da aplicação de multa proporcional ao dano causado ao erário ou por infringência às normas legais, como

também a condenação do responsável ao pagamento do valor impugnado devidamente corrigido. Decorrem, ainda, duas outras conseqüências, do julgamento irregular das contas: uma delas é a remessa de cópias da documentação pertinente ao Ministério Público respectivo, a fim de que sejam ajuizadas as ações civis e penais cabíveis; a segunda, é a declaração de inelegibilidade, que interfere diretamente nos direitos políticos do cidadão, nos termos da alínea "g", do art. 1º, da Lei Complementar nº 64, de 18.05.1992, *in verbis*:

> *(...) os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se a questão houver sido ou estiver sendo submetida à apreciação do Poder Judiciário, para as eleições que realizarem nos 5 (cinco) anos seguintes, contados a partir da data da decisão.*

Conforme atesta Luciano Ferraz, ao analisar esta competência constitucional do Tribunal de Contas:

> *Sintetizando, de lege data, a competência prevista no art. 71, II, da CF/88, relativamente ao Tribunal de Contas, reveste-se, assim como as demais, de natureza meramente administrativa. Não faz coisa julgada material e sua exatidão poderá ser questionada em face do Poder judiciário, diante da unidade de jurisdição, consubstanciada no art. 5º, XXXV, da Constituição da República de 1988.*(FERRAZ, 1999, p. 174).

2.2. APRECIAÇÃO DA LEGALIDADE DOS ATOS DE ADMISSÃO DE PESSOAL E DE CONCESSÃO DE APOSENTADORIAS

Trata-se de competência exclusiva e indelegável atribuída pela Magna Carta ao Tribunal de Contas inserta no inciso III, do art. 71, que ao dispor que compete à Corte de Contas apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das aposentadorias, reformas, pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório.

Nesta competência, são analisadas a legalidade das nomeações provenientes de concursos públicos, em relação aos cargos efetivos, e dos contratos por prazo determinado, bem como a concessão de aposentadorias, reformas e pensões. Ressalte-se que a apreciação da legalidade dos atos de admissão foi uma inovação da Constituição de 1988, embora o exame da legalidade das concessões de aposentadorias, reformas e pensões já venha sendo exercido por um bom tempo, sendo inicialmente disposição infraconstitucional, elevada a status constitucional pela Constituição de 1946.

Tamanha é a importância desse encargo, confiado às Cortes de Contas, uma vez que confere eficácia ao Princípio da Moralidade Administrativa, abrangendo, entre outras, as seguintes verificações: existência ou não de concurso público; observância à ordem de classificação dos candidatos para efeito de nomeação; se foi observada a reserva legal de vagas destinadas aos deficientes físicos; a existência de cargos vagos para as nomeações; a existência de previsão dos cargos e do concurso na Lei de Diretrizes Orçamentárias; se os contratos por prazo determinado atenderam as situações excepcionais; o preenchimento

dos requisitos para a aposentadoria pelos servidores; se o Poder Público fixou corretamente as parcelas de proventos.

Tais exames são de inegável importância, pois, se o Tribunal considerar ilegal o ato administrativo e negar-lhe registro, determinará o afastamento dos servidores irregulares ou a reversão do aposentado, conforme o caso, além de aplicar multa ao responsável, nos termos do §2º, do art. 37, da Constituição Federal. Significa, outrossim, que tais atos, de admissão e de concessão de aposentadorias, por serem atos complexos, apesar de produzirem efeitos e serem eficazes desde a sua edição, somente tornam-se perfeitos e completos com o pronunciamento definitivo do Tribunal de Contas, que, se for pela ilegalidade, vincula a Administração Pública e produzirá efeitos *ex tunc*, ou, seja, retroativos, atingindo-os em seu nascedouro, provocando a sua anulação.

A apreciação da legalidade, aqui tratada, requer a formalização de um processo, uma vez que encerra um juízo de valor e visa assegurar todas as garantias para o exercício da função fiscalizadora, mediante à observância da moralidade e da probidade na aplicação dos dinheiros públicos, sem permitir o favorecimento de pessoas à custa do erário, ao mesmo tempo que estabelece regras para o atendimento dos princípios constitucionais que protegem os direitos dos administradores e servidores sujeitos da relação processual.

É nesse sentido que Mileski (2003, p.309) aponta três circunstâncias a serem observadas com a negativa de registro dos atos admissionais, a saber: a primeira delas refere-se à admissão com eiva de inconstitucionalidade – efetuada sem aprovação prévia em concurso público ou após o seu prazo de validade; sem autorização legal quando se tratar de contratação por excepcional interesse público ou permanência além do prazo fixado em lei -, caso em que o Tribunal de Contas, ao declarar o ato como ilegal e nulo (art. 37, §2.º, CF), deverá assinar prazo para que a autoridade administrativa promova a desconstituição da admissão (art. 71, IX, CF), buscando estabelecer a responsabilidade do administrador, com vistas à punição referida no § 2.º, do art. 37 da Constituição; a segunda ocorre quando a situação envolver impugnação de admissão por ilegalidade ocorrida em concurso público, situação em que o Tribunal de Contas deve proceder com a devida cautela a fim de não incorrer em elemento perturbador da segurança e da estabilidade nas relações entre o Estado e o indivíduo. Assim, ficando de forma clara e insofismável que o concurso público é um ato ilegítimo, porque realizado em conflito com textos legais e regulamentares, deve o Tribunal posicionar-se pela nulidade do concurso, negando registro ao ato de admissão dele decorrente; e a terceira hipótese configura-se quando a negativa de registro envolver empregado público, em razão de o mesmo ser admitido por meio de contrato – contrato de trabalho -, surgindo de imediato o questionamento sobre a possibilidade de o Tribunal de Contas determinar a sustação desse tipo de contrato. Com o advento da Constituição de 1988, foi estabelecido regramento específico. Dessa forma, torna-se incontestável a competência do Tribunal de Contas para proceder à apreciação de legalidade dos atos de admissão de natureza trabalhista e, no exercício dessa função, decidir pela negativa de registro dos atos ilegais, determinando a sua conseqüente desconstituição.

Observe-se que, declarada a negativa pelo Tribunal, seguem-se os procedimentos previstos na Constituição: assinação de prazo para o cumprimento da decisão, devendo o administrador promover o inquérito administrativo para anulação do concurso, assegurando o direito de ampla defesa ao servidor atingido pela medida. Não sendo atendido, deve o Tribunal sustar o ato impugnado e fazer a comunicação do fato ao Poder legislativo.

Deve-se atentar, contudo, que após determinado período, fica vedada a

possibilidade de decretação de nulidade dos atos da Administração Pública eivados de ilegalidade, uma vez que, no âmbito Federal, e em boa parte dos Estados da Federação, existe lei fixando o prazo decadencial, de cinco anos, para que tais atos sejam anulados quando praticados com ilegalidade ou ilegitimidade. Deve, pois, o exame de legalidade realizado pelo Tribunal de Contas, ocorrer dentro desse lapso temporal, sob pena de decair o direito.

2.3. REALIZAÇÃO DE INSPEÇÕES E AUDITORIAS

A realização, por iniciativa própria do Tribunal de Contas, ou por iniciativa da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão Técnica ou de inquérito, de inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira,orçamentária, operacional e patrimonial nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais Entidades referidas no inciso II, é atribuição prevista no inciso IV, do art. 71, da Lei Maior.

De imediato, percebe-se que, ao Tribunal de Contas, são atribuídas competências distintas, ora auxiliando o Poder Legislativo, ora agindo de ofício. No dizer de Renato Sérgio (2005, p.33):

> *São as reverenciadas auditorias e inspeções de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial realizadas nas unidades administrativas dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como nas Entidades da administração indireta e nas sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público.*

O texto refere-se aos termos auditorias e inspeções, o que, segundo a melhor doutrina, significa haver uma diferenciação entre eles. De fato, enquanto a auditoria consiste numa técnica proveniente do setor privado que, utilizando-se do exame documental e da escrituração contábil, tem como escopo a verificação dos resultados das operações financeiras ou dos atos gerenciais, bem como da regularidade dos registros e atos concernentes ao uso de dinheiros e patrimônio de determinada atividade econômica, necessitando, por conseguinte de um planejamento específico, as inspeções objetivam preencher as omissões e lacunas de informações, ou esclarecer dúvidas, assim como apurar denúncias formuladas contra atos e fatos praticados pela administração suspeitos de violarem os princípios da Administração Pública.

No amplo contexto em que se insere as auditorias e as inspeções, facilmente conclui-se que a primeira é gênero que abrange a segunda. Isto, porque, auditar consiste em todo tipo de exame e verificação de operações, atividades e sistemas das entidades do Poder Público, seja documental ou fática. Por outro lado, inspecionar é a verificação *in loco* do órgão auditado. Conforme Mileski (2003, p.315): " Toda a inspeção é um procedimento de auditoria, mas nem toda a auditoria é efetuada por inspeção".

A fim de se verem cumpridos os ditames Constitucionais, que abrange a aferição, pelos Tribunais de Contas, do atendimento da legalidade, legitimidade e economicidade, mediante o sistema de auditorias, no dizer de Mileski (2003, p.315):

> *(...) é imprescindível a abordagem de três aspectos em auditoria: a) a auditoria financeira e orçamentária, que utiliza a técnica com enfoque, principalmente, na análise das transações financeiras ou patrimoniais, registros, sistemas contábeis e orçamentários; b) a auditoria de legalidade, que objetiva constatar se todos os atos,*

fatos e operações administrativo-financeiras estão de acordo com o plano de governo, com as leis, regulamentos e demais normas jurídicas; c) a auditoria operacional, que, sob o enfoque da eficiência, eficácia e economicidade da ação governamental, busca verificar o grau de eficiência da Administração pelo resultados apurados, examinando como são administrados e gastos os dinheiros públicos no atendimento dos objetivos do Estado.

Cabe, ainda, acerca desta competência dos Tribunais de Contas, uma observação de bastante relevância, a qual confere ao órgão técnico certa independência e autonomia no cumprimento de suas atribuições. Está no fato de a Constituição determinar que, somente por iniciativa do próprio Tribunal ou do Poder Legislativo poder-se-á realizar inspeções e auditorias. Nenhum outro Poder poderá determinar tal tarefa, contudo, a melhor doutrina entende que os Tribunais, efetivamente, quando solicitados, visando dar cumprimento aos seus objetivos institucionais e, de acordo com as suas possibilidades materiais, deve atender as demandas, especialmente quando do Poder Judiciário ou do Ministério Público. Até pelo fato deste último atuar como órgão especial junto aos Tribunais de Contas.

2.4. FISCALIZAÇÃO DE CONTAS E DE RECURSOS REPASSADOS

A primeira leitura que se faz do inciso V, do art. 71 da Constituição Federal conduz a uma interpretação estrita do que ali se estabelece, isto é, não há possibilidade de se transportar a atribuição constitucional para as realidades estaduais e municipais. De fato, pois dispõe o supracitado que compete ao Tribunal de Contas fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo.

Regra geral, o TCU tem competência (leia-se jurisdição) para o julgamento das contas da Administração Pública Federal, mas, também, de qualquer órgão da Administração Pública a nível nacional, portanto, estadual, municipal, ou de qualquer pessoa, física ou jurídica, desde que os recursos por eles aplicados sejam de origem federal. Ao Tribunal de Contas da União cabe a fiscalização dos responsáveis pela gestão do patrimônio nacional investido na empresa supranacional, ou seja, naquela constituída com capital de mais de um país, independentemente do nível de governo em que atua. No entendimento de Valdecir Pascal (2004, p.171), *in verbatim*:

Transpondo e adaptando esse dispositivo para as realidades Estaduais e Municipais, haveremos de concluir que, na existência de empresas multigovernamentais (supra-estaduais ou supramunicipais), cada Tribunal de Contas estaria apto a fiscalizar as contas referentes ao patrimônio do seu ente jurisdicionado.

A Itaipu Binacional é citada por diversos autores como a principal empresa supranacional de cujo capital a União participa. Entretanto, por diversas ocasiões, a corte de Contas da União tem se manifestado contrário a essa competência que lhe é conferida, sob a alegação de que a referida empresa rege-se pelo Direito Internacional, sendo necessária a modificação dos seus estatutos, em comum acordo com o Governo do Paraguai, no sentido de incluir o procedimento de fiscalização adequado a ambos os Países. Outras empresas citadas, entre as supranacionais, com participação do capital nacional são: a Companhia de

Promoção Agrícola (Brasil e Japão), e o extinto Banco Brasileiro Iraquiano S/A. Em qualquer caso, caberia ao Tribunal de Contas a fiscalização e controle das contas de capital nacional.

O dispositivo inserto no inciso VI, do art. 71, da Lei Maior, tem dimensão diversa do anterior, embora chegue a ser prescindível na visão de alguns doutrinadores, pelo fato de sua semelhança com a função de julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos. Tal visão não é aqui compartilhada, em razão da análise apurada do próprio dispositivo Constitucional, *ipsis litteris*: "VI – fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste, ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município".

De acordo com esse dispositivo, a função aqui contemplada é a de fiscalizar a aplicação, ou seja, repassado o recurso pela União a Estado, ao Distrito Federal ou a Município, compete ao Tribunal de Contas da União a fiscalização desses recursos, os quais se materializam sob a forma de convênios, acordo, ajuste, ou outros instrumentos do mesmo gênero. Não se trata de fiscalizar a aplicação de qualquer recurso, mas daqueles transferidos voluntariamente mediante os supracitados instrumentos.

A título de exemplo, imagine que um determinado Estado da Federação ou um Município celebre um convênio com a União visando à realização de um projeto comum que diga respeito ao treinamento de professores das respectivas redes de ensino. Nesse caso específico, o Ente irá dispor, para a aplicação, de seus próprios recursos (contrapartida) e daqueles que recebe da União. Ora, pela regra constitucional, o gestor desses recursos deverá submeter à fiscalização do TCU apenas a aplicação dos recursos oriundos da União, e o Tribunal de Contas do Estado, ou do Município, conforme o caso, deverá fiscalizar a aplicação dos recursos discriminados nos respectivos orçamentos, para atendimento do convênio celebrado, isto é, a contrapartida desses Entes.

A propósito, Luiz Henrique Lima (2007, p.50), ao tratar do tema assim dispõe:

> *As principais normas que disciplinam a celebração de convênios com recursos federais são as Instruções Normativas da Secretaria do Tesouro Nacional, IN STN nº 01/1997 e IN STN nº 05/2004, ambas disponíveis na página da STN na Internet (www.stn.gov.br). Tais normas conceituam como convênio, instrumento qualquer que discipline a transferência de recursos públicos e tenha como partícipe órgão da administração pública federal direta, autárquica ou fundacional, empresa pública ou sociedade de economia mista que estejam gerindo recursos dos orçamentos da união, visando à execução de programas de trabalho, projeto/atividade ou evento de interesse recíproco, em regime de mútua cooperação.*

Vale salientar que essas transferências de recursos mediante convênio ou instrumento congênere não se confundem com as transferências constitucionais provenientes da repartição tributária, a exemplo do Fundo de Participação dos Municípios e do Fundo de Participação dos Estados, uma vez que essas constituem receitas originárias dos entes federados. Em relação a elas, o Tribunal de Contas da União tem competência para fiscalizar o repasse dos recursos, e não a sua aplicação.

Atente-se, entretanto, que, no que diz respeito aos recursos do Sistema Único de Saúde repassados aos Entes Estatais, há o entendimento de que trata-se de recursos federais, estando, por conseguinte, as ações e os serviços de saúde pagos à conta desses recursos sujeitos ao crivo do Tribunal de Contas da União, independentemente de serem

transferidos mediante convênio ou com base em diploma normativo diverso.

A súmula nº 208, do Superior Tribunal de Justiça, traz uma importante jurisprudência em relação ao julgamento das contas de recursos federais recebidos pelos Municípios, ao prescrever, *in verbis*: "Compete à justiça federal processar e julgar Prefeito Municipal por desvio de verba sujeita à prestação de contas perante órgão federal". Conclui-se que ao Tribunal de Contas da União compete o controle externo, enquanto à justiça federal cabe a jurisdição penal. Reforça-se, dessa forma, o caráter administrativo da jurisdição exercida pelos Tribunais de Contas, conforme explicitado nas linhas precedentes.

2.5. AS FUNÇÕES DE PRESTAÇÃO DE INFORMAÇÕES, DE REPRESENTAÇÃO, DE APURAÇÃO DE DENÚNCIAS E SANCIONADORA

Alguns doutrinadores, a exemplo de Luiz Henrique de Lima (2007, p.48), estabelecem uma relação entre o inciso IV e o inciso VII, do art. 71, da Lei Maior, o qual estatui, *in verbis:* "prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas". Neste trabalho, preferiu-se separar os dispositivos e analisá-los individualmente, respeitando-se os fins colimados pelo texto constitucional e procurando-se extrair o conteúdo próprio de cada um deles, conforme já exposto em relação ao inciso IV.

A primeira conclusão a que se chega da leitura do inciso VII é que ele não autoriza parlamentar solicitar individualmente uma fiscalização dos Tribunais de Contas. Repise-se que o emprego da expressão no plural deve-se a extensão da interpretação do dispositivo aos demais Entes Estatais, por força do estatuído no art. 75 da Constituição Federal. Ocorre, porém, que não há impedimento algum de que qualquer membro do Legislativo, ao exercer o seu direito de cidadão, venha a denunciar suposta irregularidade aos Tribunais de Contas respectivos, provocando, dessa maneira, a sua atuação. Aliás, é o que prevê o § 2°, do art. 74 da Constituição Federal.

O dever constitucional de prestar informações pelos Tribunais de Contas pode ser enfocado de duas formas, no dizer de Hélio Mileski (2003, p.320): "uma é quando são solicitadas as informações e outra é de encaminhamento regular".

De fato, detendo o Legislativo de competência constitucional para realizar o Controle Externo, que se manifesta no julgamento das contas do Chefe do Executivo, cabe-lhe a solicitação das informações que "entender como importantes ao órgão executor do controle externo, o Tribunal de Contas, e este tem o dever de as prestar, não podendo se escusar do seu cumprimento". (MILESKI, 2003, p.320). Tais informações requeridas independem da fase em que se acha o processo, julgado ou não, e também do fato de tratar-se de matéria protegida ou não por sigilo. Se as matérias objeto de solicitação de informação estiverem nas situações acima descritas, o Tribunal de Contas deve comunicar o fato ao órgão solicitante, de modo que este último assumirá a responsabilidade pelo uso que delas fará.

A obrigação de prestar informações regularmente está baseada no que estatui o § 4º, do art. 71, o qual determina o encaminhamento trimestral e anual das atividades do Tribunal de Contas ao Congresso Nacional, de forma que esse tome conhecimento da execução do Controle Externo por aquele.

O exercício dessa função envolve os trabalhos efetuados, os cálculos e dados consolidados, a documentação objeto da própria fiscalização, e destina-se a atender as solicitações do Congresso Nacional que digam respeito aos relatórios de atividades do Tribunal de Contas, às informações sobre as fiscalizações realizadas, à informação à Comissão Mista de Orçamento sobre a possibilidade de frustração de previsão de receita,

às informações previstas na Lei das Diretrizes Orçamentárias sobre a execução físico-financeira de obras custeadas com recursos federais, à representação sobre irregularidades, à apuração da irregularidade cometida que implique inelegibilidade do gesto a ser declarada pela Justiça Eleitoral, aos alertas sobre ultrapassagem dos limites legalmente permitidos, entre outras.

Esta função constitucional é de relevância ímpar, uma vez que deve ser expressão da autonomia do órgão executor do controle externo, o Tribunal de Contas, que, para tanto, deve eximir-se de qualquer dependência ou preferência política, mediante um planejamento baseado em normas e regulamentos que disciplinam a sua atuação, consistente no emprego de técnicas adequadas, visando resguardar o interesse público e a confiança depositada pelos cidadãos.

A função sancionadora abrange os incisos VIII, IX e X, do art. 71, uma vez que tais prescrições ali previstas constituem-se, na realidade, em verdadeiras sanções, quando não, cobranças, de cumprimento obrigatório por parte do responsável infrator da norma ou determinação a qual estiver incumbido. O primeiro deles consiste na aplicação de sanções aos gestores, ou seja, na aplicação de multa aos responsáveis pela gestão irregular ou ilegal de recursos públicos, desde que lei específica preveja em seu conteúdo essa possibilidade. É o que se depreende do inciso VIII, do art. 71, do texto constitucional: "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". Em relação aos dois outros incisos, trata-se de competência corretiva já explicitada no corpo deste trabalho, sendo a seguir transcritos para melhor compreensão no contexto da função sancionadora: "IX – assinar prazo para que o órgão ou a entidade adotem as medidas necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada a ilegalidade; e X – sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal".

De acordo com os incisos retrocitados, podem ser aplicadas pelos Tribunais de Contas, desde que previstas em lei, as seguintes sanções: aplicação de multa; sustação de atos e contratos; glosa de despesa e imputação de débito ao responsável; fixação de prazo para adoção de providências, detectada falha na gestão administrativa, com consequente sustação de ato impugnado; representação ao órgão competente em razão de ato de natureza criminal; suspensão de direitos políticos, em conseqüência do julgamento irregular de contas. A aplicação de sanções pelos Tribunais de Contas reveste-se de caráter moralizador e impositivo, no sentido de fazer com que a Administração Pública, através de seus responsáveis, se veja obrigada a cumprir as exigências legais e as determinações das próprias Cortes de Contas.

São três as espécies de multa, podendo ser de natureza formal ou substancial: por infração às normas administrativas financeira e orçamentária; por infração de caráter administrativo contra as leis de finanças públicas; e a multa proporcional ao prejuízo ou dano causado ao erário. A primeira delas deve estar prevista legalmente e destina-se a penalizar o administrador público pela prática de ato irregular revestido de natureza formal, isto é, o ato praticado não causa prejuízo ao erário, mas revela-se violador das normas de administração financeira e orçamentária que disciplinam o procedimento adotado. A infração administrativa contra as finanças públicas são aquelas que violam as normas de direito financeiro da Lei Complementar nº 101/2000, a Lei de Responsabilidade Fiscal, entre as quais podem ser citadas as seguintes: não divulgação ou não envio, ao Tribunal de Contas ou ao Poder Legislativo, do Relatório de Gestão Fiscal, nos prazos e requisitos estabelecidos; não expedição de ato limitando empenho e movimentação financeira, nos casos exigidos em lei; não adoção das medidas necessárias à redução do montante da despesa total com pessoal que houver excedido o limite máximo permitido.

Em relação a esta infração, assim assinala Mileski (2003, p.330):

> *Para a prática de qualquer desses atos que são considerados infração às leis de finanças públicas, como penalidade, é prevista uma multa de 30% dos vencimentos anuais do agente que lhe der causa, com o pagamento da multa sendo de sua responsabilidade pessoal, cuja infração será processada e julgada pelo Tribunal de Contas a que competir a fiscalização contábil, financeira e orçamentária da pessoa jurídica de direito público envolvida.*

Quanto à multa proporcional ao dano causado ao erário, há de se observar com atenção o que determina a Constituição Federal, uma vez que a Lei Maior estabelece que a multa deve ser proporcional ao dano causado, e deve ser uma sanção prevista em lei, ou seja, trata-se de norma de eficácia contida, em relação a sua aplicabilidade. Por outro lado, a existência do dano ao erário é requisito essencial de natureza financeira ou patrimonial, pois sem essa característica impossibilitado estarão os Tribunais de exercer essa competência que lhe é deferida constitucionalmente. Atente-se que o dano não é qualquer, deve ser ao erário e, conforme estabelece a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União, no seu art. 57, a multa pode alcançar até 100% do valor atualizado do dano.

Em relação à sustação de atos e contratos, Henrique Lima, citando Jacoby Fernandes, assim assinala:

> *(...) sustar um contrato significa retirar-lhe a eficácia, a produção dos efeitos financeiros – pagamento, por exemplo – e executivos, realização do objeto. Assim, prossegue o eminente autor, sustação não é sinônimo de rescisão, cabendo à autoridade que recebe a comunicação avaliar os efeitos da sustação na vida do contrato.* (FERNANDES apud LIMA, 2007, p.53).

Convém ressaltar a diferença que há entre a sustação de atos e de contratos, embora em ambas as situações seja dada a oportunidade ao gestor para que providencie a medida, isto é, a sustação. Ocorre que, sendo diligente o gestor em atender a determinação do Tribunal de Contas, a atuação deste último dar-se-á por terminada, ou seja, não há o que reparar ou exigir além do que foi cumprido. Diferentemente ocorre quando a determinação não for cumprida pelo gestor. Nesse caso, em se tratando de ato, caberá ao próprio Tribunal sustar, diretamente, a execução do ato impugnado, comunicando, em seguida, a decisão ao Senado Federal e à Câmara dos Deputados, sem prejuízo da aplicação de multa ao responsável. Em se tratando de contrato, o ato de sustação será feito diretamente pelo Congresso Nacional, através de Decreto Legislativo, seguido de solicitação ao Poder Executivo para que adote as medidas pertinentes, quais sejam: ações de indenização, assunção da obra no estado em que se encontra etc. Decorrido o prazo de noventa dias, sem que o Congresso nacional ou o Poder Executivo efetivem as respectivas medidas, o Tribunal de Contas decidirá pela sustação, ou não. Caso decida pela sustação, o Tribunal comunicará ao Congresso Nacional a sua decisão e albergará ao responsável o prazo de quinze dias para a adoção das medidas necessárias ao cumprimento de sua decisão. Percebe-se que o tribunal de Contas não é competente para sustar diretamente a execução de contratos, mas poderá determinar à autoridade administrativa que promova a medida.

Questão interessante a ser observada na execução do controle externo pelos

Tribunais de Contas diz respeito à glosa de despesa resultante da prática de ato ilegal ou contrário ao interesse público, do qual resulta prejuízo ao erário. Nessas situações, deve o responsável proceder à devolução do valor glosado, com recursos próprios, a fim de recompor o prejuízo causado. A título de fundamentação dessa medida aplicada pelos Tribunais de Contas aos responsáveis, cabe fazer alusão a excerto legal previsto no art. 19, da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União, segundo o qual, quando julgar as contas irregulares, havendo débito, o Tribunal condenará o responsável ao pagamento da dívida atualizada monetariamente, acrescida de juros de mora devidos, podendo, ainda, aplicar-lhe a multa prevista na própria Lei Orgânica, sendo o instrumento da decisão considerado título executivo para fundamentar a respectiva ação de execução.

Não são raras as ocasiões em que os Tribunais de Contas, no exercício de suas atribuições têm que determinar a adoção de medidas visando o restabelecimento da legalidade violada por ato de gestão, ou mesmo a sustação do ato. Nesses casos, a Corte de Contas deverá estabelecer um prazo para que se dê cumprimento a sua decisão, a qual, quando não obedecida, o próprio Tribunal providenciará a sustação do ato impugnado e comunicará ao Poder Legislativo. Se da decisão resultar a aplicação de multa e fixação de débito, também será estabelecido prazo para cumprimento, isto é, recolhimento do valor imputado.

Ao realizar o julgamento das contas dos responsáveis pela administração de bens e valores públicos, pugnando pela irregularidade dessas contas, poderá ocorrer a existência de cometimento de ato ilícito de natureza penal. Têm os Tribunais de Contas a obrigação de reunir as provas documentais necessárias ao oferecimento da denúncia a ser feita pelo Ministério Público. Isto deve-se ao fato de que as Cortes de Contas não têm competência para o ajuizamento das ações penais e civis apropriadas.

Em relação à suspensão de direitos políticos dos gestores públicos, há de salientar que não se trata aqui de uma penalidade a ser aplicada pelo Tribunal de Contas, mas, sim, de conseqüência jurídica resultante do julgamento irregular das contas. Tal competência, a de declarar a inelegibilidade, quando se tratar de cargos eletivos, é atribuição da Justiça Eleitoral nos diversos níveis políticos, estando prevista na Lei Complementar nº 64/1990 que considera inelegíveis para as eleições a serem realizadas nos 5 (cinco) anos seguintes os que tiverem as suas contas rejeitadas por irregularidade insanável e por decisão irrecorrível do órgão competente. Percebe-se que a medida é resultante da ação fiscalizadora dos Tribunais de Contas.

As funções de representação e de apuração de denúncias estão interligadas e são de suma importância no que diz respeito à credibilidade da atuação dos Tribunais de Contas perante a sociedade. A primeira delas consiste num dever, numa obrigação constitucional decorrente do exercício da atividade regular dos Tribunais de Contas, conforme prescreve a parte final do inciso XI, do art. 71, da Magna Carta: "representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados". Para o cumprimento dessa imposição constitucional é imprescindível que a atividade dos Tribunais esteja em curso, quer por iniciativa própria, quer por provocação.

Saliente-se que tal dispositivo traduz o próprio limite de atuação das Cortes de Contas. Esgotado este, não poderão os Tribunais, diante de indícios de abusos apurados, escusar-se de representar aos demais Poderes, que aqui, não se restringe ao trinômio de Montesquieu, envolvendo, outrossim, o Ministério Publico, a fim de que este tome as providências cabíveis nas searas penal e civil, a Justiça Eleitoral, para fins de declaração de inelegibilidade, nos termos da Lei Complementar nº 64/1990, conforme o caso em questão. Acerca do tema, Renato Sérgio preleciona (2005, p.35): "Trata-se de obrigação constitucional cuja finalidade é efetivar a tão almejada harmonia entre os Poderes do Estado". Interessante

a expressão usada pelo citado autor ao afirmar a finalidade de harmonização entre os Poderes, que, *in casu*, somente acontece se o Tribunal de Contas bem realizar a sua função. Não há de se confundir o dever de representação com a assinalação de prazo para que o administrador adote medidas visando restabelecer a legalidade dos atos de gestão, mas, sim, de alertar aos Poderes competentes, a fim de que estes atuem, dentro das respectivas competências, no sentido de sanear as irregularidades ou os abusos cometidos pelo gestor.

Quanto à apuração de denúncias, é de bom grado registrar a iniciativa de alguns Tribunais de Contas em criar órgão próprio – as chamadas ouvidorias - a fim de dar efetividade ao § 2º, do artigo 74 da Constituição Federal, *in* verbis: "qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas". Apesar de tal função não estar explicitamente entre as relacionadas no art. 71, ela não pode ser ignorada, por se tratar de uma inovação da Carta Maior de 1988, a qual confere ao Tribunal de Contas "uma função equiparada à do Ombudsman dos países nórdicos, que tem a missão de controlar a administração do Estado, civil, e militar, a fim de garantir que quem exerça a função pública a desempenhe com o máximo de responsabilidade e eficácia", no dizer de Mileski. (2003, p.319).

Essa função de apurar denúncias não é tarefa das mais fáceis, pois os cidadãos (aqui compreendido inclusive o político) as têm utilizado em diversas ocasiões de forma equivocada, sem observância de determinados requisitos, pensando que "tudo o mais" pode ser objeto de denúncia, colocando, não raras às vezes, os Tribunais de Contas em difícil situação, comprometendo a sua atuação. Henrique Lima (2007, p.309), em relação ao cumprimento de determinados requisitos para que se apure a denúncia, assim dispõe:

> *O TCU apurará a denúncia que preencha os requisitos de admissibilidade, a saber: deverá versar sobre matéria de competência do Tribunal; referir-se a administrador ou responsável sujeito à sua jurisdição; ser redigida em linguagem clara e objetiva; conter o nome legível do denunciante, sua qualificação e endereço; e estar acompanhada de indício concernente à irregularidade ou ilegalidade denunciada.*

Como se observa, sem esses requisitos, não há de se prosseguir com a denúncia. Ocorre que, mesmo se recebida, ela deverá ser arquivada, sem adentrar-se no mérito, ou seja, no seu objeto. Nos Tribunais de Contas Estaduais, tal procedimento não é de fácil adoção, abrindo-se precedentes que dificultam a qualidade do trabalho a ser executado.

Por outro lado, uma vez admitida e conhecida a denúncia, será ela formalizada em processo próprio, visando comprovar a existência de irregularidade ou ilegalidade denunciada pelo cidadão, associação, partido político ou sindicato, de acordo com a prescrição constitucional. Será, por conseguinte, instruída em processo regular, assegurando-se os direitos e garantias individuais do denunciado, será dado tratamento sigiloso até a decisão definitiva da matéria, a qual, se procedente, culminará com as determinações cabíveis, inclusive com a aplicação de sanção e/ou imputação de débito ao responsável infrator.

É de bom alvitre reportar-se a outras funções atribuídas constitucionalmente aos Tribunais de Contas, que, embora não especificamente previstas nos incisos do art. 71, não lhes fogem à competência. Uma delas é a inserta no parágrafo único, do art. 161, da Constituição Federal, o qual estabelece que incumbe ao Tribunal de Contas da União o

cálculo das quotas referentes aos fundos de participação, referidos no inciso II do mesmo artigo. Por tal inciso, deverá o Tribunal de Contas da União efetuar o cálculo das quotas do Fundo de Participação do Município (FPM); do Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal (FPE); do Fundo de Compensação pelas Exportações de Produtos Industrializados (IPI-Exportação); e dos Fundos Constitucionais de Financiamento do Norte, Nordeste e Centro-Oeste (FNO, FNE e FCO). Vale salientar que esta atribuição é exclusiva do Tribunal de Contas da União, não se alargando aos Tribunais de Contas dos outros Entes Estatais, aos quais compete a fiscalização da aplicação dos recursos transferidos pela União.

Uma outra função que merece destaque é a prevista no art. 72 da Magna Carta, segundo o qual a comissão mista permanente a que se refere o art. 166, § 1°, da Magna Carta, diante de indícios de despesas não autorizadas, ainda que sob a forma de investimentos não programados ou de subsídios não aprovados, poderá solicitar à autoridade governamental responsável que, no prazo de cinco dias, preste os esclarecimentos necessários. Se estes não forem prestados, ou considerados insuficientes, a Comissão solicitará ao Tribunal pronunciamento conclusivo sobre a matéria, no prazo de trinta dias. E mais, se o Tribunal entender irregular a despesa, a Comissão, se julgar que o gasto poderá causar dano irreparável ou grave lesão à economia pública, proporá ao congresso Nacional sua sustação.

In casu, trata-se de atuação do Tribunal de Contas em auxílio à Comissão Mista Permanente do Poder Legislativo, sendo os dispositivos praticamente auto explicativos. Entretanto, no tocante a essa competência, denominada de "veto absoluto", Valdecir Pascoal (2006, p. 176), citando Ricardo Lobo Torres, informa: "distingue-se da suspensão dos atos ilegais e dos contratos porque, no veto absoluto, a despesa não encontra previsão orçamentária, enquanto na outra existe apenas ilegalidade na realização de despesas autorizadas por lei (...)". E prossegue, ressaltando que há duas inovações a serem consideradas: "1º) a iniciativa atribuída à comissão mista do Congresso Nacional para deflagrar o processo do veto proibitivo; e 2°) a interferência do Congresso Nacional na execução do orçamento pela Administração" (TORRES *apud* PASCOAL, 2006, p.176). Guardando-se as devidas proporções, a atribuição aqui em evidência pode ser reproduzida pelos Tribunais de Contas dos demais Entes Estatais. Percebe-se que a atuação dos Tribunais de Contas é solicitada pelo Poder Legislativo, não sendo atividade discricionária o seu atendimento, ou seja, o dispositivo torna obrigatória a ação dos Tribunais de Contas, embora a Comissão faça um juízo de valor acerca do entendimento do Tribunal, podendo segui-lo, ou não.

3. AS FUNÇÕES CONSTITUCIONAIS DE CONTROLE APLICADAS PELOS DEMAIS ENTES PÚBLICOS

Nas linhas precedentes, o objeto deste item já foi enfocado, porém necessário se faz apontar de forma mais específica, destacada, quais das funções constitucionais de controle externo exercidas pelos órgãos federais podem ser aplicadas no âmbito dos demais Entes Estatais. Isto porque o próprio texto da Carta Maior do nosso Ordenamento Jurídico prescreve em seu Artigo 75 que as normas estabelecidas na seção que disciplina esta matéria 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. Como o excerto ressalva, ao expressar "no que couber", depreende-se que não são todas as funções de controle externo de competência a ser exercida pelo Tribunal de Contas da União que se aplicam aos demais Entes Estatais.

3.1. A SIMETRIA DAS NORMAS CONSTIUCIONAIS EM RELAÇÃO AO CONTROLE EXTERNO

A Constituição Federal, em seu art. 75, traz um regramento específico em relação à aplicação, nos âmbitos Estadual e Municipal, das normas relativas ao controle externo. Com efeito, pelo princípio da simetria, as normas estabelecidas na Seção Constitucional reservada ao controle externo efetuado pelo Tribunal de Contas da União 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, os quais terão esta matéria disciplinada nas respectivas Constituições Estaduais e, no que couber, nas Leis Orgânicas Municipais, conforme entendimento da doutrina majoritária.

Das funções constitucionais de controle externo anteriormente abordadas, as seguintes aplicam-se aos demais Entes Estatais: apreciação das contas do Chefe do Executivo; julgamento de contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos; apreciação da legalidade dos atos de admissão de pessoal e de concessão de aposentadorias; realização de inspeções e auditorias; fiscalização de contas; fiscalização da aplicação de recursos repassados; prestação de informações; função sancionadora; funções de representação e de apuração de denúncias.

Um breve comentário acerca da emissão do Parecer Prévio merece destaque, uma vez que tal "peça técnica" é explicitamente declarada na Constituição Federal, mediante combinação dos artigos 71, I, 31, §§ 1º e 2º e 75. Assim, por simetria, a fiscalização do Município será exercida pelo Poder Legislativo municipal, mediante controle externo, e pelos sistemas de controle interno do Poder Executivo municipal, na forma da lei. Logo, o controle externo da Câmara Municipal será exercido com o auxílio dos Tribunais de Contas dos Estados ou do Município ou dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios, onde houver. Em relação ao parecer prévio, este será emitido pelo órgão competente, sobre as contas que o Prefeito deve anualmente prestar, somente deixando de prevalecer por decisão de dois terços dos membros da Câmara Municipal.

Fazendo-se uma comparação com o Art. 71. da Carta Magna, segundo a qual o controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete, entre outras funções, a de apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio, que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento, percebe-se que há uma nítida e importante diferença.

Com efeito, há uma substancial diferença entre os pareceres prévios a serem emitidos pelos Tribunais de Contas da União, dos Estados e dos Municípios, uma vez que nos âmbitos federal e estadual a referida peça técnica não vincula os respectivos Poderes Legislativos, enquanto nos Municípios há uma certa vinculação, a medida que só deixará de prevalecer, isto é, somente não será seguido pelo Órgão Legiferante Municipal por decisão de dois terços dos seus membros. Daí a sua importância, a exigência de quorum qualificado para que não prevaleça o parecer emitido pelo órgão técnico.

Em relação às outras Funções Constitucionais, vale salientar que a fixação do coeficiente dos fundos de participação dos Municípios e dos Estados, assim como a dos fundos de compensação pelas exportações de produtos industrializados (IPI-Exportações) e de financiamento do Norte, Nordeste e Centro-Oeste (FNO, FNE e FCO), é de competência exclusiva do Tribunal de Contas da União, não sendo, portanto, extensiva aos Tribunais de Contas dos Estados ou Municipais. Tal compreensão é óbvia, uma vez que trata de disposição constitucional do art. 161, inciso II, alusiva a recursos Federais a serem repassados aos demais Entes com vistas a cumprir efetivamente o Princípio Republicano, diminuindo

as desigualdades existentes em nível interno, mediante a repartição das receitas. Não há, portanto, maiores implicações ou divergências, no ordenamento jurídico pátrio, acerca desta específica e reservada competência.

3.2. A QUESTÃO DA IMPLANTAÇÃO DO CONTROLE INTERNO NO ÂMBITO DOS DEMAIS ENTES PÚBLICOS

Reiteradamente, os Tribunais de Contas dos Estados e os dos Municípios têm determinado, em processos de contas e em inspeções, a necessidade de os Poderes Municipais implantarem os seus sistemas de controle interno de forma efetiva, cujos princípios norteadores se acham inseridos nos artigos 70 a 74 da Constituição Federal e em dispositivos das respectivas constituições. Entretanto, tal determinação não é das mais fáceis de cumprimento por parte dos Entes Públicos.

Na verdade, esta exigência implica na montagem de uma equipe multidisciplinar, constituída de contadores, engenheiros, advogados, economistas, entre outras categorias profissionais, devidamente treinados e com modernos recursos de informática à disposição. A mobilização de recursos a este fim destinados concorre com os mesmos recursos que seriam destinados, por exemplo, à construção e à manutenção de postos de saúde, escolas ou creches, que produziriam resultados imediatos e perfeitamente tangíveis na melhoria de vida das comunidades beneficiadas. Estas, por sua vez, sem ter o devido alcance e desconhecendo os benefícios decorrentes de um controle interno em pleno funcionamento, nunca reclamarão a sua implantação. A eficiência, a eficácia e a efetividade das ações públicas só podem ser garantidas se tiverem seus resultados devidamente avaliados. E esta competência, prevista na Constituição, é do Controle Interno.

Em virtude de a sociedade não obrigar o gestor a elencar o controle interno como item prioritário em sua agenda de políticas públicas, o legislador federal, através da Lei Complementar nº 101/2000, ampliou as competências inicialmente previstas na Constituição e obrigou a todos os Poderes a montar o seu sistema de controle, independente da vontade da população. Certo é que a implantação desta forma de controle é muito mais do que a simples alteração da estrutura do órgão e da nomeação de um singular servidor para assinar, por exemplo, os relatórios de gestão fiscal. O efetivo funcionamento de tão importante órgão da administração pública depende, na realidade, dos escassos recursos financeiros, cuja fonte o mencionado diploma normativo não conseguiu assegurar, embora preveja que a União preste assistência técnico e financeiro aos Municípios para a modernização das respectivas administrações financeira, tributária, patrimonial e previdenciária.

Daí, o questionamento: como 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? É uma resposta que demandará um certo tempo para ser respondida em sua integralidade, tempo este que deverá coincidir com a paulatina implantação dos controles internos em níveis Estadual e Municipal.

3.3. OS PREFEITOS COMO ORDENADORES DE DESPESAS FRENTE AOS RESPECTIVOS TRIBUNAIS DE CONTAS

Como regra geral, o Tribunal de Contas emite parecer prévio sobre as contas anuais de governo prestadas pelo Chefe do Poder Executivo, nas quais engloba-se a prestação de contas da respectiva unidade/esfera de governo sob o aspecto macro do orçamento. Isso o faz com base em prescrição Constitucional.

Contudo, não se pode olvidar o fato de que é atribuição dos Tribunais de Contas a competência de julgar as contas levando-se em conta três aspectos básicos: a pessoa,

qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada; a ação destas pessoas, isto é, a utilização, a arrecadação, a guarda, a gerência ou a administração dos recursos públicos; e o objeto da ação, qual seja, bens, dinheiros e valores públicos.

A situação em que o chefe do Poder Executivo atua como ordenador de despesas ocorre principalmente nos pequenos municípios e, nesses casos, ele se submete a duplo julgamento. Um político, perante o Poder Legislativo local, precedido de parecer prévio, de natureza eminentemente técnica, emitido pelo Tribunal de Contas; outro, técnico e definitivo, a cargo exclusivamente do Tribunal de Contas.

Essa questão, entretanto, não é pacífica na jurisprudência pátria, mais precisamente no que se refere ao tema "inelegibilidade", uma vez que o Tribunal Superior Eleitoral tem firmado entendimento de que os chefes do Executivo, nas esferas federal, estadual e municipal, têm suas contas anuais apreciadas pelo órgão legislativo, exercendo o Tribunal de Contas função meramente auxiliar e técnica. Tal posicionamento tem sido adotado pelo TSE no julgamento de diversos casos concretos, sem vinculação, portanto, aos demais casos.

Exemplo disto pode ser apontado em julgamento de Recurso Especial Eleitoral de nº 29.535 – classe 32ª - Catingueira/PB, eleições 2008, sob a relatoria do Ministro Marcelo Ribeiro, no qual foi decidido, por quatro votos a três, que a Câmara de Vereadores é órgão competente para apreciar as contas do Prefeito Municipal e que a desaprovação das contas pelo tribunal de Contas não é suficiente para que se conclua pela inelegibilidade do candidato.

Neste norte, tem-se propugnado um sistema misto para o julgamento das contas prestadas pelos Prefeitos Municipais: um de natureza política, pela Câmara de Vereadores – relativamente aos atos políticos -, e outro de natureza técnica, pelos Tribunais de Contas – relativamente aos atos de gestão -, caso atuem também como ordenadores de despesas. A tendência é que esse entendimento, especialmente no âmbito das Cortes Superiores, evolua no sentido de se chegar definitivamente a uma interpretação dos dispositivos constitucionais que diz respeito à apreciação e ao julgamento das contas prestadas pelo Prefeito Municipal.

Convém ressaltar que, na prática, os Tribunais de Contas, regra geral, adotam o seguinte posicionamento, relativamente às contas prestadas pelo Prefeito Municipal: 1. emitem parecer prévio sobre os atos de governo, em auxílio à Câmara Municipal, que procede ao julgamento político; e 2. julgam os atos de gestão, em caráter técnico e definitivo, concluindo pela legalidade ou ilegalidade dos atos praticados pelo prefeito, na qualidade de ordenador de despesas.

Desta forma, o julgamento do prefeito ordenador de despesas produz os mesmos efeitos do julgamento de qualquer outro administrador pela Corte de Contas, significando que deve constar o nome do prefeito na lista dos ordenadores de despesas inelegíveis elaborada pelo Tribunal de Contas para a Justiça Eleitoral, conforme legislação atinente à matéria.

4. CONCLUSÕES

É de se destacar a importância do tema ora discorrido frente às exigências crescentes da sociedade, no sentido de se ver realizada uma política pública efetivamente voltada para os seus interesses e que represente substancialmente os seus anseios e necessidades emergentes e em constante mutação. Tal exigência manifesta-se no amadurecimento das instituições sociais participativas ao longo da consolidação democrática pela qual o País vem passando, em especial após a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Neste contexto, fundamentada no permissivo constitucional, não apenas as referidas instituições sociais peregrinam em busca do cumprimento, com eficiência, dos propósitos que lhes são constantemente e periodicamente prometidos por aqueles que os representam, como também os Entes Estatais se vêem no dever de agirem conforme as expectativas dos legítimos titulares da coisa, ou patrimônio público, o povo. Daí a preocupação dos Constituintes de 1988 em lhes garantir meios e instrumentos de controle da boa aplicação dos recursos públicos disponíveis, mediante a atuação, tanto conjunta quanto individual, dos órgãos de controle externo repetidamente mencionados no presente artigo.

Essa atividade, como vista nas linhas precedentes, está consubstanciada no exercício das funções constitucionais do controle externo, as quais passam por um processo de aperfeiçoamento e reestruturação em virtude da modernização pela qual atravessa a Administração Pública no Brasil. Neste norte, inteligente foi o texto Constitucional dedicado ao tema ora apresentado, ao determinar que se lhe aplique, por extensão, e, no que couber, aos demais Entes Estatais.

Por conseguinte, ao se expor os ditames constitucionais que regem esta matéria, de modo a não se perder a essência do ali disposto, especialmente ao se fazer remissão a este alargamento das funções constitucionais de Controle Externo aos Estados e Municípios, percebe-se que não menos importante é o controle externo destes Entes pelas respectivas casas legislativas – as Assembléias e Câmaras, respectivamente. Não poderia ser diferente, em virtude do caráter centrífugo da nossa Federação.

Desta forma, tendo em vista os objetivos perseguidos na abordagem deste tema, pode-se considerar que foram aqui postos em relevância os principais aspectos acerca dos mecanismos constitucionais de que dispõe a sociedade para acompanhar a gestão dos recursos públicos, indicando-se, de início, os dois órgãos constitucionais incumbidos da fiscalização contábil, financeira e orçamentária, bem como os obrigados a prestação de contas a ser objeto da dita fiscalização e o papel da sociedade como agente fiscalizador natural e os mecanismos de que ela dispõe para o controle das atividades da Administração Pública.

Na etapa seguinte, foram disseminadas as principais funções constitucionais de controle externo no âmbito dos três níveis de governo, enfocando-se as suas principais características e a importância da atuação dos Tribunais de Contas em auxílio ao exercício desse controle, ora atuando conjuntamente com o Poder Legislativo, ora atuando por solicitação, ou por iniciativa própria, em obediência aos preceitos constitucionais distribuídos pelos incisos do artigo 71 da Constituição Federal.

A etapa conclusiva destinou-se, sobretudo, a ressaltar as funções constitucionais de controle externo que se aplicam aos demais níveis de governo, sendo de suma importância tal indicação por dar cumprimento à prescrição constitucional inserta na combinação dos artigos 71 e 75 da Magna Carta.

A par disso, não são poucos os doutrinadores que se aprofundam no tema em tela, o qual requer para os mais curiosos uma constante pesquisa e acompanhamento da modernização da Administração Pública com vistas ao aperfeiçoamento e adequação das atividades administrativas às determinações legais regulamentadoras das funções de Controle Externo. Destarte, é recomendável que se busque, em escritos daqueles estudiosos, as explicitações e esclarecimentos que melhor reproduzam a eficácia desse controle que, como se depreende, está em constante mutação e aperfeiçoamento.

Assim, finaliza-se a presente matéria, sem prejuízo da observância e da abertura que se deve ter em mente em relação à dinâmica proposta pelo texto constitucional ao prescrever verdadeiras competências a serem seguidas pelos Tribunais de Contas, devendo,

em razão disto, esse órgão estar em crescente atualização, a fim de consolidar os anseios de uma sociedade sempre mais exigente com o cumprimento efetivo dos programas propostos pelas políticas públicas visando atender as suas demandas

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 2008.

DI PIETRO, Maria Sílvia. *Direito Administrativo*. 19 ed.- São Paulo: Atlas, 2006.

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

FERNANDES, Flávio Sátiro. *Lições de Direito Administrativo*.Belo Horizonte: Fórum, 2007.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tomada de contas especial: processo e procedimento nos tribunais de contas e na administração pública*. – 1. ed. – Brasília, DF: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996.

FERRAZ, Luciano de Araújo. *Controle da administração pública: elementos para a compreensão dos Tribunais de Contas*. – Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

FIGUEIRÊDO, Carlos Maurício Cabral, 1965 – 4. ed. *Lei de responsabilidade fiscal: teoria, jurisprudência e questões*. – 4. ed. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

LIMA, Luiz Henrique, 1960. *Controle externo: teoria, legislação, jurisprudência e questões de concursos*. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26. ed. - São Paulo: Malheiros, 2001.

MELO, Renato Sergio Santiago. *Tribunais de Contas: uma teoria geral*. – João Pessoa: A União, 2005.

MILESKI, Helio Saul. *O controle da gestão pública*. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de direito financeiro*. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

PASCOAL, Valdecir Fernandes. *Direito financeiro e controle externo: teoria, jurisprudência e 370 questões de concursos públicos* (atualizado com a lei de responsabilidade fiscal – LRF). – 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24ª ed., revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editoras, 2004.

TCU, Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União: Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992. www.TCU.gov.br/Institucional/Legislação/Orgânica, 2008.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário*. V. 5, 2. ed. – Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

DECISÕES E PARECERES

DECISÃO DO TRIBUNAL PLENO

Processo TC nº 00052/10

CONSULTA formulada pela Prefeitura Municipal de Riachão. Rejeição total de projeto de lei orçamentária. Conhecimento. Aprovação da LDO e do PPA não supre a ausência da LOA. Possibilidade de realizar a execução do orçamento com base no § 8º, art. 166, da CF.

Relator: Conselheiro Fábio Túlio Filgueiras Nogueira

RELATÓRIO:

Versam os presentes autos sobre Consulta formulada pela Prefeitura Municipal de Riachão; subscrita pelo Prefeito constitucional, Sr. Paulo da Cunha Torres, que, em face da rejeição total do projeto de lei orçamentária, solicita os seguintes esclarecimentos, *in verbis*:

> *1. Qual a base legal para a realização das despesas no âmbito do Município de Riachão, já que a proposta orçamentária foi rechaçada e degolada pelo Poder Legislativo dessa municipalidade, conforme Ofício nº 026/2009 e Ata da referida sessão acostados, acompanhados inclusive dos Pareceres das Comissões daquela Casa, aprovando preliminarmente?*
> *2. Uma vez aprovados os Projetos que tratam das Diretrizes Orçamentárias para o exercício financeiro de 2010 e Plano Plurianual – PPA, para os exercícios financeiros de 2010 a 2013, convertidos nas Leis acima declinadas, serão essas suficientes para acobertar a realização das despesas municipais?*
> *3. Ante a inexistência de Lei Orçamentária para o Exercício vigente pelos motivos acima expostos, pode a Lei Orçamentária de 2009 servir de parâmetro para amparar a destinação das despesas realizadas? Enfim. Como será a classificação das despesas, abertura de créditos adicionais e suplementares durante o exercício financeiro atual?*

A presente consulta foi submetida à Consultoria Jurídica deste TCE, cujo parecer, de fls. 19/26, informou que a mesma não preenche os requisitos de admissibilidade exigidos no art. 3º, da RN TC nº 02/05, por se tratar de caso concreto, no entanto, em virtude das consequências relevantes dos fatos narrados, propôs que o expediente fosse conhecido e submetido ao Egrégio Tribunal Pleno na forma regimental.

Ainda, informou contar nesta Corte precedente. Trata-se do Parecer Normativo TC n° 93/98, exarado no Processo TC n° 2256/98 e consubstanciado no Parecer PROGE n° 407/98, da lavra do Procurador Marcílio Toscano Franca Filho, que assim decidiu, à vista da inação do Poder Legislativo Municipal em cumprir sua missão constitucional que lhe é destinada, pela imediata promulgação como lei do projeto de orçamento enviado pela Prefeitura de Lagoa Seca à Câmara dos Vereadores. Segundo a Assessoria Jurídica, a decisão poderia ser extensiva ao vertente caso, alterando-se, apenas, o termo promulgação por sanção, haja vista aquele ato ser de competência exclusiva do Legislativo.

Diante da manifestação da CONJU, a Presidência, em 14/01/2010, determinou a formalização de Processo de Consulta. O Relator do feito, por entender que a consulta versa eminentemente sobre matéria de direito, bem como, para dar maior celeridade à resposta, remeteu os autos à PROGE para emissão de parecer opinativo.

Em breves considerações, o douto Procurador-Geral Marcílio Toscano Franca Filho, colocou que cuidam os autos de "questão concretíssima, que desautoriza uma resposta em tese", todavia, recomenda o excepcional conhecimento da consulta, a fim de se evitar maiores danos às finanças locais e à população que depende dos serviços públicos municipais.

Ressaltou divergência pontual em relação à manifestação da CONJU, tendo em vista tratar de hipótese fática distinta do Processo suscitado. Enquanto neste tem-se a rejeição a projeto de lei

orçamentária, aquele reza sobre omissão legislativa. Por fim, opina que, para a hipótese descrita nos autos, a Constituição Federal tem expressa solução em seu art. 166, § 8°, como também, que "tal medida não desincumbe a Prefeitura de negociar a aprovação de um novo orçamento para a edilidade no prazo mais curto possível".

VOTO DO RELATOR:

Segundo a Lei Orgânica desta Corte, a Consulta deve versar sobre dúvidas na aplicação, em tese, de dispositivos legais e regulamentadores concernentes à matéria de competências deste Tribunal. Em que pese a pretensa consulta não atender aos requisitos necessários para ensejar resposta deste Tribunal Pleno, haja vista tratar de caso concretíssimo, em virtude da relevância e excepcionalidade da situação vivida pelo Município da Riachão passo a conhecê-la, incorporando o entendimento Ministerial.

Convém estabelecer que a matéria em debate, apesar de seu vulto, não encontra, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, convergência, sendo porém majoritária a corrente que defende a aplicação do § 8°, do art. 166, da Carta Magna.

Ao se defrontar com situação idêntica, o TCE-RS em resposta a Consulta encartada no Processo n° 7719-02.00/99-3, em 22/03/2000, através do Parecer n° 03/2000, trouxe a seguinte decisão:

> *Créditos Adicionais. Consulta. Lei de Orçamento rejeitada. Abertura de Créditos Especiais aprovada pela Câmara Municipal. Necessidade de suplementação. Possibilidade, nos termos do § 8° do art. 166 da Constituição Federal. Exigência de prévia e específica autorização legislativa.*

Neste diapasão, o Conselheiro Hélio Milesk (TCE-RS), em Parecer nº 72/92, já havia assim pugnado:

> *Sendo assim, inexistindo orçamento a ser executado no exercício de 1992, a única alternativa constitucional viável para minorar as consequências de tal ato, é do Poder Executivo administrar o município através de créditos especiais, cuja abertura depende de autorização legislativa.*

De mesmo norte, Hely Lopes Meireles[1]:

> *A rejeição do projeto de lei orçamentária, que ensejou larga controvérsia doutrinária entre os que propugnavam pela continuidade do orçamento anterior e os que admitiam a promulgação da proposta rejeitada, está agora prevista expressamente na Constituição Federal (art. 166, § 8º), que, nesse caso, permite a utilização dos recursos mediante créditos especiais com prévia e específica autorização legislativa. Como se vê a Constituição atual não adotou nem uma corrente nem outra, optando pela ausência de orçamento na hipótese de rejeição.*

Na mesma senda, José Afonso da Silva[2]:

> *A Constituição não admite a rejeição de projeto de lei de diretrizes orçamentárias (...). Mas, admite a possibilidade de rejeição do projeto de lei orçamentária anual, quando, no art. 166, § 8º, estatui que os recursos que, em decorrência de veto, emenda ou rejeição de projeto de lei orçamentária anual, ficarem sem despesas correspondentes poderão ser utilizados, conforme o caso, mediante créditos especiais ou suplementares, com prévia e específica autorização legislativa.*
> *(...)*
> *(...). A Constituição dá a solução possível e plausível dentro de técnica do direito orçamentário: as despesas, que não podem efetivar-se senão devidamente autorizadas pelo Legislativo, terão que ser autorizadas prévia e especificamente, caso a caso, mediante lei de abertura de créditos especiais.*

O Ministério Público Especial, de forma sintética e escorreita, opina no sentido da possibilidade de abertura de créditos suplementares ou especiais, conforme art. 166, § 8º, da Carta Cidadã, guardando estrito paralelismo com a posição adotada pelo TCE-RS.

O Órgão Ministerial aduz que há um fosso a separar a hipótese em apreço daquela que resultou na emissão, por parte desta Corte, do Parecer Normativo TC nº 93/98. Naquela houve o silêncio do Legislativo, nesta vislumbra-se uma deliberação legítima da Câmara Municipal, que "exerceu a sua prerrogativa constitucional de participar do

1 *MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Municipal Brasileiro, São Paulo: Malheiros, 1998, 10ª ed., p. 569.*

2 *SILVA, José Afonso da. O Município na Constituição de 1988, São Paulo: Ed. RT, 1989, p 58.*

processo legislativo-orçamentário, mostrando a sua discordância em relação ao projeto de lei orçamentária do Executivo".

Antes de trazer a superfície a minha posição, sinto-me forçado a esclarecer que a participação do Legislativo no processo orçamentário está regulada na Constituição e é de toda salutar, posto que este, em última análise, é o legítimo representante da sociedade. Considerando que a LOA é lei ordinária, a participação epigrafada, muito bem disciplinada na CF, abrange a análise e emissão de parecer sobre o projeto de lei orçamentário enviado (art. 166, § 1°), a proposição de emendas (art. 166, § 2° e 3°), a apreciação de veto do Executivo (art. 66, § 4°), bem como aprovação (art. 65) ou rejeição do aludido projeto de lei, com consequente arquivamento (arts. 65 e 166, § 8°).

O parágrafo 8°, art. 166, da Constituição Federal assim estabelece:

> *Art. 166 (...)*
> *§ 8º - Os recursos que, em decorrência de veto, emenda ou rejeição do projeto de lei orçamentária anual, ficarem sem despesas correspondentes poderão ser utilizados, conforme o caso, mediante créditos especiais ou suplementares, com prévia e específica autorização legislativa.*

Neste sentido, a corrente majoritária de doutrinadores, aliada a alguns julgados importantes, acena que o desfraldar desta contenda passa obrigatoriamente pelo disposto no § 8°, do art. 166, da CF, ou seja, a abertura de créditos especiais prévia e especificamente autorizados pelo Legislativo, entendimento ao qual me acosto.

Respondendo a outro questionamento do consulente, enquanto a Lei de Diretrizes Orçamentárias, entre outras, tem a função de balizar a elaboração da proposta de orçamento anual, o Plano Plurianual institui diretrizes para as despesas de capital e de programas de duração continuada. Já a Lei Orçamentária Anual contém a autorização para execução do orçamento. Considerando que o gestor da coisa pública está vinculado à observância estrita do Princípio da Legalidade, não obstante a aprovação da LDO e do PPA, estes instrumentos normativos não substituem a LOA, por razões materiais.

Feitas todas as ponderações pertinentes, voto, arrimado nos termos do Parecer Ministerial, da forma que segue:

- A aprovação da LDO e do PPA não supre a ausência da Lei Orçamentária Anual para acobertar a realização das despesas municipais;
- Ante a hipótese de rejeição total, por parte do Legislativo, o orçamento corrente poderá ser executado mediante a abertura de créditos especiais, com prévia e específica autorização Legislativa, conforme § 8°, art. 166 da CF.

DECISÃO DO TRIBUNAL PLENO

Vistos, relatados e discutidos os autos do Processo TC n° 00052/10, 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:

- A aprovação da LDO e do PPA não supre a ausência da Lei Orçamentária Anual

para acobertar a realização das despesas municipais;
- Ante a hipótese de rejeição total, por parte do Legislativo, o orçamento corrente poderá ser executado mediante a abertura de créditos especiais, com prévia e específica autorização Legislativa, conforme § 8°, art. 166 da CF.

Publique-se, registre-se e cumpra-se.
TCE-Plenário Ministro João Agripino

DECISÃO DO TRIBUNAL PLENO

Processo TC nº 03661/2007

DENÚNCIA. Administração Direta Municipal. Prefeitura Municipal de Monteiro. Procedência em parte. Imputação de débito. Aplicação de multa. Devolução de recursos ao FUNDEB. Recomendações.

Relator: Conselheiro Arthur Paredes Cunha Lima

RELATÓRIO

O Processo, originariamente, trata de Inspeção Especial tendo como base Denúncia anônima, encaminhada a Ouvidoria do TCE-PB, contra a ex-Prefeita Municipal de Monteiro, Sra. Maria de Lourdes Aragão Cordeiro, em virtude de possíveis irregularidades ocorridas na gestão de pessoal, envolvendo recursos do FUNDEB, durante o exercício de 2007. Posteriormente, por se tratar de matéria conexa ao presente Processo, foi anexada a Denúncia formalizada através do Processo TC 01667/09.

A Denunciada trouxe aos autos documentação de fls. 1365/1371 e 1956/1959 relativa a sua defesa, tendo o Órgão Técnico de Instrução, após a devida análise (vide fls. 1963/1967), concluído pela permanência das seguintes irregularidades:

- Defesa anexada às fls. 1365/1371 vol. V:

a) Pagamento de salários, com recursos do FUNDEB 60%, a professora que reside na cidade de João Pessoa. Sugere-se que o valor de R$ 2.157,43 seja devolvido, com recursos próprios do Município, à conta do Fundo (item 1.1 da instrução inicial);
b) Não pagamento do 1/3 de adicional de férias aos servidores do Município, contrariando o disposto no inciso XVII, art. 7º da Constituição Federal (item 2.2 da instrução inicial);
c) Pagamento de salários, com recursos FUNDEB 60%, a professores que estão em desvio de função. Sugere-se que o valor de R$ 15.661,93 seja devolvido, com recursos próprios do Município, à conta do Fundo (item 1.2 da instrução inicial);
d) Pagamento de salários com recursos do FUNDEB 40%, a servidores que não têm qualquer ligação com a educação. Sugere-se que o valor de R$ 45.812,71 seja devolvido, com recursos próprios do Município, à conta do Fundo (item 1.3 da instrução inicial).

- Defesa anexada às fls. 1956/1959 vol. VII:
a) Procedência da denúncia em relação às servidoras, Sra. Marlene Bispo Sobral e Sra. Fabiola Michele Martins, sendo ainda constatada a ocorrência de mais 142 pessoas (servidores) que, como as servidoras citadas, não constavam na lista de

freqüência dos respectivos órgãos e/ou estavam de licença ou à disposição de outros órgãos, sem a documentação comprobatória.

O Órgão Ministerial junto a este Tribunal, após análise minuciosa dos fatos alegados, emitiu parecer de fls. 1969/1977, pugnando, em síntese:

1. Recebimento e procedência parcial da denúncia, na esteira do proposto pela Unidade Técnica de Instrução, ressalvando-se apenas as despesas efetuadas com pagamento de salários de professoras que residem na cidade de João Pessoa, no valor de R$ 2.157,43, que deve ser objeto de imputação à ex-gestora, Sra. Maria de Lourdes Aragão Cordeiro, tendo em vista a não comprovação da prestação dos serviços, conforme acentuou a própria Unidade Técnica, às fls. 1324;
2. Aplicação de multa à ex-gestora, Sra. Maria de Lourdes Aragão Cordeiro, com fulcro no art. 56, II da LOTCE;
3. Devolução do montante de R$ 61.474,64, à conta específica do FUNDEB, com recursos próprios do Município;
4. Recomendação à Administração Municipal de Monteiro no sentido de guardar estrita observância aos termos da Constituição Federal, das normas infraconstitucionais e ao que determina esta Egrégia Corte de Contas em suas decisões, evitando a reincidências das falhas mencionadas, especialmente aquela contida no item 5 do relatório de fls. 1963/1967.

É o Relatório.

VOTO DO RELATOR

Considerando que as falhas questionadas correspondem ao exercício de 2007, não prosperando as alegações da defesa de que o objeto da presente denúncia já fora apurado quando da análise da Prestação de Conta de 2006, Processo TC 02304/07, formalizada através do Parecer PPL-TC 00017/09 e do Acórdão APL-TC 00092/09, devendo, desta forma, haver a devolução dos valores pagos à conta do FUNDEB, com recursos próprios do Município;

Considerando que o gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal é regramento preceituado no art. 7º da Constituição Federal que, entretanto, não foi observado pelo Município quando do pagamento de seus servidores, devendo o lapso ser reparado, caso ainda persista a situação;

Considerando o fato da existência de servidoras, aí incluídas a Sra. Marlene Bispo Sobral e a Sra. Fabíola Michele Martins, que não constavam na lista de freqüência dos respectivos órgãos e/ou estavam de licença ou à disposição de outros órgãos, sem que a defesa tenha apresentado a documentação comprobatória da legalidade das situações de afastamento e licença, ocorrendo, por conseguinte, o pagamento sem a efetiva prestação de serviços; e considerando que em relação às despesas efetuadas, utilizando-se recursos do FUNDEB 60%, para pagamento de salários a professora que reside na cidade de João Pessoa, no valor de R$ 2.157,43, o referido montante deve ser imputado a ex-gestora, Sra. Maria de Lourdes Aragão Cordeiro, tendo em vista a não comprovação da prestação dos serviços, conforme acentuado pela auditoria às fls. 1324;

Este Relator vota pela:

1) Procedência em parte da presente denúncia contra a ex-Prefeita Municipal de Monteiro, Sra. Maria de Lourdes Aragão Cordeiro, em virtude de possíveis irregularidades ocorridas na gestão de pessoal, envolvendo recursos do FUNDEB, durante o exercício de 2007;
2) Imputação de débito no valor de R$ 2.157,43 à ex-gestora do Município de Monteiro, Sra. Maria de Lourdes Aragão Cordeiro, assinando-lhe o prazo de 30 (trinta) dias para que proceda ao recolhimento do supracitado montante à conta do FUNDEB 60%, sob pena de cobrança executiva desde logo recomendada;
3) Aplicação de multa pessoal, no valor de R$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais), à ex-Prefeita Municipal de Monteiro, Sra. Maria de Lourdes Aragão Cordeiro, nos termos do que dispõe o inciso II e III do art. 56 da Lei Orgânica deste Tribunal, assinando-lhe o prazo de 30 (trinta) dias para que proceda ao recolhimento do supracitado montante, sob pena de cobrança executiva desde logo recomendada;
4) Devolução, pela atual Gestão Municipal de Monteiro, do montante de R$ 61.474,64, à conta do FUNDEB, com recursos próprios do Município, sendo R$ 15.661,93 relativos ao FUNDEB 60% e R$ 45.812,71 referentes ao FUNDEB 40%, assinando-lhe o prazo de 60 (sessenta) dias para o cumprimento desta determinação, sob pena de aplicação de multa;
5) Recomendação à atual Administração Municipal de Monteiro no sentido de guardar estrita observância aos termos da Constituição Federal, das normas infraconstitucionais e ao que determina esta Egrégia Corte de Contas em suas decisões, evitando a reincidência das falhas mencionadas.

É o voto.

DECISÃO DO TRIBUNAL PLENO

Vistos, relatados e discutidos os autos do PROCESSO TC- 03661/07, ACORDAM os MEMBROS do TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DA PARAÍBA (TCE-PB), à unanimidade, na sessão realizada nesta data, em:

1) **Julgar** Procedente em parte da presente denúncia contra a ex-Prefeita Municipal de Monteiro, Sra. Maria de Lourdes Aragão Cordeiro, em virtude de possíveis irregularidades ocorridas na gestão de pessoal, envolvendo recursos do FUNDEB, durante o exercício de 2007;

2) **Imputar** débito no valor de R$ 2.157,43 à ex-gestora do Município de Monteiro, Sra. Maria de Lourdes Aragão Cordeiro, assinando-lhe o prazo de 30 (trinta) dias para que proceda ao recolhimento do supracitado montante à conta do FUNDEB 60%, sob pena de cobrança executiva desde logo recomendada;

3) **Aplicar multa** pessoal, no valor de R$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais), à ex-Prefeita Municipal de Monteiro, Sra. Maria de Lourdes Aragão Cordeiro, nos termos do que dispõe o inciso II e III do art. 56 da Lei Orgânica deste Tribunal, assinando-lhe o prazo de 30 (trinta) dias para que proceda o recolhimento do supracitado montante, sob pena de cobrança executiva desde logo recomendada;

4) **Determinar** a devolução, pela atual Gestão Municipal de Monteiro, do montante de R$ 61.474,64, à conta do FUNDEB, com recursos próprios do Município, sendo R$ 15.661,93 relativos ao FUNDEB 60% e R$ 45.812,71 referentes ao FUNDEB 40%, assinando-lhe o prazo de 60 (sessenta) dias para o cumprimento desta determinação, sob pena de aplicação de multa;

5) **Recomendar** à atual Administração Municipal de Monteiro no sentido de guardar estrita observância aos termos da Constituição Federal, das normas infraconstitucionais e ao que determina esta Egrégia Corte de Contas em suas decisões, evitando a reincidência das falhas mencionadas.

Publique-se, intime-se, registre-se e cumpra-se.

DECISÃO DO TRIBUNAL PLENO

Processo TC nº 03021/08

PODER EXECUTIVO ESTADUAL – ADMINISTRAÇÃO INDIRETA – INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA – ATO DE GESTÃO DE PESSOAL – CONCESSÃO DE PENSÕES VITALÍCIAS E TEMPORÁRIA – VINCULAÇÃO DO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO DA ANTIGA ESPOSA AO PERCENTUAL FIXADO ANTERIORMENTE PARA OS ALIMENTOS – IMPOSSIBILIDADE. A pensão por morte enseja a divisão do pecúlio em partes iguais entre os dependentes da mesma classe preferencial, *ex vi* do estabelecido no art. 24, inciso XII, da Constituição Federal c/c o art. 16, o art. 76, § 2º, e o art. 77, todos da Lei Nacional n.º 8.213/1991. Irregularidade nos cálculos. Possibilidade de saneamento. Necessidade de fixação de prazo para correção. Atribuição da entidade previdenciária, diante do disposto no art. 4º, § 1º, da Lei Estadual n.º 7.517/2003. Assinação de lapso temporal para o restabelecimento da legalidade.

Relator: Auditor Substituto de Conselheiro Renato Sérgio Santiago Melo

RELATÓRIO

Cuidam os autos do presente processo da análise das pensões vitalícias concedidas as Sras. Avani Mendes Fernandes e Dijacira Alves da Silva Fernandes, bem como da pensão temporária outorgada à jovem Francisca Leidiane Alves da Silva Fernandes.

No presente feito, os peritos da Divisão de Auditoria de Atos de Pessoal e Gestão Previdenciária – DIAPG destacaram, sumariamente, fls. 26 e 58/59, que os cálculos das pensões elaborados pela PARAÍBA PREVIDÊNCIA – PBPREV, apesar de regulares, estavam em dissonância com o entendimento da Corte exarado nos autos do Processo TC n.º 07619/05, atualmente em fase de recurso de reconsideração, tendo em vista que o percentual do benefício pago a Sra. Avani Mendes Fernandes era o mesmo estabelecido pela justiça para a pensão alimentícia paga à antiga consorte do servidor falecido, Sr. Arthefio Fernandes de Medeiros, qual seja, 30% (trinta por cento) dos vencimentos líquidos do ex-marido. Mencionaram também que a controvérsia acerca do correto percentual de cada pensão é de interesse apenas das beneficiárias, não devendo esta Corte adentrar nesta seara.

O Ministério Público junto ao Tribunal, fls. 61/63, com base em jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – STJ, opinou pela legalidade dos atos concessivos das pensões analisadas e dos valores dos benefícios, com o deferimento dos respectivos registros.

A egrégia 1ª Câmara deste Sinédrio de Contas, através do Acórdão AC1 – TC – 0161/10, fls. 64/67, diante da relevância da matéria, decidiu avocar o caso para o colendo Tribunal Pleno.

Solicitação de pauta inicialmente para a sessão do dia 24 de novembro do corrente, conforme fls. 70/71, e adiamento para a presente assentada, consoante ata.

É o relatório

VOTO DO RELATOR

Como é do conhecimento de todos, cabe inicialmente realçar que a Constituição Federal é superior ao restante do ordenamento jurídico pátrio, não podendo, portanto, seus dispositivos serem dispensados ou alterados pelo legislador infraconstitucional. Da mesma forma é importante destacar que a *Lex Legum* estabelece, na repartição das competências, as matérias próprias de cada um dos entes federados, sendo as regras atinentes à previdência social regulamentadas, de forma geral, pela União (art. 24, inciso XII), *in verbis*:

> *Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:*
> *I – (...)*
> *XII – previdência social, proteção e defesa da saúde;*

Portanto, as aposentadorias e pensões outorgadas pela PARAÍBA PREVIDÊNCIA – PBPREV devem ser concedidas em total consonância com as normas previstas na Lei Maior, bem como na Lei Nacional n.º 8.213, de 24 de julho de 1991 (Lei de Benefícios da Previdência Social), sendo de bom alvitre enfatizar, para o caso em comento, a necessidade imperiosa da aplicação do disciplinado no art. 16, inciso I, c/c os arts. 76, § 2º, e 77, todos da referida lei, *verbo ad verbum*:

> *Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:*
> *I – o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido.*
> *(...)*
>
> *Art. 76. (omissis)*
> *§ 1º (...)*
> *§ 2º O cônjuge divorciado ou separado judicialmente ou de fato que recebia pensão de alimentos concorrerá em igualdade de condições com os dependentes referidos no inciso I do art. 16 desta Lei.*
>
> *Art. 77. A pensão por morte, havendo mais de um pensionista, será rateada entre todos em parte iguais.*

Neste sentido, trazemos à baila decisões do eg. Superior Tribunal de Justiça – STJ,

que ao apreciar o caso, deliberou sobre a necessidade de rateio em partes iguais da pensão por morte entre todos os beneficiários, *ipsis litteris*:

> *PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. PENSÃO POR MORTE. RATEIO EM PARTES IGUAIS ENTRE A EX-ESPOSA E A ATUAL ESPOSA. ARTS. 16, I; 76, § 2º E 77 DA LEI 8.213/91. RECURSO ESPECIAL DO INSS PROVIDO. 1. O art. 76, § 2º da Lei 8.213/91 é claro ao determinar que o cônjuge divorciado ou separado judicialmente e que recebe pensão alimentícia, como no caso, concorrerá em igualdade de condições com os demais dependentes elencados no art. 16, I do mesmo diploma legal. 2. Por sua vez, o artigo 77 da Lei de Benefícios Previdenciários dispõe que, havendo mais de um pensionista, a pensão por morte será rateada entre todos em partes iguais.* (STJ – 5ª Turma – REsp nº 969591/RJ, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Diário da Justiça Eletrônico, 06 set. 2010)

> *PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL INTERPOSTO EM FACE DE DECISÃO QUE NEGOU SEGUIMENTO AO RECURSO ESPECIAL. RECONSIDERAÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. PENSÃO POR MORTE. RATEIO EM PARTES IGUAIS ENTRE EX-ESPOSA E COMPANHEIRA. ARTS. 16, I; 76, § 2º E 77 DA LEI 8.213/91. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO PARA DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL DA FUNCEP. 1. O art. 76, § 2º da Lei 8.213/91 é claro ao determinar que o cônjuge divorciado ou separado judicialmente e que recebe pensão alimentícia, como no caso, concorrerá em igualdade de condições com os demais dependentes elencados no art. 16, I do mesmo diploma legal. 2. Por sua vez, o artigo 77 da Lei de Benefícios Previdenciários dispõe que, havendo mais de um pensionista, a pensão por morte será rateada entre todos em partes iguais.* (STJ –5ª Turma – AgRg no REsp nº 793405/RJ, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Diário da Justiça Eletrônico, 22 fev. 2010) (grifos nossos)

Comungando com o supracitado entendimento, reportamo-nos, desta feita, a deliberações do respeitável Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba – TJPB, que também sedimentou remansosa jurisprudência acerca da matéria, *verbum pro verbo*:

> *PREVIDENCIÁRIO – Mandado de Segurança – Pensão por morte de ex-segurado – Dependentes – Rateio em partes iguais – Aplicação do art. 77 da Lei 8.213/91 – Vinculação ao percentual fixado para pensão alimentícia da ex-esposa – Impossibilidade – Concessão do Mandamus. Lei 8213/91, Art. 77. A pensão por morte, havendo mais de um pensionista, será rateada entre todos em partes iguais. Artigo, parágrafos e incisos com a redação dada pela Lei nº 9.032, de 28.04.1995 – Não há previsão legal e nem lógica, em se tratando de ex-esposa que recebia pensão alimentícia, de se vincular o percentual fixado para os alimentos ao percentual do rateio na pensão por morte, mormente porque, além de se tratar*

de benefícios diversos, causaria uma enorme disparidade entre os dependentes da mesma classe preferencial art. 16 c/c art. 77, da L. 8213/91. (TJPB – Tribunal Pleno – MS nº 999.2007.000164-2/001, Rel. Des. Genésio Gomes Pereira Filho, Diário da Justiça, 07 ago. 2008)

PREVIDENCIÁRIO – Mandado de Segurança – Pensão por morte – Redução do percentual percebido pela impetrante – Segurado que possuía mais de uma dependente – Rateio que deve ser efetuado em partes iguais – Direito líquido e certo – Aplicação da Súmula nº 271 do STF – Concessão da segurança. Lei 8213/91 Art. 77. A pensão por morte, havendo mais de um pensionista, será rateada entre todos em partes iguais. Artigo, parágrafos e incisos com a redação dada pela Lei nº 9.032, de 28.04.1995. Não há previsão legal e nem lógica, em se tratando de ex-esposa que recebia pensão alimentícia, de se vincular o percentual fixado para os alimentos ao percentual do rateio na pensão por morte, mormente porque, além de se tratar de benefícios diversos, causaria uma enorme disparidade entre os dependentes da mesma classe preferencial art. 16, L. 8213/91. – A sentença mandamental pode produzir efeitos patrimoniais no que tange os valores compreendidos entre a impetração e a concessão da segurança, podendo, inclusive, a sentença de procedência funcionar como título executivo judicial, autorizando a propositura de subseqüente processo de execução. (TJPB – Tribunal Pleno – MS nº 999.2009.000666-2/001, Rel. Desa. Maria de Fátima M. B. Cavalcanti, Diário da Justiça, 04 nov. 2009)

Como as pensões previdenciárias concedidas às Sras. Avani Mendes Fernandes e Dijacira Alves da Silva, bem como à jovem Francisca Leidiane Alves da Silva Fernandes, não foram rateadas em partes iguais, o Presidente da PBPREV – PARAÍBA PREVIDÊNCIA, ou seu substituto legal, deve implementar as modificações dos cálculos dos pecúlios do benefício outorgado em virtude do falecimento do Sr. Arthefio Fernandes de Medeiros, ex vi do disposto no art. 4º, § 1º, da Lei Estadual n.º 7.517/03, *verbatim*:

Art. 4º. Os atos de concessão de aposentadorias, de pensões e de revisão de benefícios dos servidores de quaisquer dos Poderes do Estado são de competência da PBPREV.
§ 1º. As revisões de aposentadorias, de pensões e de benefícios poderão ser feitas a qualquer tempo pela PBPREV, sendo precedida de avaliação de perícia médica, conforme o caso.

Ante o exposto, proponho que o TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DA PARAÍBA:

1) **ASSINE** o prazo de 60 (sessenta) dias para que o Presidente da PBPREV – PARAÍBA PREVIDÊNCIA, Dr. João Bosco Teixeira, ou o seu substituto legal, assegurando aos interessados o contraditório e a ampla defesa, implemente a modificação dos cálculos do pecúlio com o rateio do benefício em partes iguais entre as pensionistas.

2) **INFORME** à mencionada autoridade que a documentação correlata deverá ser anexada aos autos no lapso temporal estabelecido no item anterior, decorrido o qual, o processo retornará à apreciação deste Tribunal.

É a proposta.

DECISÃO DO TRIBUNAL PLENO

Vistos, relatados e discutidos os autos do processo acima caracterizado, referentes a pensões vitalícias concedidas às Sras. Avani Mendes Fernandes e Dijacira Alves da Silva Fernandes, bem como à pensão temporária outorgada à jovem Francisca Leidiane Alves da Silva Fernandes, acordam os Conselheiros integrantes do TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DA PARAÍBA, por maioria, vencida a divergência do Conselheiro Fernando Rodrigues Catão, que votou pela incompetência da Corte para se pronunciar acerca da divisão do pecúlio, em sessão plenária realizada nesta data, na conformidade da proposta de decisão do relator a seguir, em:

1) **ASSINAR** o prazo de 60 (sessenta) dias para que o Presidente da PBPREV – PARAÍBA PREVIDÊNCIA, Dr. João Bosco Teixeira, ou o seu substituto legal, assegurando aos interessados o contraditório e a ampla defesa, implemente a modificação dos cálculos do pecúlio com o rateio do benefício em partes iguais entre as pensionistas.

2) **INFORMAR** à mencionada autoridade que a documentação correlata deverá ser anexada aos autos no lapso temporal estabelecido no item anterior, decorrido o qual, o processo retornará à apreciação deste Tribunal.

Presente ao julgamento o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas
Publique-se, registre-se e intime-se.

DECISÃO DO TRIBUNAL PLENO

Processo TC nº 02966/2009

Administração Direta Municipal. Câmara Municipal de Araruna. Prestação de contas anuais, exercício financeiro de 2008, de responsabilidade do Ex-presidente Antônio Fernandes Bezerra. Julga-se regular com ressalvas a prestação de contas. Aplica-se multa. Declaram-se integralmente atendidos os preceitos da LRF. Emitem-se recomendações ao atual gestor.

Relator: Auditor Substituto de Conselheiro Antônio Cláudio Silva Santos

RELATÓRIO

Examina-se a prestação de contas da Mesa da Câmara Municipal de Araruna, relativa ao exercício financeiro de 2008, de responsabilidade do Ex-presidente Antônio Fernandes Bezerra.

Após o exame da documentação encaminhada, a Auditoria emitiu o relatório de fls. 206/211, evidenciando os seguintes aspectos da gestão:

1. a prestação de contas foi encaminhada dentro do prazo legal;
2. o orçamento, Lei nº 30/2007, estimou as transferências e fixou a despesa em R$ 596.050,00;
3. as transferências recebidas somaram R$ 586.992,36, correspondentes a 98,48% do valor estimado, e a despesa orçamentária realizada atingiu R$ 573.818,16, equivalentes a 96,27% da fixação orçamentária;
4. a receita extraorçamentária somou R$ 60.061,04, referente a Consignações (INSS – R$ 30.856,66; Previdência Própria – R$ 21.985,44; IR – R$ 7.103,54; e Consignações Outras – R$ 115,40);
5. a despesa extraorçamentária atingiu R$ 73.235,24, relativa a Depósitos, no valor de R$ 12.785,54, e consignações (INSS – R$ 30.889,86; Previdência Própria – R$ 21.985,24; IR – R$ 7.459,20; e Consignações Outras – R$ 115,40);
6. regularidade nos subsídios pagos aos Vereadores;
7. não há registro de denúncia envolvendo o exercício de 2008;
8. a despesa com folha de pagamento, no valor de R$ 312.766,80, correspondeu a 53,28% da Receita da Câmara[1], cumprindo o disposto no art. 29-A, § 1º, da Constituição Federal;
9. os gastos com pessoal, na importância de R$ 312.766,80, corresponderam a 1,73% da Receita Corrente Líquida[2], cumprindo o mandamento do art. 20 da Lei

[1] *Receita da Câmara em 2008: R$ 586.992,36.*

[2] *Receita Corrente Líquida em 2008: R$ 18.084.481,55.*

de Responsabilidade Fiscal;
10. a despesa total do Poder Legislativo correspondeu a 6,6% da receita tributária e transferida em 2007[3], cumprindo as disposições do art. 29-A da Constituição Federal;
11. os relatórios de gestão fiscal referentes aos dois semestres do exercício, contendo todos os demonstrativos exigidos pela Portaria nº 574/07, foram devidamente publicados e encaminhados ao TCE/PB dentro do prazo estabelecido;
12. por fim, apontou as seguintes irregularidades:
12.1. insuficiência financeira para quitação dos compromissos de curto prazo, no valor de R$ 1.385,73;
12.2. despesa não licitada, totalizando R$ 37.434,50, referente a material de escritório e de construção;
12.3. consignações para a previdência própria sem a existência de instituto local;
12.4. aquisição de gêneros alimentícios a empresa habilitada para atividade diversa; e
12.5. devolução de saldo sem considerar os compromissos de curto prazo.

Regularmente citado, o interessado apresentou as justificativas e documentos de fls. 215/249, tendo a Auditoria considerado devidamente justificada a falha relacionada às consignações para a previdência própria sem a existência de instituto local. Quanto às demais irregularidades, a Equipe de Instrução manteve a manifestação exordial, conforme comentários a seguir resumidos.

a) INSUFICIÊNCIA FINANCEIRA PARA QUITAÇÃO DOS COMPROMISSOS DE CURTO PRAZO

Defesa – "quanto ao valor de R$ 1.385,73, trata-se de registro de exercícios anteriores, conforme Demonstrativo de Dívida Flutuante e Balanço Patrimonial do exercício de 2007, com saldo para o exercício seguinte. E que durante o exercício de 2008 iniciou-se com saldo bancário zerado. Como também todas as retenções, inclusive GBOEX – Previdência Privada, foram repassadas e quitadas, conforme documentação em anexo. Onde faltou apenas a baixa da dívida e restos a pagar perante demonstrativo contábil."
Auditoria – "a dívida com a GBOEX compõe-se de empréstimos dos agentes políticos junto à instituição privada. Houve a retenção dos recursos, portanto este deveria ter ficado no disponível. Além do mais, a Câmara firmou um convênio para desconto em folha de pagamento (doc. fls. 217/222), conforme consta no item sexto do referido convênio onde a Câmara se responsabiliza pelo recolhimento, inclusive eventuais inadimplências, portanto, o Poder Legislativo fica obrigado a saldar esta dívida. Diante dos fatos, esta Auditoria mantém o entendimento inicial."

b) DESPESA NÃO LICITADA

Defesa – "No tocante à aquisição direta sem licitação com a reforma e aquisição

[3] *Receita tributária e transferida em 2007: R$ 8.687.977,12.*

de mobiliário, não se trata de má fé por parte da gestão, e sim viabilizar funcionamento da Casa Legislativa, dando melhor condição de trabalho aos membros e servidores da Casa Legislativa. Lembro também que todos os bens encontram-se naquela casa."
Auditoria – A Lei de Licitações foi totalmente descumprida. O fato dos bens adquiridos encontrarem-se na Câmara não pode dispensar a licitação para compras dos mesmos.

c) AQUISIÇÃO DE GÊNEROS ALIMENTÍCIOS A EMPRESA HABILITADA PARA ATIVIDADE DIVERSA

Defesa – Nada argumentou.
Auditoria – Manteve a irregularidade.

d) DEVOLUÇÃO DE SALDO SEM CONSIDERAR OS COMPROMISSOS DE CURTO PRAZO

Defesa – Nada argumentou.
Auditoria – Manteve a irregularidade.

Em pronunciamento oral, na sessão de julgamento, o d. Procurador-Geral do Ministério Público junto ao TCE/PB acompanhou o entendimento da Auditoria.

É o relatório, informando que as notificações de praxe foram expedidas.

VOTO DO RELATOR

Após a análise da defesa, subsistiram as seguintes irregularidades:

- insuficiência financeira para quitação dos compromissos de curto prazo, no valor de R$ 1.385,73;
- despesa não licitada, totalizando R$ 37.434,50, referente a material de escritório e de construção;
- aquisição de gêneros alimentícios a empresa habilitada para atividade diversa; e
- devolução de saldo sem considerar os compromissos de curto prazo.

No tocante à insuficiência financeira para quitação dos compromissos de curto prazo, no valor de R$ 1.385,73, o gestor justificou tratar-se de compromissos assumidos em exercícios pretéritos, sem saldo suficiente no início do exercício em exame. O Relator entende que o Demonstrativo da Dívida Flutuante, fl. 48, comprova as alegações do gestor, afastando a falha. Porém, ressalta que a desnecessária devolução do saldo ao final do exercício poderia quitar a dívida.

Quanto à despesa não licitada, verifica-se que o gestor adquiriu material de construção, no valor de R$ 8.723,50, e material de escritório a dois fornecedores, nos valores de R$ 13.311,00 e R$ 15.400,00. Em sua defesa, o interessado alegou que o material foi adquirido para aplicação na reforma e instalação do prédio da Câmara. O Relator entende que a falha pode ser punida com a multa de R$ 1.000,00 ao gestor, sem comprometer as

contas, dada a ausência de indicação de prejuízos ao erário.

Por fim, ao entender relevável a falha relacionada à compra de gêneros alimentícios a empresa de ramo de atividade diverso, em razão do módico valor de R$ 427,00 e da ausência de anotação de prejuízos aos cofres da Câmara, o Relator vota no sentido que o Tribunal (a) julgue regulares com ressalvas as presentes contas; (b) aplique multa pessoal de R$ 1.000,00 ao gestor, em razão da despesa não licitada; (c) declare integralmente cumpridos os preceitos da Lei de Responsabilidade Fiscal; e (d) recomendem ao atual gestor maior observância do princípios constitucionais e dos normativos reguladores da Administração Pública, evitando a repetição das falhas abordadas no presente processo.

DECISÃO DO TRIBUNAL PLENO

Vistos, relatados e discutidos os autos do Processo TC nº 02966/09, ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado da Paraíba, por unanimidade, ausentes os Conselheiros Flávio Sátiro Fernandes, Fábio Túlio Filgueiras Nogueira e Arthur Paredes Cunha Lima, nesta sessão de julgamento, em:

I. **JULGAR REGULAR COM RESSALVAS** a prestação de contas da Mesa da Câmara Municipal de Araruna, relativa ao exercício financeiro de 2008, de responsabilidade do Ex-presidente Antônio Fernandes Bezerra;

II. **APLICAR** a multa pessoal de R$ 1.000,00 (hum mil reais) ao Ex-presidente da Câmara Municipal de Araruna, Sr. Antônio Fernandes Bezerra, com fulcro no art. 56, inciso II, da Lei Orgânica do TCE/PB, combinado com o art. 168 do Regimento Interno do TCE/PB, em razão da inobservância da Lei de Licitações e Contratos, assinando-lhe o prazo de 60 (sessenta) dias, a partir da publicação deste ato, para recolhimento voluntário à conta do Fundo de Fiscalização Financeira e Orçamentária Municipal, sob pena de cobrança executiva, desde logo recomendada, nos termos do art. 71, § 4º, da Constituição do Estado;

III. **DECLARAR** integralmente atendidos os preceitos da Lei de Responsabilidade Fiscal; e

IV. **RECOMENDAR** ao atual gestor a estrita observância dos princípios constitucionais norteadores da Administração Pública e dos comandos da LRF, da Lei nº 4320/64 e da Lei nº 8666/93.

Publique-se.

PARECER MINISTERIAL

Processo TC N.º 07170/2008

Direito Administrativo. Licitações. Irregularidades formais. Processo de incentivo à cultura. Aplicação de lei específica. Pela regularidade do processo.

Procurador Marcílio Toscano Franca Filho

Versam os presentes autos sobre o suposto procedimento de dispensa de licitação nº 012/2008 e respectivo contrato, cujo objeto foi a execução das ações do Projeto Balaio Oxênte de Teatro – Categoria Artes Cênicas.

Ao analisar o contrato nº 049/2008, firmado entre a Fundação Cultural de João Pessoa e a Sra. Maria Gorette Santos Araújo, com o objetivo de executar ações do Projeto Balaio Oxênte de Teatro – Categoria Artes Cênicas, o Órgão Auditor deste Tribunal constatou as seguintes irregularidades no procedimento licitatório:

(a) Não consta: Pareceres técnicos ou jurídicos, consoante exigência da Lei 8666/93, no seu art. 38, inc. VI;
(b) Não consta: Ratificação do ato e sua publicação na imprensa oficial, de acordo com exigência da Lei 8666/93, no seu art. 26;
(c) Não consta: Edital ou justificativa da dispensa de licitar, devidamente assinado, acompanhado de seus anexos e comprovantes de publicação, conforme exigência da RN-TC- 06/2002, no seu art. 1º, inc. V;
(d) Não consta: justificativa do preço, conforme exigência da Lei 8666/93, no seu art. 26, parágrafo único, inc. III.

Notificação ao responsável via correios frustrada (fl. 150). Citação para apresentação de defesa publicada no Diário Eletrônico em 09/09/2010, 10/09/2010 e 13/09/2010. Prazo para apresentação de defesa encerrado em 23/09/2010 sem manifestação do interessado.

Em seguida, vieram os autos ao Ministério Público para exame e oferta de Parecer.

É O RELATÓRIO. PASSO A OPINAR.

Trata-se de um contrato no valor de R$ 16.015,00 para apresentação de espetáculos teatrais em escolas públicas municipais de João Pessoa, amparado pela Lei Municipal nº 9.560/2001, regulamentada pelo Decreto nº 4.469/01/2001. Destaca-se da citada Lei:

> *Art. 1º Fica instituído o Fundo Municipal de Cultura – FMC, para a* ***concessão de incentivo em favor de pessoas físicas ou jurídicas****, domiciliadas no município de João Pessoa,* ***para a realização de projetos culturais****, nos termos da presente lei,*

em substituição à renúncia fiscal prevista na Lei Municipal nº 7.380, de 09 de setembro de 1993.

Parágrafo 1º - O Fundo Municipal de Cultura será administrado pela Secretaria Municipal de Educação e Cultura através do órgão gestor da política cultural do município de João Pessoa a ela subordinado.

Parágrafo 2º - ***O incentivo referido no caput deste artigo corresponderá à liberação de recursos financeiros, pelo FMC, em favor do empreendedor de qualquer projeto cultural no município.*** *(...)*

Art. 2º - Serão abrangidas por esta Lei as produções e eventos culturais, materializados através da apresentação de projetos, dentro das seguintes áreas:
I - música e dança;
II - teatro, circo e ópera;
III. cinema, fotografia e vídeo;
IV. literatura;
V. artes plásticas e artes gráficas;
VI. cultura popular e artesanato;
VII. acervo e patrimônio histórico;
VIII. museologia;
IX. bibliotecas.

Art. 4º - Para obtenção do incentivo de que cuida o artigo 1º desta Lei, ***deverá o empreendedor apresentar à comissão cópia do projeto cultural****, explicando a natureza, os objetivos , os recursos financeiros, materiais e humanos envolvidos na execução do empreendimento, bem como a contrapartida oferecida, para fins de aprovação e fixação do valor do incentivo e posterior fiscalização.*

Art. 6º - ***Sem prejuízo das sanções penais cabíveis, o empreendedor que não comprovar a correta aplicação dos recursos oriundos do incentivo*** *citado por esta Lei fica obrigado a devolver as importâncias recebidas, atualizadas monetariamente e acrescidas de juros, e impedido de receber novos incentivos por um período de 05 (cinco) anos.*
Parágrafo único – A comissão definirá outras penalidades não previstas no caput deste artigo para atos de desobediência a dispositivos desta lei.

A execução do Projeto Balaio Oxênte de Teatro mais se aproxima de incentivo à cultura pelo Poder Público que de contratação de serviço pura e simples. Aliás, dentre as competências constitucionais dos entes federativos está a de "proporcionar os meios de

acesso à cultura, à educação e à ciência"[1]. É o que faz a União, por exemplo, com as leis de incentivo à cultura (Lei 8.313/91) e ao desporto (Lei 11.438/2006).

Neste diapasão, é de se reconhecer que a farta documentação acostada aos autos leva a uma, pelo menos aparente, conclusão do agir de boa fé, já que segue os ditames da supracitada Lei, a qual, é forçoso lembrar, sofre de presunção de validade constitucional.

Destaca-se dos autos o projeto escrito, críticas jornalísticas dos espetáculos, declarações,

certidões da comissão deliberativa do Fundo Municipal, parecer jurídico (fls. 135/136), contrato, empenhos.

Outrossim, ressalta-se a completa legalidade formal do contrato em questão, nos termos do Órgão Técnico desta Corte:

> *QUANTO AO CONTRATO*
> *A Auditoria constatou, em linhas gerais, que:*
> *I. O contrato foi assinado e datado por Autoridade competente, conforme Lei 8666/93, no seu art. 60 e seguintes;*
> *II. Foi previsto alteração unilateral do contrato pela administração e por acordo entre as partes, segundo exigências da Lei 8666/93, nos seus art. 61 e 65, I e II;*
> *III. Foram previstos prazos e forma de pagamento, de acordo com exigências da Lei 8666/93, no seu art. 55, III e IV;*
> *IV. Foram previstas as penalidades para o caso de inexecução do contrato, consoante exigências da Lei 8666/93, no seu art. 77 e seguintes.*

O responsável pela despesa é o poeta Lau Siqueira. É na literatura, pois, que busco a justificativa da minha posição: "O Direito não é só uma coisa que se sabe, é também uma coisa que se sente", ensinava Tobias Barreto, o grande escritor e jurista brasileiro, ainda em meados do século XIX. No dizer poético do Ministro Carlos Ayres Britto, do Supremo Tribunal Federal, "talvez até uma coisa que se sente em primeiro lugar ou com anterioridade em relação à inteligência, pois não se pode esquecer jamais que o próprio substantivo 'sentença' vem do verbo sentir"[2].

Note-se que Direito e poesia gozaram de grande intimidade por séculos. Ainda muito antes de Goethe ter servido um dia como assistente no Reichskammergericht, já eram escritas em verso, por exemplo, as leis de Ísis; eram em verso também as leis de Esparta, e os atenienses costumavam cantar as suas normas em forma de longos poemas para fixá-las.[3] Além de Goethe, não foram poucos os grandes literatos da humanidade que tiveram formação em direito – a guisa de exemplo cite-se apenas Balzac, Flaubert, Tolstoi e Kafka.[4]

---

[1] *Constituição Federal, Art. 23, V: "Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...) V - proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência; (...)".*

[2] *BARRETO, Tobias. Introdução ao Estudo do Direito. São Paulo: Landy, 2001, p. 38. BRITTO, Carlos Ayres. O Humanismo como Categoria Constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 75.*

[3] *GRIMM, Jacob. Von der Poesie im Recht. Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft. n. 2, 1815/1816, p. 25 e ss. BRAGA, Theóphilo. Poesia do Direito. Porto: Casa da Viúva Moré, 1865, p. 20. OST, François. Contar a Lei – As Fontes do Imaginário Jurídico. São Leopoldo: Unisinos, 2004, p. 10-12. EBERLE, Edward J.; GROSSFELD, Bernhard. Law and Poetry. Roger Williams University Law Review. v. 11, n. 2, 2006, p. 353-401. ALBUQUERQUE, Ruy de. Poesia e Direito. Suplemento da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2007.*

[4] *POSNER, Richard A. Law and Literature. Cambridge: Harvard University Press, 1988, p. 4.*

Esse mesmo sentimento jurídico referido por Tobias Barreto e Carlos Ayres Britto, finalmente, é o Leitmotiv do poema *Law, Like Love*, do grande poeta anglo-americano W. H. Auden:

Law, Like Love
Law, say the gardeners, is the sun,
Law is the one
All gardeners obey
To-morrow, yesterday, to-day.
Law is the wisdom of the old,
The impotent grandfathers feebly scold;
The grandchildren put out a treble tongue,
Law is the senses of the young.
Law, says the priest with a priestly look,
Expounding to an unpriestly people,
Law is the words in my priestly book,
Law is my pulpit and my steeple.
Law, says the judge as he looks down his nose,
Speaking clearly and most severely,
Law is as I've told you before,
Law is as you know I suppose,
Law is but let me explain it once more,
Law is The Law.
Yet law-abiding scholars write:
Law is neither wrong nor right,
Law is only crimes
Punished by places and by times,
Law is the clothes men wear
Anytime, anywhere,
Law is Good morning and Good night.
Others say, Law is our Fate;
Others say, Law is our State;
Others say, others say
Law is no more,
Law has gone away.
And always the loud angry crowd,
Very angry and very loud,
Law is We,
And always the soft idiot softly Me.
If we, dear, know we know no more
Than they about the Law,
If I no more than you
Know what we should and should not do
Except that all agree
Gladly or miserably
That the Law is
And that all know this
If therefore thinking it absurd

To identify Law with some other word,
Unlike so many men
I cannot say Law is again,
No more than they can we suppress
The universal wish to guess
Or slip out of our own position
Into an unconcerned condition.
Although I can at least confine
Your vanity and mine
To stating timidly
A timid similarity,
We shall boast anyway:
Like love I say.
Like love we don't know where or why,
Like love we can't compel or fly,
Like love we often weep,
Like love we seldom keep.

A arte e a estética – por conta do seu não-dogmatismo, da sua dinâmica complexidade, da sua refinada compreensão do mundo, da sua abertura e da sua criatividade – têm sempre muito a dizer ao direito, mesmo não se valendo da palavra. Não é à toa que os maiores juristas romanos, por exemplo, estavam sempre em busca da *elegantia juris* – esse sentido estético da juridicidade, norteado por uma componente de beleza e elegância para as formas jurídicas.[5]

EX POSITIS, este *Parquet* opina pela regularidade do presente processo.

[5] *FRANK, Jerome. Words and Music: Some Remarks on Statutory Interpretation. Columbia Law Review. v. 47, n. 8, dezembro/1947, p. 1259-1278.*

PARECER MINISTERIAL

Processo TC N.º 01782/2007

DIREITO CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PREVIDENCIÁRIO. EXAME DA LEGALIDADE DE APOSENTADORIA. ACÓRDÃO DETERMINANDO A ESCOLHA PELA APOSENTANDA ENTRE O RETORNO À ATIVA OU APOSENTADORIA POR IDADE COM PROVENTOS PROPORCIONAIS. VERIFICAÇÃO DE CUMPRIMENTO DE DECISÃO. OPÇÃO POR INATIVIDADE PROPORCIONAL AO TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. EXAME PELA AUDITORIA. ERRO NA ELABORAÇÃO DA PLANILHA DE CÁLCULOS. INCLUSÃO INDEVIDA DE GRATIFICAÇÃO ESPECIAL NOS CÁLCULOS. DECLARAÇÃO DE CUMPRIMENTO DA DECISÃO C/C ASSINAÇÃO DE PRAZO PARA CORREÇÃO.

1. Após determinação via acórdão desta Ínclita Corte de Contas para a PBprev tornar sem efeito a aposentadoria original e comunicar a aposentanda acerca da decisão, facultando-lhe o retorno à ativa para o alcance de lapso temporal garantidor de aposentadoria por tempo de contribuição ou a opção pela modalidade de aposentadoria por idade com proventos proporcionais, o Instituto estadual veio aos autos, incorporando o processo administrativo em tema de que a interessada optou pela aposentadoria proporcional ao tempo de contribuição.

2. Verificou o órgão técnico de instrução o cumprimento das determinações do aresto, apontando, porém, erro na planilha de cálculos para concessão do benefício, posto que na última remuneração foi embutida gratificação especial de natureza *propter laborem*.

3. Mister, então, dá-se pela assinação de prazo ao atual Presidente da PBPrev para corrigir a falha, sob pena de incursão em multa pessoal prevista na LOTC/PB.

Procuradora Sheyla Barreto Braga de Queiroz

I – DO RELATÓRIO

Trata-se de **Verificação de Cumprimento de Acórdão AC2-TC 199/2010**, fls. 106/108, lavrado em sede de autos de exame da legalidade de aposentadoria da servidora Solange Bandeira Macena, matrícula sob o nº 64.442-1, lotada à época na Secretaria de Estado da Educação e Cultura.

No referido *Decisum* resolveu-se:

> *1 – Denegar registro do ato aposentatório da Srª Solange Bandeira Macena;*
> *2 – Assinar prazo de 90 (noventa) dias à autoridade responsável, o Presidente da PBprev, para que o mesmo:*
> *a) proceda ao restabelecimento da legalidade, tornando sem efeito o ato aposentatório, sob pena de aplicação de multa;*
> *b) comunicar acerca da presente decisão à aposentanda, facultando-a por retornar à ativa para o alcance de lapso temporal que garantirá aposentadoria por tempo de contribuição ou por optar pela modalidade de aposentadoria por idade com proventos proporcionais.*

Seguindo as recomendações deste Pretório de Contas, a PBprev veio ao álbum processual (fl. 110), colacionou o processo administrativo PBPREV nº 9653-10, no qual comprova ter a aposentanda optado pelos proventos proporcionais ao tempo de contribuição, fls. 111/138.

Posteriormente, o Órgão Auditor confeccionou Relatório de Análise de Cumprimento de Acórdão (fls. 138/139), em que deu pelo **cumprimento** do aresto em questão e pela existência de irregularidade na planilha de cálculos da nova aposentadoria.

Intimação da PBprev para defesa, tendo o intimado, o Sr. João Bosco Teixeira, Presidente da autarquia, deixado correr *in albis* o prazo ofertado, cf. fls. 142/143.

Por derradeiro, vieram os autos ao Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Estado em 14/12/2010, sendo-me distribuídos em 03/01/2011.

II – DA FUNDAMENTAÇÃO

Com a Auditoria.

Malgrado cumprido o Acórdão AC2 - TC 199/2010, adveio irregularidade na planilha de cálculos elaborada, porquanto foi considerada como última remuneração a quantia total de R$ 854,27, incluindo-se, nesse montante, a GAE, Gratificação por Atividades Especiais, no valor de R$ 219,08.

Como bem comentado pela Auditoria, é cediço que vantagens *propter laborem* não podem integrar a remuneração do cargo efetivo. A gratificação apenas é incorporada por expressa determinação legal, visto que, em regra, gratificações somente são devidas enquanto perdurarem as condições especiais de sua execução.

Corretas, portanto, as colocações do DIAPG no tocante à exclusão da GAE da última remuneração, já que o art. 40, § 2º da Constituição Federal dispõe o seguinte:

Art. 40 [...]
§ 2º - Os proventos de aposentadoria e as pensões, por ocasião de sua concessão, não poderão exceder a remuneração do respectivo servidor, no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão.

Na vertente, a autarquia previdenciária responsável elaborou planilha dos cálculos de aposentadoria erroneamente por incluir uma GAE no montante da última remuneração. Entretanto, ao administrador cabe zelar por todos os princípios norteadores da Pública Administração, sobretudo, àquele da **legalidade**, consagrado na Carta Cidadã, em seu art. 37, *caput, verbatim*:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Com efeito, **o princípio da legalidade** consubstancia uma das principais garantias do cidadão no Estado de Direito. A noção de "*princípio*" guarda as verdades fundantes de qualquer sistema jurídico, as enunciações que norteiam a atuação de juristas e operadores jurídicos, colmatando lacunas e orientando a atividade hermenêutica. Por serem elementos de base, sobre os *princípios* se assenta todo o edifício da experiência jurídica de um Estado. Isso explica porque ferir um princípio é mais grave do que ferir uma norma. Os princípios[1] revestem-se de tamanha importância que são válidos independentemente de ser ou não positivados em um texto legal. Não importa se um princípio é implícito ou explícito, ambos são fundamentais e não comportam hierarquia entre si.[2]

Neste sentido, apenas por lei estabelecem-se as parcelas remuneratórias dos agentes públicos.

Pois bem, no caso em debate, o cálculo dos proventos dar-se-á na forma estabelecida na Lei Nacional n.º 10.887 de 2004:

Art. 1º. No cálculo dos proventos de aposentadoria dos servidores titulares de cargo efetivo de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, previsto n.º § 3.º do art. 40 da Constituição Federal e no art. 2.º da Emenda Constitucional n.º 41, de 19 de dezembro de 2003, será considerada a média aritmética simples das maiores remunerações, utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência a que esteve vinculado, correspondentes a 80% (oitenta por cento) de todo o período contributivo desde a competência julho de

[1] *"Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todos sistemas de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais." (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Elementos de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, p. 230.)*

[2] *CARRAZA, Roque Antônio. Curso de Direito Constitucional Tributário. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 31.*

1994 ou desde a do início da contribuição, se posterior àquela competência.
§ 1º. As remunerações consideradas no cálculo do valor inicial dos proventos terão os seus valores atualizados mês a mês de acordo com a variação integral do índice fixado para a atualização dos salários-de-contribuição considerados no cálculo dos benefícios do regime geral de previdência social.
[...]
§ 4º. Para os fins deste artigo, as remunerações consideradas no cálculo da aposentadoria, atualizadas na forma do § 1.º deste artigo, não poderão ser:
I - inferiores ao valor do salário-mínimo;
II - superiores ao limite máximo do salário-de-contribuição, quanto aos meses em que o servidor esteve vinculado ao regime geral de previdência social.
§ 5º. Os proventos, calculados de acordo com o caput deste artigo, por ocasião de sua concessão, não poderão ser inferiores ao valor do salário-mínimo nem exceder a remuneração do respectivo servidor no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria.

Estes dispositivos tratam do cálculo do salário-de-contribuição e do salário-de-benefício.

O § 5º trata especificamente do valor final. Assim sendo, o valor calculado na forma do art. 1º - *média dos 80% maiores salários sobre os quais incidiu contribuição para o regime próprio de previdência* – não pode ser inferior ao salário mínimo ou superior à remuneração do respectivo servidor no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria.

Complementando, o art. 4º, § 1º da Lei em comento traz a definição do que se entende por base de contribuição:

Art. 4º. [...]
§ 1.º Entende-se como base de contribuição o vencimento do cargo efetivo, acrescido das vantagens pecuniárias permanentes estabelecidas em lei, os adicionais de caráter individual ou quaisquer outras vantagens, excluídas:
I - as diárias para viagens;
II - a ajuda de custo em razão de mudança de sede;
III - a indenização de transporte;
IV - o salário-família;
V - o auxílio-alimentação;
VI - o auxílio-creche;
VII - as parcelas remuneratórias pagas em decorrência de local de trabalho;
VIII - a parcela percebida em decorrência do exercício de cargo em comissão ou de função de confiança; e
IX - o abono de permanência de que tratam o § 19 do art. 40 da Constituição Federal, o § 5.º do art. 2.º e o § 1.º do art. 3.º da Emenda Constitucional n.º 41, de 19 de dezembro de 2003.

O próximo passo é identificar *a remuneração do respectivo servidor no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria.*

Para tanto, deve ser tido como remuneração do respectivo servidor no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria o vencimento do cargo referente ao nível funcional do servidor, somados os adicionais considerados como direito adquirido do servidor, incorporando-se a sua remuneração.

Nesta fase, é bom assentar que algumas parcelas que integram o salário podem ter natureza meramente indenizatória, referindo-se a determinadas condições em que se exerce a função referente ao cargo. É assim, v.g., com os Adicionais de Funções, os Adicionais de Atividades Perigosas, os Adicionais de Atividades Especiais. Todas essas parcelas são *propter laborem* ou *pro labore faciendo.* Tendo esta natureza, não constituem parcela integrante da remuneração do respectivo servidor no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria.

Neste sentido vem entendendo o STJ:

> *ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDORA PÚBLICA ESTADUAL. GRATIFICAÇÃO DE ENCARGOS ESPECIAIS. EXERCÍCIO DE FUNÇÃO DE AUDITORIA EM CONTAS MÉDICAS E ODONTOLÓGICAS. INCORPORAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. VANTAGEM DE NATUREZA PROPTER LABOREM E PRO LABORE FACIENDO. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.*
> *1. A Gratificação cuja incorporação postula a Recorrente possui natureza propter laborem e pro labore faciendo, sendo concedida apenas pelo desempenho de determinadas atividades, e após valoração por órgão específico, razão pela qual não há direito líquido e certo a amparar o presente mandamus.*
> *2. Inexistindo qualquer fundamento relevante que justifique a interposição de agravo regimental ou que venha a infirmar as razões consideradas no julgado agravado, deve ser mantida a decisão hostilizada por seus próprios fundamentos.*
> *3. Agravo regimental desprovido.*
> (AgRg no RMS 18837/MS – Rel. Min. Laurita Vaz)

Logo, na visão do Superior Tribunal de Justiça, as gratificações que possuem natureza *propter laborem* não se incorporam à remuneração. Há, outrossim, decisão do mesmo Tribunal, nos autos do REsp 731132/PE, no sentido de que a base de cálculo da contribuição previdenciária é tomada sobre o que o servidor percebe, excluídas as parcelas do art. 4º, § 1º da Lei n.º 10.887 de 2004:

> *TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO CIVIL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. BASE DE CÁLCULO. LEI 9.783/99 E LEI 10.887/2004. INCIDÊNCIA, SALVO EM CASO DE INCONSTITUCIONALIDADE (SÚMULA VINCULANTE 10/STF), O QUE NÃO É O CASO.*
> *1. O art. 1º e seu parágrafo da Lei 9.783/99 estabeleceu como base de cálculo da contribuição social do servidor público para a manutenção do seu regime de previdência "a totalidade da*

sua remuneração", na qual se compreendem, para esse efeito, "o vencimento do cargo efetivo, acrescido de vantagens pecuniárias permanentes estabelecidas em lei, os adicionais de caráter individual, ou quaisquer vantagens, [...] excluídas: I - as diárias para viagens, desde que não excedam a cinqüenta por cento da remuneração mensal; II - a ajuda de custo em razão de mudança de sede; III - a indenização de transporte; IV - o salário família".

2. Critério semelhante foi adotado pelo art. 4º da Lei 10.887/2004, segundo o qual "A contribuição social do servidor público ativo de qualquer dos Poderes da União, incluídas suas autarquias e fundações, para a manutenção do respectivo regime próprio de previdência social, será de 11% (onze por cento), incidente sobre a totalidade da base de contribuição", assim entendido, nos termos do § 1º, "[...] o vencimento do cargo efetivo, acrescido das vantagens pecuniárias permanentes estabelecidas em lei, os adicionais de caráter individual ou quaisquer outras vantagens, excluídas: I – as diárias para viagens; II - a ajuda de custo em razão de mudança de sede; III - a indenização de transporte; IV – o salário-família; V - o auxílio-alimentação; VI - o auxílio-creche; VII - as parcelas remuneratórias pagas em decorrência de local de trabalho; VIII – a parcela percebida em decorrência do exercício de cargo em comissão ou de função de confiança; e IX - o abono de permanência de que tratam o §º 19 do art. 40 da Constituição Federal, o § 5º do art. 2º e o § 1º do art. 3º da Emenda Constitucional no 41, de 19 de dezembro de 2003".

3. Não há dúvida, portanto, de que o legislador adotou, para efeito da base de cálculo (ou de contribuição), o critério da remuneração total do servidor público, com exclusão apenas das parcelas por ele indicadas. A adoção de outro critério (considerando como base de cálculo as parcelas que serão incorporadas aos proventos de aposentadoria), significa negar vigência à norma legal estabelecida, o que somente será viável se tal norma for declarada inconstitucional, na forma do art. 97 da Constituição (Súmula vinculante 10/STF).

4. Não há razão para declarar a inconstitucionalidade do art. 1º da Lei 9.783/99 ou do art. 4º da Lei 10.887/2004. O regime previdenciário hoje consagrado na Constituição, especialmente após a EC 41/2003, que alterou o art. 40, § 3º, da CF, tem caráter contributivo, mas traz incorporado um princípio antes previsto apenas para o regime geral da previdência: o princípio da solidariedade. Por força desse princípio, o financiamento da previdência não tem como contrapartida necessária a previsão de prestações específicas ou proporcionais em favor do contribuinte. A manifestação mais evidente do enunciado é a sujeição à contribuição dos próprios inativos e pensionistas.

5. A gratificação natalina (13º salário) e o acréscimo de 1/3 sobre a remuneração de férias, direitos assegurados pela Constituição

aos empregados (CF, art. 7º, incisos VIII, XVII e XVI) e aos servidores públicos (CF, art. 39, § 3º), por integrarem o conceito de remuneração, estão sujeitos à contribuição previdenciária.
6. Recurso especial a que se nega provimento.
REsp 731132/PE – Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI

Na aposentadoria em tela, de acordo com o fundamentado, a Gratificação de Atividades Especiais é parcela que ordinariamente não se incorpora permanentemente à remuneração. Portanto, não pode ser integrada no cálculo do valor última remuneração.

III – DA CONCLUSÃO

EX POSITIS, opina esta representante do *Parquet* junto a esta Corte de Contas pela **declaração de cumprimento** da determinação contida no **Acórdão AC2 – TC 199/2010**, fls. 106/108, pelo então Presidente da PBPREV, Sr. João Bosco Teixeira.

Ante a necessidade de novel alteração dos cálculos proventuais, deve-se **assinar prazo** de 15 dias, na forma do art. 194, §1.º do RITC/PB, ao atual gestor da autarquia previdenciária estadual, a fim de determinar a quem de direito a **alteração dos cálculos proventuais** da Sr.ª Solange Bandeira Macena, na esteira do apontado no Relatório de Auditoria, fls. 138/139, de tudo fazendo prova em tempo hábil a este Tribunal, sob pena de incursão em multa prevista na LOTC/PB.

PARECER MINISTERIAL

Processo TC N.º 01420/05

LICITAÇÃO. CONCORRÊNCIA. SERVIÇOS DE PUBLICIDADE. DESCRIÇÃO IMPRECISA DO OBJETO. IRREGULARIDADE. TERMO ADITIVO. NATUREZA CONTÍNUA NÃO CARACTERIZADA. IRREGULARIDADE. APLICAÇÃO DE MULTA.

Procuradora Isabella Barbosa Marinho Falcão

Versa o presente processo da análise da legalidade do procedimento de licitação, na modalidade Concorrência, do tipo Técnica e Preço, realizado pela Secretaria da Administração do Município de João Pessoa, para a contratação de quatro empresas para prestar serviços de publicidade, compreendendo: estudo, concepção, execução e distribuição de campanhas e peças publicitárias; desenvolvimento e execução de ações promocionais e a elaboração de marcas, de expressões de propaganda, de logotipos e de outros elementos de comunicação visual.

Foram juntados os documentos de fls. 02 a 867. Em seguida, lavrou-se Relatório inaugural de fls. 869 a 878 em 01 de julho de 2008, externando inúmeras irregularidades no Edital, considerando, portanto, irregular o procedimento licitatório. Notificação expedida à senhora Suelma de Fátima Bruns, secretária de Administração do Município de João Pessoa, à fl. 879/880.

Resposta Escrita apresentada às laudas 884/898.

Relatório de análise de defesa exarado às folhas 900/904 acatando parte das justificativas, modificando o entendimento relativo ao procedimento licitatório considerando-o regular, e apreciando como irregular o Primeiro Termo Aditivo.

De ordem do Relator, os autos vieram ao Ministério Público de Contas para exame e emissão de parecer.

É breve o relatório. Passo a opinar.

A realização dos certames licitatórios, em especial aqueles que visam a execução de obras ou a prestação de serviços, deverá obedecer ao roteiro traçado pelo art. 7º da Lei nº 8.666/93, que impõe, dentre outras coisas, a pré-existência de um projeto básico, elaborado pela Administração que reúna os elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequados, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação.

Dada a descrição dos elementos constitutivos do projeto básico no art. 6º, XI e alíneas, da Lei nº 8.666/93, claramente ligados às obras de engenharia, vários doutrinadores têm se posicionado no sentido de que o mesmo – projeto básico – não é exigível nas licitações de serviços.

Seguidor desta corrente, o Prof. Marçal Justen Filho entende que "o art. 7º tem de

ser interpretado em termos. Sua redação retrata, uma vez mais, as concepções fortemente relacionadas com o campo da engenharia. É claro que 'projetos básico e executivo' são figuras relacionadas exclusivamente com obras e serviços de engenharia. Logo, não há cabimento de exigir 'projeto básico e executivo' em outras espécies de serviços."[1]

De fato, o legislador pecou ao restringir o conceito de projeto básico a informações ligadas unicamente a técnicas de engenharia e, portanto, a obras, quando ele é perfeitamente aplicável aos serviços.

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes defende a exigência do projeto básico também para as licitações de serviços, sendo notável a sua lição:

> *Excluindo-se do exame aqueles órgãos que insistem na conhecida declaração de que 'o meu caso é diferente' ou 'essa legislação não se aplica a este caso' – e sempre se encontrarão os administradores que tentam fugir ao império da Lei – o que se tem notado é que a realização do projeto básico tem favorecido muito a Administração, no sentido de evitar a contratação de 'serviços sem previsão de quantidades ou cujos quantitativos não correspondem às previsões', tal como expressamente veda o art. 7º, § 4º, do mesmo diploma.*
> *Como integra a convocação para licitar, o projeto básico auxilia o futuro contratado na definição da equipe que vai trabalhar e dos recursos a empregar.*
> *Entre os muitos órgãos que têm a prescrição legislativa, insta destacar a Delegacia de Administração do Ministério da Fazenda e o Superior Tribunal de Justiça, na área administrativa, entre outros.*
> *Reiteradamente se tem notícia dos que buscam o cumprimento desses comandos normativos, o quanto melhorou a prestação de serviços, além do expresso reconhecimento de que se está pondo fim ao empirismo no serviço público, para abrir a senda definitiva do trabalho técnico e do planejamento.*[2]

Contudo, se há dissidências quanto à exigibilidade do projeto básico nas licitações de serviços, todos são unânimes em acordar que a identificação precisa dos serviços a serem contratados é imprescindível.

Neste sentido, o próprio Marçal Justen Filho se posiciona:

> *O ato convocatório deverá fornecer os detalhamentos equivalentes àquilo que se exige nas licitações para obra e serviço de engenharia. Dito de outro modo, será imperiosa a existência de previsões e descrições equivalentes àquelas constantes de projeto básico e projeto executivo, ainda que se atribua ao documento outra denominação. E se não houver? Suponha-se que se verifica que a Administração iniciou o procedimento licitatório sem*

---

[1] *Justen Filho, Marçal in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 9ª ed., Ed. Dialética. SP. 2002. p. 118*

[2] *FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. A nova dimensão do projeto básico nas licitações. Jus Navigandi, Teresina, º 4, n. 39, fev. 2000.*

dispor de informações mínimas satisfatórias para fundamentar o processo licitatório. A hipótese é extremamente grave e caracteriza não apenas a nulidade dos atos subseqüentes, mas a necessidade de severa punição aos responsáveis. A situação descrita caracteriza infração a deveres essenciais e basilares que recaem sobre o administrador público: a prudência, a diligência e o compromisso com a melhor utilização para os recursos públicos.[3]

Quanto melhor detalhado o objeto tanto melhor será para os licitantes (que poderão oferecer suas propostas sem medo de serem surpreendidos por gastos imprevistos) e para a Administração, que poderá cobrar dos licitantes uma execução mais rigorosa, pois quem não descreve bem o que deseja contratar corre o risco de contratar aquilo que não deseja. Daí, a **Súmula 177** do Eg. Tribunal de Contas da União:

A definição precisa e suficiente do objeto licitado constitui regra indispensável da competição, até mesmo como pressuposto do postulado de igualdade entre os licitantes, do qual é subsidiário o princípio da publicidade, que envolve o conhecimento, pelos concorrentes potenciais das condições básicas da licitação*, constituindo, na hipótese particular da licitação para compra, a quantidade demandada em uma das especificações mínimas e essenciais à definição do objeto do pregão.*

Inegável, portanto, a importância do detalhamento do objeto que se pretende licitar, não sendo de se admitir objetos vagos, imprecisos, sem limitação de **quantidade ou qualidade** (art. 7º, § 4º, da Lei nº 8.666/93).

A contratação de serviços de publicidade, sendo estes licitáveis, também deve obedecer ao detalhamento de seu objeto, especificando-se quais programas e ações se pretende dar publicidade, o meio de veiculação a ser utilizado, o tempo que se pretende disponibilizar nos sistemas de comunicação, e, por fim, e principalmente, cabe lembrar que, a publicidade institucional deverá ter caráter **educativo, informativo ou de orientação social (art. 37, § 1º, CF/88), e não ser mera propaganda de governo**.

A imprecisão dos serviços licitados em apreço, "...serviços de estudo, concepção, execução e distribuição de campanha e peças publicitárias; desenvolvimento e execução de ações promocionais e elaboração de marcas, de expressões de propaganda, de logotipos e de outros elementos de comunicação visual", bem como a ausência da quantificação dos mesmos, tanto dificulta a apresentação de propostas pelos licitantes quanto impede uma fiscalização precisa de sua execução por parte desta Corte, sendo esta, a nosso ver, a **irregularidade maior**[4] a macular de forma indelével o presente

[3] *Justen Filho, Marçal in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 9ª ed., Ed. Dialética. SP. 2002. p. 118*

[4] *"Nos 'consideranda' do Acórdão 436/00, o TCU considera a 'ausência de estimativa dos quantitativos a serem*

procedimento e o contrato dele decorrente em claro malferimento ao princípio do **planejamento**.

A despeito de tais considerações, ao proceder à análise da defesa, o Órgão de Instrução acolheu as argumentações apresentadas e considerou que o procedimento licitatório por ora estudado não possui qualquer falha que possa macular o regular processamento do mesmo, todavia verificou que o 1º Termo Aditivo do contrato foi superior ao legalmente permitido, ultrapassando o limite de 25%.

O defendente alega na fl. 894 que os serviços de publicidade são considerados como de execução continuada, não se subsumindo ao limite fixado no art. 65, §1º da lei 8.666/93.

Inicialmente convém tratar sobre a definição da expressão "serviço de execução contínua". Marçal Justen Filho in 'Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos', Ed. Dialética, 12ª Edição, página 666 ensina:

> *Os contratos de execução continuada impõem à parte o dever de realizar uma conduta que se renova ou se mantém no decurso do tempo.*

Verifica-se, portanto que o conceito é genérico e amplo, pois a lei não elencou quais seriam os serviços contínuos, todavia os exemplos clássicos apresentados pela doutrina são: limpeza, vigilância e alimentação. Desta forma, é de bom alvitre discutir a possibilidade de enquadramento dos serviços públicos como de natureza contínua.

O TCU em algumas assentadas já tratou desse assunto nos Acórdãos TC 325.086/95-8, TC 004.860/95-0 e, mormente no TC 006.834/95-7. Nesse processo, o Ministro-Relator Fernando Gonçalves assim se manifestou:

> *A par do exposto, entendo que* ***o enquadramento dos serviços de publicidade e propaganda, em face de sua vastidão, como serviço de natureza contínua deva ser analisado para cada caso concreto*** *e não como uma determinação de caráter genérico e amplo.*

Logo, analisando o contrato original desta licitação, percebe-se que o objeto é descrito de forma ampla e genérica, não indicando se o serviço prestado tinha natureza institucional ou caráter meramente de propaganda, impossibilitando assim, o enquadramento desses serviços como contínuos.

Evidencia-se, portanto, que a prorrogação ocorreu de modo irregular, posto que não foi configurada a essencialidade do serviço para retratar-se como de execução continuada.

Por conseguinte, é de se pugnar pela **IRREGULARIDADE** do Primeiro Termo Aditivo da licitação 001/2005 imputando multa com fulcro no artigo 57, II da Lei Orgânica do Tribunal de contas do Estado da Paraíba nº 18/93, recomendando-se ao gestor observar as especificidades da lei nº 8.666/93.

---

licitados' uma ***grave infração a norma de natureza financeira****, tipificada no art. 16, II, b, da Lei 8.443/92, bem como prática de ato de gestão antieconômica que infringe o art. 7º, § 4º, da Lei 8.666/93." (Carlos Pinto Coelho Motta, in Eficácia nas licitações e contratos. Ed. Del Rey. 9º ed. BH. 2000. p. 156).*

PARECER MINISTERIAL

Processo TC N.º 05714/2007

CONVÊNIO. FUNCEP E FAC. DISTRIBUIÇÃO DE LEITE CAPRINO, BOVINO E DE PÃO. IRREGULARIDADE. IMPUTAÇÃO DE DÉBITO.

Procuradora Elvira Samara Pereira de Oliveira

Versam os presentes autos acerca da análise do Convênio nº 057/07, celebrado entre o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza - FUNCEP e A Fundação de Ação Comunitária - FAC, objetivando a transferência de recursos financeiros para atender ao Programa de Suplementação Alimentar, contribuindo para a redução dos índices de desnutrição e mortalidade infantil através da distribuição de leite caprino e bovino e de pão para as famílias em situação de insegurança alimentar.

O Convênio em análise vigorou no período correspondente entre 02/08/2007 a 31/12/2007.

Em relatório inicial de fls. 2056/2067, a Auditoria constatou diversas falhas.

Notificação do Sr. Franklin de Araújo Neto, Presidente do Conselho Gestor do FUNCEP; do Sr. Antônio Fernandes Neto, Secretário do Estado do Planejamento e Gestão, bem como do Sr. Gilmar Aureliano de Lima, Presidente da Fundação de Ação Comunitária durante o exercício de 2007, para apresentação de esclarecimentos (fls. 19/26).

Defesa do Sr. Franklin de Araújo Neto às fls. 2079 e ss. Notificação do atual Secretário de Estado do Planejamento, às fls. 2300/2301, Sr. Ademir Alves de Melo, com conseqüente apresentação de documentos às fls. 2302 e ss.

Relatório de Análise de Defesa, às fls. 2307/2324, concluindo por nova notificação dos envolvidos, para apresentarem razões acerca do item 12 do relatório em comento, que trata de retificação do montante da despesa não comprovada com distribuição de pão (fls. 2326/2333).

Defesa do Sr. Ademir Alves de Melo às fls. 2334 e ss; do Sr. Franklin Araújo Neto às fls. 2341 e ss.

Análise pela Unidade Técnica dos ulteriores documentos encaminhados às fls. 2353/2362, apontando a subsistência das seguintes irregularidades:

1) Ausência de conta específica para execução do objeto do convênio;
2) Deficiência da programação de leite de vaca e de cabra a serem distribuídos, evidenciada na execução do objeto do convênio, que resultou no cumprimento de apenas 18,51% e 23,56% das metas fixadas;
3) Ausência de instrumento normativo infralegal, que regulamente a operacionalização do programa do pão no Estado, carecendo de base legal a quantidade de 5 (cinco) pães distribuídos por pessoa e os municípios contemplados abrangidos por esse programa do pão;
4) A execução do convênio foi realizada extra-orçamentariamente, contrariando

o art. 18 do Decreto 52.849/2005;
5) Transferência de recursos financeiros do FUNCEP para a FAC precedido de empenho, violando o art. 7 da portaria Interministerial n 163/01 da STN;
6) Descompasso na execução física do convênio, evidenciado na execução do objeto do ajuste. Com a liberação da primeira parcela foi executado 48,10% da meta programada para distribuição de pães, enquanto foi distribuída apenas 5,07% da quantidade de leite de vaca e 11,89% da quantidade de leite de cabra;
7) Deficiência no controle da distribuição dos pães, que não apresenta fichas individualizadas da distribuição do produto por Município contemplado no programa;
8) Realização de despesa na aquisição de pão e contratação de laticínios para distribuição do leite no montante de R$ 5.162.626,59 sem regular procedimento licitatório;
9) Despesa irregular de R$ 6.570,20 decorrente de aquisição de pão em valor superior ao preço previsto na dispensa de licitação;
10) Despesa não comprovada com distribuição de pão no valor de R$ 776.889,90.

A preliminar de ilegitimidade apresentada pelo Sr. Ademir Alves de Melo foi acolhida pelo Órgão de Instrução, tendo em vista que o defendente somente foi nomeado para sua gestão em abril de 2009, não sendo responsável pelas falhas apontadas.

Em seguida, os autos vieram ao Ministério Público para exame e oferta de Parecer.

É o relatório. Passo a opinar.

Ab initio, convém ressaltar o conceito de convênio. Destarte, nas lições do prof. Hely Lopes Meirelles, tem-se:

> *Convênios administrativos são acordos firmados por entidades públicas de qualquer espécie, ou entre estas e organizações particulares, para realização de objetivos de interesse comum dos partícipes.*[1]

É cediço que as atividades estatais se ampliaram, tornando-se cada vez mais complexas, o que enseja, por conseguinte, novas formas e meios de prestação de serviços inerentes ao Estado. Desta feita, surgiram os convênios, nos quais se encontram interesses comuns, seja entre entidades públicas entre si ou entre estas e os particulares, para a prestação de serviços de forma mais eficiente.

A Unidade Técnica constatou algumas irregularidades, as quais se passa a comentar.

Inicialmente, cabe registrar que, no tocante à ausência de licitação para aquisição de pão e para a contratação de laticínios para distribuição do leite, no montante de R$ 5.162.626,59, referida ocorrência é fruto da falta de planejamento do administrador, não tendo esta o condão de justificar a contratação em epígrafe. Assim, o fato de o devido procedimento licitatório não ter sido concluído em tempo oportuno pela Secretaria de Administração não justifica a burla ao certame.

A licitação, por ser um procedimento que só garante a eficiência na Administração, visto que sempre objetiva as propostas mais vantajosas, quando não realizada ou realizada

[1] *MEIRRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo, 1992, p. 354.*

em desacordo com a norma jurídica, constitui séria ameaça aos princípios administrativos da legalidade, impessoalidade e moralidade. Cumpre recordar, ainda, que a licitação é procedimento vinculado, formalmente ligado à Lei 8.666/93, não comportando discricionariedades em sua realização ou dispensa. Depreende-se dos autos que o gestor não observou a referida regra.

Além disso, apurou o Órgão de Instrução que a execução do convênio foi realizada extra-orçamentariamente. Asseverou a Unidade Técnica que "o repasse deveria ter sido realizado através de simples transferência financeira, mediante correspondente registro contábil, possibilitando ao segundo convenente a realização da despesa regularmente, através das dotações previstas em seu orçamento". Ainda, houve a transferência de recursos financeiros do FUNCEP para a FAC precedido de empenho, violando o art. 7 da portaria Interministerial n 163/01 da STN.

Cabe salientar que a essência de um fato contábil está na sua verdade, ou seja, naquilo que, não se prendendo à aparência ou a forma, diz respeito à realidade ou ao conteúdo do fato contábil. Assim, pode-se concluir que exigência fundamental da contabilidade pública é a da comprovação da veracidade de seus registros. Tanto a legalidade como a moralidade administrativas exigem a demonstração e comprovação de todos os atos e fatos administrativos que originaram determinado lançamento contábil – financeiro, patrimonial, orçamentário etc.

Desta forma, a execução errônea do convênio, apesar de não causar dano ao erário, demonstra falta de organização contábil-administrativa, não merecendo, portanto, a relevação desta Corte de Contas. Faz-se necessário, deste modo, a recomendação aos atuais gestores no sentido de adotarem as providências necessárias no intuito de evitar a reincidência das falhas em ocasiões futuras. Tais condutas constituem, ainda, fatos puníveis com multa, com fulcro no art. 56, II da LOTCE.

Em relação ao fato de não se ter depositado os recursos do convênio em conta bancária específica, é de se ver que tal omissão denota falha não condizente com os princípios do controle e da segurança administrativa, já que pode acarretar distorções e/ou desvios na movimentação dos recursos liberados.

Com efeito, o depósito dos recursos liberados mediante convênio em conta bancária específica melhor assegura a sua aplicação nos objetivos específicos do ajuste, além de viabilizar o exercício do controle da aplicação desses recursos pelos órgãos para tanto competentes de forma mais eficaz.

Quanto ao deficiente controle na distribuição dos pães (sem fichas individualizadas na distribuição por Município contemplado), bem como na deficiência da programação de distribuição do leite de vaca e de cabra, que resultou no baixo cumprimento das metas fixadas, tais fatos só demonstram, mais uma vez, a desorganização do administrador. Sem a devida documentação comprobatória e a correta informação dos registros da distribuição dos pães, precária e impossibilitada se torna a fiscalização e o controle diário dos produtos fornecidos. Além disso, o descompasso na execução física do convênio, verificado quando da liberação da primeira parcela, sendo executado 48,10% da meta programada para distribuição de pães, e apenas 5,07% da quantidade de leite de vaca e 11,89% da quantidade de leite de cabra, também configura falha de planejamento. A propósito, a afirmação na defesa do Sr. Gilmar Aureliano de Lima de que as distribuições de pão e de leite vinham sendo realizadas concomitantemente contraria as constatações práticas do Órgão de Instrução.

A ausência de norma infralegal regulamentadora do programa do pão no Estado dificulta a fiscalização da operacionalização do Programa, tendo em vista que a legalidade

é princípio norteador de toda atividade administrativa. Não se tem como garantir uma distribuição igualitária/isonômica, sem que haja uma regra prévia que comande as atitudes do administrador. A eficiência, princípio expressamente contido na Constituição Federal como essencial à presteza Estatal, depende também dessas ações positivadoras. Nesse sentido, importante se faz a feitura de recomendação ao Poder Executivo Estadual, para que proceda à elaboração de projeto de lei que supra a ausência em causa.

Ainda, verificou-se a realização de despesas irregulares no montante de R$ 6.570,20 e mais R$ 776.889,90 não comprovados com distribuição de pão, sendo imperiosa a restituição ao erário dos valores mencionados.

A esse respeito, observa-se dos relatórios da ilustre Auditoria que não foram apresentados documentos idôneos para comprovação da efetiva distribuição de parte dos pães.

Acrescente-se que o Supremo Tribunal Federal já assentou a obrigação dos responsáveis por dinheiros públicos de demonstrar a sua escorreita aplicação sob os enfoques formais e meritórios, quando do julgamento do Mandado de Segurança nº 20.335-8/DF, publicado no DJU de 25/02/1983, de cujo voto do eminente relator Ministro Moreira Alves, colhe-se lapidar comentário:

> *Vê-se, pois, que, em tema de Direito Financeiro, mais particularmente, em tema de controle da aplicação dos dinheiros públicos, a responsabilidade do Ordenador de Despesa pelas irregularidades apuradas se presuma, até prova em contrário, por ele subministrada.*
> *A afirmação do impetrante de que constitui heresia jurídica presumir-se a culpa do Ordenador de Despesa pelas irregularidades de que se cogita, não procede portanto, parecendo decorrer, quiçá, do desconhecimento das normas de Direito Financeiro que regem a espécie.*
> *Acrescente-se, ainda, que de acordo com o Artigo 93 do Decreto-lei nº 200, de 25.2.67, "Quem quer que utilize dinheiros públicos terá de justificar seu bom e regular emprego, na conformidade das leis, regulamentos e normas emanadas das autoridades administrativas competentes"*

Assim, é o caso de imputação dos valores supra mencionados ao ex-Presidente da FAC, Sr. Gilmar Aureliano de Lima, porquanto, gestor dos vertentes recursos de convênio, responsável mor pela respectiva aplicação.

***Ex positis*, opina este Parquet Especial pela:**

a) **IRREGULARIDADE** da prestação de contas do convênio 057/07, ora analisado;
b) **IMPUTAÇÃO DO DÉBITO** ao Sr. Gilmar Aureliano de Lima, no valor de R$ 6.570,20, concernente à aquisição de pão em valor superior ao preço previsto na dispensa de licitação, bem como no valor de R$ 776.889,90, relativo a despesas não comprovada com a distribuição de pães, sendo imperiosa a restituição ao erário;
c) **RECOMENDAÇÃO** ao Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza – FUNCEP, bem como à Fundação de Ação Comunitária, para que adotem medidas tenden-

tes a evitar a ocorrência das falhas de planejamento constatadas no presente convênio;

d) **RECOMENDAÇÃO AO PODER EXECUTIVO ESTADUAL**, no sentido de editar ato normativo norteador de convênios com objetivos semelhantes ao ora em causa, a fim de que seja fornecida a necessária base legal para as ações administrativas.

NOTÍCIAS

presidente da Corte. Fez ver, porém, que para assim ocorrer precisará do envolvimento de todos.

E conclamou: "É propósito que trago comigo. É visão advinda da atuação por mais de seis anos como conselheiro desta Casa. No entanto, não é tarefa de um homem só e, sim, de todos nós. Desse modo, convido os meus pares, os auditores, o Ministério Público Especial e os servidores para o enfrentamento deste desafio".

Para ele, já se foi o tempo dos processos empoeirados. "O conhecimento e os registros das ocorrências administrativas dão-se, hoje, em tempo real. Esta realidade temporal impõe apreciação mais célere. Entendo ser chegado o momento no qual a fiscalização precisa ser exercida de forma concomitante e, assim, buscarei implementar esta inovação conceitual na gestão que se inicia", prometeu.

Ele acentuou que o velho método de análise já não serve mais. "Os prejuízos causados à sociedade, seja pela malversação de recursos públicos, pela inépcia gerencial ou pelo desconhecimento da legislação, jamais serão compensados por qualquer pena ou débito se identificados um ou dois anos após suas ocorrências. Evitá-los é mais proveitoso e construtivo. Melhor do que apontar erros é preveni-los", considerou.

Informou, então, que já começou a discutir a construção de um sistema de acompanhamento de gestão pública, denominado Análise de Contas Eletrônicas, "que busca a evolução do simples exame da legalidade e das conformidades contábeis para a averiguação da qualidade dos gastos. E que objetiva, também, a aferição de metas estabelecidas e objetivos planejados".

Não poupou elogios ao antecessor, o conselheiro Nominando Diniz. "Nominando, assim permita-me chamá-lo, tenha ciência do reconhecimento unânime e merecido à sua exitosa gestão e do zelo, dedicação e competência com que governou nossos destinos. Reafirmo: caminhar ao seu lado foi dignificante. Com você muito aprendi e tenha como certo que terei no seu exemplo um modelo que buscarei seguir", disse.

Além dele, também tomaram posse dos seus novos cargos os conselheiros Fábio Nogueira (vice-presidente), Umberto Porto (corregedor), Arthur Cunha Lima (presidente da 1ª Câmara Deliberativa), Arnóbio Viana (presidente da 2ª Câmara), Flávio Sátiro (ouvidor) e Nominando Diniz (coordenador da Escola de Contas Conselheiro Otacílio Silveira).

Diante de parentes, amigos, servidores da Casa e convidados especiais, o presidente Fernando Catão foi saudado pelo conselheiro Flávio Sátiro (em nome dos seus pares), pela procuradora Isabella Marinho Falcão (representante do Ministério Público junto à Corte) e pelo advogado Carlos Aquino (em nome da Ordem dos Advogados do Brasil).

TC chega aos 40 anos investindo quase 1,2 milhão em informática

O Tribunal de Contas da Paraíba completou 40 anos de existência, em 31 de agosto de 2010, com investimentos de R$ 1.177.678,00 em Tecnologia da Informação, cifra contabilizada desde janeiro de 2009. Desse total, mais de R$ 890 mil foram obtidos junto ao Programa de Modernização do Sistema de Controle Externo dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios Brasileiros (Promoex).

"São esforços que nos inscrevem entre os Tribunais mais ágeis e modernos do Brasil", comemorou o então presidente Nominando Diniz. Nesse período, as aplicações também permitiram que o acesso à internet, à base inicial de 1 mega, seja aqui feito, atualmente, a 20 megabites por segundo. Isoladamente, o maior volume desses recursos (R$ 694 mil) serviu à compra de 250 computadores HP, 200 dos quais com dupla tela.

Outra conquista do TCE é a do processo eletrônico. Merece atenção o fato de que três instituições – o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico da Paraíba, a Fundação Ernani Sátiro e a Fundação Casa de José Américo – tinham, na ocasião, o julgamento de suas contas anuais ao cabo de processos com tramitação totalmente eletrônica, ou seja, sem utilização de qualquer papel. Mas é preciso destacar que os avanços neste sentido decorrerem da continuidade administrativa, ou seja, o fruto do trabalho de sucessivas administrações.

mos passado aquele exercício preparando o arcabouço processual em que se apoiariam, de um lado, os gestores e, do outro, o próprio Tribunal de Contas", comentou.

O exame das contas municipais sofreu grande atraso devido, em parte, ao retardamento de dados solicitados à Petrobras sobre a venda de ações às Prefeituras. "O cadeado que à época guarnecia o sigilo bancário impedia o Banco Central de fornecer informações de interesse do TCE ainda que destinadas ao esclarecimento de fatos em processos de prestação de contas", lembrou.

APOIO LEGAL - Luiz Nunes creditou ao conselheiro do TCE de São Paulo Nelson Marcondes do Amaral a busca do apoio legal que estenderia a atuação dos TCEs às sociedades de economia mista e empresas públicas. Levado ao Congresso Extraordinário da Independência, promovido pelo TCM de São Paulo, o tema ofuscaria todos os demais, dada sua relevância. O ponto de vista defendido pelos ministros do TCU conflitava, até então, com aquele em que se fixaram as Cortes Estaduais.

Contou Luiz Nunes: "Entendemo-nos, finalmente. E, graças ao prestígio dos ministros Men de Sá e João Agripino perante as altas autoridades da República, conseguiu-se, sem grande demora, a edição da lei reguladora da matéria. Vale salientar que a lei paraibana já previa a fiscalização dos entes alcançados, depois, pela lei federal".

Prosseguiu: "Nossa Corte de Contas, sob certos aspectos, posicionara-se à frente de suas congêneres, a exemplo do exame e julgamento de contratos e licitações, ante o entendimento de que a matéria se inseria, como se insere, no âmbito do Direito Administrativo. Mas não só. A obrigatoriedade do contraditório, cuja efetivação deveu-se à aprovação de requerimento formulado pelo conselheiro Antonio Carlos Escorel, em processo de contas de município, significou para nós, da mesma forma, indiscutível avanço".

MEDALHAS - As comemorações desta terça-feira também incluíram apresentação do Coral de Servidores e entrega da

Conselheiro Flávio Sátiro Fernandes e a Procuradora Ana Teresa Nóbrega com suas medalhas Cunha Pedrosa.

Medalha Cunha Pedrosa (nome do primeiro paraibano a ocupar o cargo de ministro do TCU) a membros e técnicos cujas atuações ajudaram o TCE paraibano a figurar entre os mais ágeis e modernos do País.

Foram assim agraciados o ex-presidente Flávio Sátiro Fernandes, a ex-procuradora geral Ana Teresa Nóbrega e os auditores de contas públicas Severino Claudino Neto, Ed Wilson Santana, Tarcísio Ferreira Grilo Junior, Fábio Lucas Barbosa, Rodrigo Galvão Lourenço Silva, Sidney José Monteiro e Vinícius Dantas e, ainda, o secretário da Assessoria Técnica Marcelo Lopes Burity.

Fizeram a entrega dessas medalhas os conselheiros Nominando Diniz (presidente), Fernando Catão (vice-presidente), Fábio Nogueira (corregedor) e Juarez Farias (aposentado), os conselheiros substitutos Antonio Cláudio Silva Santos e Antonio Gomes Vieira Filho, os procuradores Marcílio Toscano Franca Filho e Sheyla Braga Barreto de Queiroz e os diretores Francisco Lins e Gláucio Xavier.

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.

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

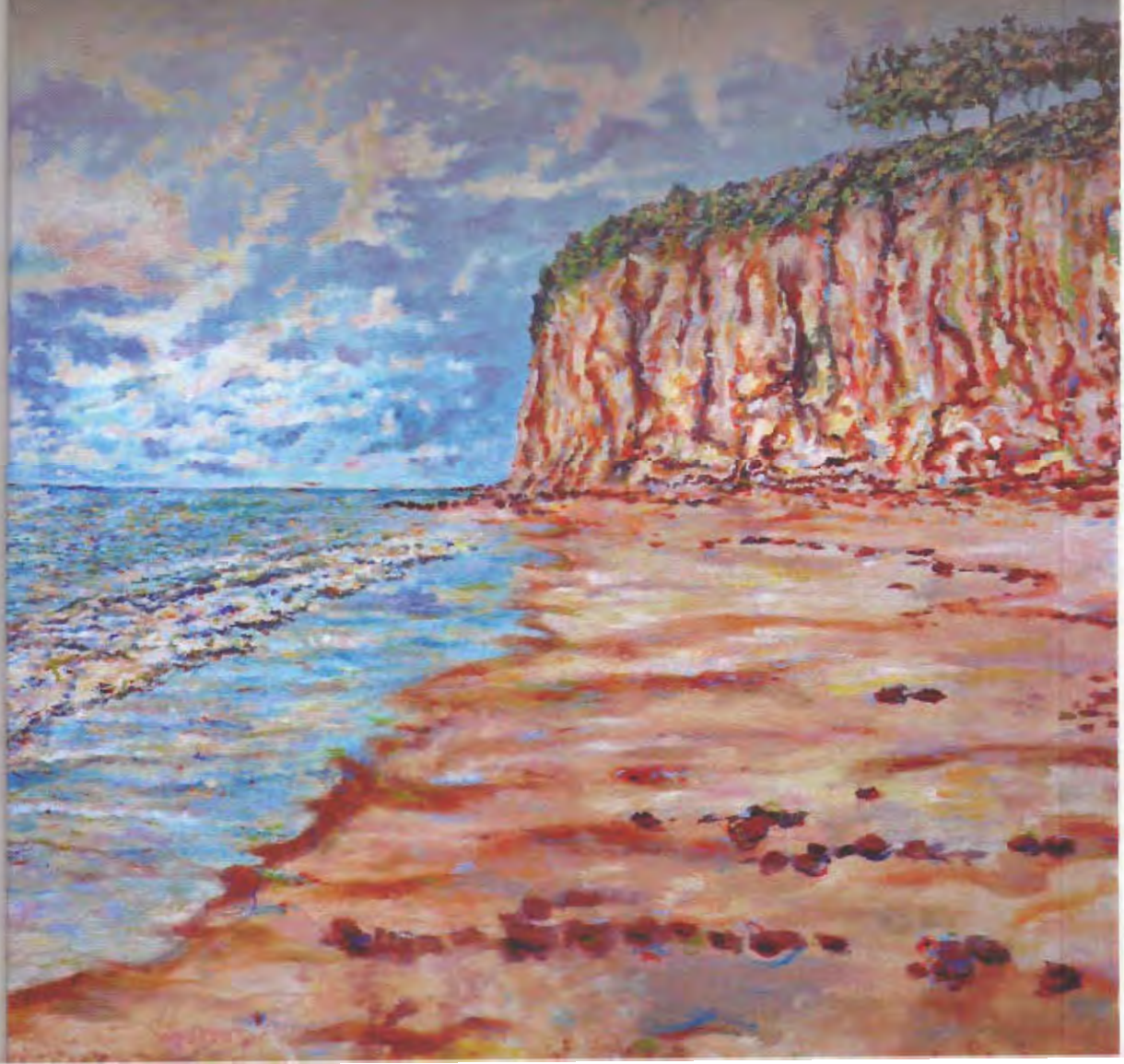
André Carlo Torres Pontes
Procurador

Diretor Executivo Geral
Severino Claudino Neto

Diretor de Auditoria e Fiscalização
Francisco Lins Barreto Filho

Diretor de Apoio Interno
Dinancy Montenegro
do Nascimento

Assessor Técnico Chefe
Ed Wilson Fernandes de Santana

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
Acesse: portal.tce.pb.gov.br